Thomas ESCACH-DUBOURG

Master 2 Recherche
Droit des Libertés

Droit public

Le contrôle concret de conventionnalité des lois du juge administratif et l'exigence de prévisibilité juridique

Directeur du mémoire :
Xavier BIOY

UNIVERSITÉ TOULOUSE 1 CAPITOLE
INSTITUT FÉDÉRATIF de RECHERCHE
Mutation des normes juridiques

Collection des mémoires de l'IFR



Prix IFR 2017 des meilleurs mémoires de Master 2 Recherche

Thomas ESCACH-DUBOURG

Master 2 Droit des Libertés

Année universitaire 2016/2017

SUJET DU MÉMOIRE

Le contrôle concret de conventionnalité des Lois du Juge administratif et l'exigence de prévisibilité juridique

Étude à partir de l'arrêt Gomez-Turri

DIRECTEUR DU MÉMOIRE : Monsieur Xavier BIOY
Professeur des Universités

PRÉFACE

Le mémoire que le lecteur qui lit ces lignes s'apprête à découvrir relève de l'exception, à plus d'un titre : son sujet, sa méthode, ses conclusions, son auteur.

D'abord son sujet. Bien sûr, il était facile pour le directeur de mémoire de donner un sujet d'actualité. A en croire la doctrine, les juges français ne se sont que récemment lancés dans l'exercice d'un contrôle dit *concret* : la Cour de cassation en 2013 et le Conseil d'Etat, de manière assumée, depuis 2016 et l'affaire *Gomez-Turri*. Un sujet nouveau ou d'actualité semble toujours un bon sujet pour un mémoire car il donne les moyens de déflorer et d'anticiper, voire d'innover. Mais celui-ci dépasse de très loin l'intérêt de l'actualité. En premier lieu par l'objet de l'affaire : la remise de gamètes en vue d'une insémination post-mortem pratiquée à l'étranger. Touchant tout à la fois à la liberté de donner la vie, à l'autonomie personnelle, à l'européanisation des comportements, et donc aux valeurs morales et éthiques, la décision du Conseil d'Etat avait été médiatisée. La solution, *contra legem*, a semé le trouble parmi les professionnels de l'assistance médicale à la procréation. Le public découvrait à nouveau la profondeur de cette notion de *vie privée* que la Convention européenne porte en son article 8. Tout cela s'opère en outre dans le cadre d'une procédure d'urgence qui contribue à dramatiser la question juridique. Le choix du juge administratif n'est donc pas qu'une question d'actualité ; son évolution précédée par celle du juge judiciaire, apparaît encore plus nécessaire s'agissant de la puissance publique.

En second lieu, le contrôle *concret* est en effet immédiatement polémique tant dans sa définition que dans ses effets sur le système juridique français. Les débats se développent sur une mécompréhension de ce que fait le juge et sur sa nouveauté. Que doit-on comprendre ? Le travail du Conseil d'Etat est comparé à celui de la Cour de cassation et à celui du Conseil constitutionnel. En arrière-plan, l'européanisation et la fondamentalisation du droit exercent leur influence, exaspèrent les souverainistes et traditionnalistes ou enthousiasment les autres. Le travail impliquait donc de stabiliser ce qu'il faut entendre par contrôle concret, tant il en existe de définitions, autant que de réductions ou d'à peu près (la place du fait, les effets au-delà des parties, la prise en compte des effets sur la situation juridique du requérant, la prise en compte du contexte…). Souvent confondu avec le contrôle de proportionnalité, dont il n'est qu'une part, parfois assimilé au concept d'équité, presque toujours annoncé comme facteur de gouvernement des juges et de déstabilisation du système, cette technique contentieuse appelait une grande finesse d'analyse et un sens critique à toute épreuve.

C'est ce que la méthode devait permettre d'exercer. Les cours dispensés en master dans les domaines de l'épistémologie et de la théorie du droit offrent aux étudiants un choix relativement difficile entre différentes conceptions du travail de recherche dans le domaine du droit, comme différents choix quant à ce

qu'est le droit et enfin quant aux chemins à emprunter pour le décrire et le « *connaître* ». Avec une assurance désarmante, ce mémoire a opté pour une analyse qui s'inscrit dans un courant très peu revendiqué dans la doctrine et globalement méconnu, celui de l'herméneutique moderne. Il s'agit de concevoir le droit positif, la doctrine et la théorie comme différents discours qui, quoique distincts, s'entremêlent et se conditionnent, au point de former une tradition dont on ne peut s'extraire au moment d'analyser un objet considéré comme juridique. On ne peut donc jamais vraiment l'expliquer, mais seulement le comprendre, à partir des projets qui animent les différents lecteurs et interprètes : l'auteur d'un texte, l'administration qui s'en saisit, les parties à un procès, les juges appelés à trancher le litige, les doctrines, voire les médias et l'opinion publique qui s'en saisissent ou encore les professionnels qui reçoivent la jurisprudence comme leur nouvelle norme. Saisir la jurisprudence sous la loupe des herméneutes, celle de Paul Ricœur en l'occurrence, était ainsi un choix adéquat, mais atypique, risqué et donc audacieux.

Mais ce choix s'est avéré heuristique, permettant une hauteur de vue qui conduit à des conclusions surprenantes, voire subversives, autant que convaincantes.

D'abord, contrairement à la rupture que la doctrine exacerbe et met en scène, ce mémoire montre la continuité qui unit le contrôle de proportionnalité à sa dimension concrète, réduisant le contrôle *abstrait* à un étape de cette évolution qui ne se peut caricaturer en révolution : et d'expliquer que « dans le cadre du contrôle *abstrait*, seront pris en considération les dommages générés par l'ensemble des applications de la norme (dommages *abstraits*) qui devront être mesurés aux bénéfices induits par l'ensemble des applications de la norme (bénéfices *abstraits*) – (…) tandis que dans le cadre du contrôle *concret*, seront également pris en considération les dommages causés au requérant dans le cas d'espèce par l'application de la norme (dommages *concrets*) confrontée aux bénéfices tirés de l'application de la norme dans le cas d'espèce (bénéfices *concrets*) » (§ 26). Aucune différence de nature entre ces deux contrôles, seulement une différence de degrés et un appel fervent du premier que le second advienne.

Ensuite, encore une fois contre la très grande majorité de la doctrine, le mémoire montre que le contrôle *concret* s'adapte parfaitement au concept de fondamentalité et à son inscription dans les notions juridiques. Il devient son instrument privilégié. En effet, la logique générale de révision des normes juridiques objectives à l'aune des droits subjectifs fondamentaux ne peut que conduire à l'importation du raisonnement des juges de Strasbourg (lequel tend parfois paradoxalement à devenir plus *abstrait* afin de généraliser au plus tôt le standard européen) en droit interne. Là encore pas de suspicion, de catastrophisme, mais une sereine conviction que cette évolution nécessaire s'opère logiquement.

Enfin, cette introduction du contrôle *concret* n'a pas pour effet de déstabiliser le système, d'introduire de l'insécurité juridique. Modelant son évaluation sur le choix de l'individualisme méthodologique, le

mémoire envisage la sécurité à l'aune du titulaire des droits fondamentaux et la voit renforcée. Là où la doctrine ne voit qu'une liberté accrue du juge et donc l'incertitude de la solution, on doit y voir au contraire la sécurisation des droits fondamentaux et des prérogatives de la personne qui trouve ainsi un lieu efficace pour faire entendre ses demandes. Apportant de la cohérence, le contrôle *concret* tend à la prévisibilité et à la sécurité.

Le mémoire pousse plus loin encore l'analyse, en seconde partie, des effets à venir de cette évolution sur la structure du système juridictionnel. Il anticipe sur l'établissement de nouveaux rapports tant entre les juges de l'ordre administratif qu'à égard des juges qui entrent directement en concurrence par le biais d'un contrôle intellectuellement proche comme le juge constitutionnel.

C'est dire le caractère stimulant de cette étude qui repose en outre sur une bibliographie impressionnante. Car l'auteur a depuis longtemps dépassé le stade du chercheur scrupuleux pour atteindre celui du passionné qui lit tout ce qui lui tombe sous la main et confronte rapidement les différents points de vue. Thomas Escach-Dubourg agit en tout avec facilité et expertise. Son parcours universitaire, exemplaire, l'a conduit à devenir le premier major du nouveau master « *droit des libertés fondamentales* ». Ce master, exigeant tant par le niveau de ses enseignements que par la pluridisciplinarité qu'il couvre, demande en effet une grande capacité de travail et d'adaptation. La très grande culture juridique de Thomas Escach-Dubourg et son exceptionnelle rapidité de travail ont ainsi été la garantie de ce remarquable et exceptionnel travail. La promesse qu'il contient l'a amené à poursuivre en thèse sur ce thème, élargi au juge constitutionnel.

Laissons le lecteur découvrir cette « *lecture* » originale, au sens de Ricœur car « *comprendre est un mode d'être avant de définir un mode de connaître* » [1].

Xavier BIOY, 6 janvier 2018

[1] Interprétation » in *Lectures 2, La contrée des philosophes*, Points-Essais, Editions du Seuil, 1999, p. 455.

REMERCIEMENTS

Le passage des remerciements constitue toujours un moment compliqué dans un travail de recherche, même à notre niveau. En effet, il n'est pas toujours aisé de retranscrire en quelques lignes notre profonde gratitude. D'autant que le mémoire constitue une étape cruciale dans la vie d'un étudiant en droit. Il est une aventure dans laquelle l'incertitude et la remise en question règnent en maîtres, mais il est aussi la clé pour d'autres tribulations. C'est pourquoi, soyez-en sûrs, derrière les prochains mots se trouvent des sentiments sincères à l'égard des personnes qui sont citées.

Tout d'abord, mes plus chaleureux remerciements s'adressent à Monsieur le Professeur X. BIOY, directeur du mémoire et directeur du Master 2, pour la sympathie, la confiance et la patience qu'il a su me témoigner. En me laissant aborder une telle thématique, il savait que mon chemin serait long et compliqué, pour autant il n'a pas hésité à me donner une chance.

Ensuite, mes remerciements s'adressent à mes parents et mes grands-parents qui ont dû supporter au quotidien l'enfer d'un étudiant accomplissant un travail de recherche. Leurs encouragements ont été une source réelle de motivation.

Enfin, ce travail ne serait pas sans la présence de plusieurs personnes au fil des développements. Merci à vous, Jonas G., Yann. R., Thomas R., Bastien H., Cécile G. Vous avez su m'apporter une lumière de nature à dissiper mes doutes.

LISTES DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Aff. : Affaire

AFDI : Annuaire Français de Droit international

AIJC : Annuaire International de Justice Constitutionnelle

AJ : Actualité Juridique

AJDA : Actualité Juridique Droit Administratif

Al. : Alinéa

AN : Assemblée Nationale

APD : Archives de philosophie du droit

Ass. : Assemblée

Ass. Plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation

Bull. : Bulletin

CAA : Cour administrative d'appel

Cass : Cour de cassation

CC : Conseil constitutionnel

CCC : Cahiers du Conseil constitutionnel

CE : Conseil d'État

CESDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

CEDH : Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Chap. : Chapitre

Civ. : Civile/civil

CJA : Code de justice administrative

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

Coll. : Collection

Cons. : Considérant

Crim. : Criminelle/criminel

D. : Recueil Dalloz

Ed./éd. : Editions

EDCE : Études et documents du Conseil d'État

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

Ibid. : Ibidem

JCl. : JurisClasseur

JCPA : La Semaine juridique, édition Administrations et Collectivités

JCPG : La Semaine juridique, édition Générale

J.O.R.F. : Journal Officiel de la République Française

Leb. : Lebon

LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

Lo : Loi ordinaire

LO : Loi organique

LPA : Les Petites Affiches

N° : Numéro(s)

NCCC : Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel

Op. cit. : Opus citatum

Ord. : Ordonnance

P. : page

Pp. : pages

PUF : Presses Universitaires de France

QPC : question prioritaire de constitutionnalité

RAE : Revue des affaires européennes

RDP : Revue de Droit Public et de Science Politique en France et à l'étranger

RDSS : Revue de droit sanitaire et social

Rec. : Recueil

RFDA : Revue Française de Droit Administratif

RFDC : Revue Française de Droit Constitutionnel

RDG : Revue générale du droit

RGDIP : Revue générale de Droit internationale

RIDC : Revue internationale de droit comparé

RTDC : Revue trimestrielle de droit civil

RTDE : Revue trimestrielle de droit européen

RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'Homme

S. : Suivantes/suivants

Sect. : Section

Spéc. : Spécifiquement

T. : Tome

TA : Tribunal administratif

TC : Tribunal des conflits

TFUE : Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne

Trad. : Traduction

TUE : Traité sur l'Union européenne

UE : Union européenne

Vol. : Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE : LE CONTRÔLE CONCRET DE CONVENTIONNALITÉ DU JUGE ADMINISTRATIF : UNE INSTALLATION NÉCESSAIRE ET AMBIGÜE

CHAPITRE 1 : LA NECESSITÉ DE L'ARRÊT GOMEZ-TURRI DANS UN PAYSAGE MARQUÉ PAR L'INDÉTERMINATION ET LA FONDAMENTALISATION DU DROIT

.Section 1 : Le contrôle *concret* de proportionnalité comme mode exemplaire de résolution des conflits juridiques
.Section 2 : Le contrôle *concret* de proportionnalité comme aboutissement logique de la fondamentalité

CHAPITRE 2 : LES CONTOURS AMBIGUS DE L'ARRÊT GOMEZ-TURRI DANS UN PAYSAGE MARQUÉ PAR LA CONCRÉTISATION DU DROIT

Section 1 : La généralisation ambivalente du contrôle *concret* de conventionnalité dans le contentieux administratif
Section 2 : La généralisation paradoxale d'un double étage de conventionnalité dans le contentieux administratif

DEUXIÈME PARTIE : LES CONSÉQUENCES DE L'INTRODUCTION DU CONTRÔLE CONCRET SUR LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF : L'ÉMERGENCE D'UNE PRÉVISIBILITÉ JURIDIQUE RENOUVELÉE

CHAPITRE 1 : L'ÉMERGENCE D'UNE PRÉVISIBILITÉ JURIDIQUE MÉTHODOLOGIQUE : UN FACTEUR DE FIXITÉ ET DE FLEXIBILITÉ

Section 1 : Une méthodologie limpide au service des procès
Section 2 : Une méthode flexible au service des procès

CHAPITRE 2 : L'ÉMERGENCE D'UNE PRÉVISIBILITÉ JURIDIQUE SUBSTANTIELLE : UN FACTEUR DE STABILITÉ ET DE MUTABILITÉ

Section 1 : La réalisation d'une prévisibilité normative au service des procès
Section 2 : La réalisation d'une prévisibilité relative au service du procès

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION

« Tu as commis une erreur qu'il fallait éviter à tout prix.
Appliquer des concepts qui, séparément, sont justes,
mais qui, une fois associés, constituent un système beaucoup trop rigide. »
The Young Pope – *Épisode 9 saison 1.*

1. Prolégomènes. – « *Avec l'Europe, un Nouveau Monde commence, fait du pluralisme des conceptions de vie, d'espaces postnationaux de délibération, de revenus détachés de la force de travail, d'institutions mondiales de décision en matière de santé, d'environnement, de climat, d'alimentation, etc. Il faut surtout à ce monde qui commence un nouvel esprit-principe pour le guider : le monde qui finit avait pour principe la souveraineté ; le monde qui vient a pour principe la coopération loyale entre les peuples* »[2]. L'Europe, comme le montre le professeur Dominique Rousseau, est aujourd'hui l'épicentre de toutes les secousses sismiques. Elle est précisément l'instigatrice de projets qui ont pour objet de transcender les frontières[3], de créer un héritage commun à partir des ignominies du passé[4], quitte même à malmener des traditions séculaires. Son potentiel révolutionnaire est palpable et fait d'elle un objet d'étude en puissance[5].

2. Le phénomène d'européanisation du Droit : un objet intéressant et déroutant. – En témoigne *l'européanisation du Droit*, qui est une réalité incontestable et incontournable actuellement. Elle est l'un de ces phénomènes qui jouit d'une particulière acuité sur le terrain doctrinal. Il suffit de regarder la littérature scientifique de ces dernières années pour comprendre combien elle est une donnée essentielle dans toute étude juridique[6]. Elle est même un passage obligatoire ! Pourtant aussi pertinent soit ce terme, il est en réalité empreint d'obscurité. Globalement, il entend décrire l'influence des politiques, notamment économiques, de l'Union européenne sur les États membres[7]. R. Ladrech, en effet, voit *l'européanisation* comme « *an incremental process reorienting the direction and shape of politics to the degree that EC political and economic dynamics become part of the organizational logic of national politics and policy-making* »[8]. Cependant, cette définition effleure la substance réelle de ce mouvement. Elle n'est que la partie la plus visible de l'iceberg, pourrions-nous dire. S'il est certain que le droit de l'Union européenne a joué un rôle important dans ce phénomène[9] – d'ailleurs, ne résumons guère l'Union européenne à une seule *Union d'intégration économique*, elle est également une *Union de droit*[10] –, comme en attestent parfaitement les évolutions de l'office du juge administratif[11] à travers le temps – nous pouvons citer certaines affaires notoires qui se fondent sur la *primauté* du droit de l'Union européenne[12] : *France Nature Environnement* de 2001[13], *Arcelor* de 2007[14], *Gardedieu* de 2007[15], *Mme Perreux* de 2009[16] et enfin,

[2] D. Rousseau, « Retour sur un monstre juridique », in *Mélanges en l'honneur du professeur Henri Oberdorff*, LGDJ, Paris, 2015, p. 128.
[3] Le discours de S. Zweig, prononcé en 1932 à Florence, témoigne bien de cela : *« Par l'existence de ce royaume supranational de l'humanisme, par cette suprématie d'une élite internationale qui, indifférente aux luttes politiques, guidées par sa passion artistique, pense par-dessus les frontières, la preuve est fournie une nouvelle fois, la première depuis l'écroulement de l'Empire romain, qu'une pensée européenne commune est possible, et ce sentiment anime et enivre les esprits (...)* » (disponible en ligne).
[4] R. Brague, *Europe, la voie romaine*, Folio essais, Paris, 1992, p. 23 : « *L'Europe nous présente ainsi un visage balafré, qui garde la trace des blessures qui la constituent* ».
[5] F. Terpan, « Le constitutionnalisme européen : penser la constitution au-delà de l'État », in *Mélanges en l'honneur du professeur Henri Oberdorff*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 181-192 ; B. Stirn, « L'Europe, terre de liberté et foyer de la démocratie », in *Mélanges en l'honneur du professeur Henri Oberdorff*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 87-92.
[6] L. Guilloud-Colliat (dir.), *L'européanisation du droit : Quelle influence de l'Union européenne sur le droit français* ?, LGDJ, coll. "Grands colloques", Paris, 1ère édition, 2016, 244 p. ; A. Bernardi, « L'européanisation de la science pénale », *Archives de politique criminelle*, 1/2004 (n° 26), pp. 3-36 ; F. Werro (dir.), *L'Européanisation du droit privé -Vers un Code civil européen ?*, Éditions universitaires de Fribourg, Fribourg, 1998, 527 p. ; H. Ouirini, *Essai sur l'européanisation du droit de la consommation*, thèse de droit, Université d'Avignon, 2016 ; K. Garcia, *Le droit civil européen*, thèse de droit, Université de Limoges, 2006 ; J.-M. Eymeri-Douzans, « La fonction publique française aux prises avec une double européanisation », *Pouvoirs*, 2006, n° 117, pp. 121-135.
[7] S. Saurugger, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Presses nationales de Sciences-Po, Paris, 2009, Chapitre VIII, « *Européanisation et transfert des politiques publiques* ».
[8] R. Ladrech, « Europeanization of Domestic Politics and Institutions: The Case of France », *Journal of Commons Market Studies*, Vol. 32, Issue 1, Mars 1994, p. 69.
[9] « *L'hybridation normative* » et l'évolution du droit public économique en lien avec le droit de l'Union qui en résulte : M. Lombard, « Le droit public de l'économie face à la crise - rapport de synthèse », *RFDA*, n°4, juillet-août 2010, pp. 764 et s.
[10] CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c. Parlement européen*, aff. C-294/83 ; CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi*, aff. C-402 et 415/05 P ; CJUE, 29 juin 2010, *Procédure pénale c. E et F.,* aff. C-550/09, point 44.
[11] J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, « À propos de la notion de droit administratif européen introduction à l'ouvrage droit administratif européen », *Revue française d'administration publique*, 2007, n° 123, pp. 373-385.
[12] CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. 6-64.
[13] CE, 10 janvier 2001, *France nature environnement*, n° 217237. Adaptant la solution dégagée par la CJCE dans son arrêt du 18 décembre 1997, *Interenvironnement Wallonie,* aff. C-129/96. Cet arrêt affirme l'illégalité pendant le délai de transposition d'une directive de toutes mesures de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat qu'elle prescrit.
[14] CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110 sur la transposition des directives et le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs. Le Conseil d'État va adapter les modalités de mise en œuvre de la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne au contrôle qu'il exerce sur les actes règlementaires de transposition d'une directive européenne.
[15] CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n°279522. Par son arrêt *Gardedieu*, l'assemblée du contentieux du Conseil d'État complète le régime juridique de la responsabilité de l'État, en admettant l'engagement de la responsabilité du législateur en cas de méconnaissance d'un engagement international. Cela a été incité par le droit de l'Union : CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, aff. C-6/90 et C-9/90 et CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, aff. C-46/93 et C-48/93, et donc le juge administratif n'a eu cesse de faire évoluer au fil des années.

Association France Nature Environnement de 2016[17] –, il ne saurait expliquer *in toto* « *l'européanisation du Droit* ».

3. Retour sur le concept d'européanisation du Droit : précision de frontières floues. – Véritablement, le concept *d'européanisation du Droit* tend à décrire le mouvement de pénétration continue du droit européen *lato sensu*, c'est-à-dire tant le droit du Conseil de l'Europe que le droit de l'Union européenne, au sein des systèmes juridiques des États parties à la CESDH. Il est certain que le Conseil de l'Europe est, par l'intermédiaire de la Convention, un acteur fondamental dans la mutation du paysage juridique français. Son objet, que sont les droits fondamentaux, est sûrement le meilleur étendard de l'idéologie européenne[18], mais également le meilleur outil – de par son essence[19] – d'évolution de la matière juridique[20]. Comme le notait M.-T. Meulders-Klein : « *les droits de l'Homme (...) apparaissent de plus en plus comme l'élément transcendant et fédérateur des sociétés modernes par-delà leur diversité* »[21]. La différence de logique entre l'Union européenne et la CESDH ne gomme pas l'influence qu'exercent l'une et l'autre sur les droits nationaux. Toutes les deux conduisent à réinterroger les modes de production normative, les concepts et règles juridiques, les méthodes d'articulation des normes ou encore les principes d'interprétation normative. Il ne faut donc point négliger la puissance dévastatrice du juge de la Convention[22] – certains parlent de *fondamentalisation* du Droit[23] pour viser l'intégration des droits fondamentaux dans les sources des droits, sous le giron de la CEDH, et les mutations qu'ils impliquent. C'est sur ce dernier truisme que débute notre aventure.

4. Illustrations et explications de la force du droit de la Convention : un intérêt à l'aborder. – Pour s'en convaincre, il suffit de voir les mutations juridiques et idéologiques suscitées par la jurisprudence de la CEDH[24]. Prenons quelques affaires topiques : *Kruslin et Huwig c. France* du 24 avril 1990[25], *B. c. France* du 25 mars 1992[26], *Gebremedhin c. France* du 26 avril 2007[27], *E.B. c. France* du 22 janvier 2008[28], *Brusco c. France* du 14 octobre 2010[29], *Mennesson et Labassée c. France* du 26 juin 2014[30], *S.A.S. c. France* du 1er juillet 2014[31], du *Lambert et autres c. France* du 24 juin 2014[32] et 5 juin 2015[33], *Chapin et Charpentier c.*

---

[16] CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme C.,* n° 298348. Le Conseil d'État a mis un terme définitif aux controverses issues de la jurisprudence d'Assemblée du 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c. M. X.*, n° 11604. Il vient reconnaître un effet direct aux directives inconditionnelles et suffisamment précises dès lors que qu'elles n'ont pas été transposées dans les délais prévus.

[17] CE, 3 novembre 2016, *Association France Nature Environnement*, n° 360212 : Le Conseil d'État vient de mettre en application la réponse qui lui a apportée la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *France nature environnement* du 28 juillet 2016 (CJUE, aff. C-379/15, *Association France nature environnement c. Premier ministre et ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie*). Cela concerne modulation dans le temps des effets de l'annulation d'une disposition nationale contraire au droit de l'Union Européenne est soumise à des conditions spécifiques énumérées par la Cour de justice de l'Union européenne.

[18] C. Blanc-Fily, *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : Essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen*, Bruylant, Bruxelles, 2015 ; M. Levinet, « Les présupposés idéologiques de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *LPA*, 2010, n°254, pp. 9 et s.,

[19] B. Pellegrini, « La portée structurante des droits fondamentaux », *Vie sociale et traitements*, 2005, n° 86, pp. 137-156.

[20] J.-P. Marguénaud, *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français,* La documentation française, Paris, 2001 ; J.-F. Renucci, « Le droit des affaires, domaine nouveau du droit européen des droits de l'homme », *Droit et Patrimoine*, 1999, n° 74, pp. 64 et s.

[21] M.-T. Meulders-Klein, « Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille,* Actes du colloque organisé par le LERADP de l'Université de Lille II les 15 et 16 décembre 1994, Paris, LGDJ, 1996, pp. 179-213, spéc. p. 179.

[22] R. De Gouttes, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français », *RIDC*, vol. 51 n°1, Janvier-mars 1999, pp. 7-20, spéc. p. 7 : « *D'emblée, l'on peut dire que (...) la Convention européenne a véritablement transformé le paysage judiciaire français* » ; J.-P. Costa, « L'office du juge. En quoi celui du juge de la Cour européenne des droits de l'Homme est-il particulier ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Henri Oberdorff*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 3-14.

[23] E. Dreyer, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, chron., p. 748, spéc. p. 750 ; P. Glaudet, « Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme », *LPA* 2004, n° 65, pp. 11 et s. ; R. Dumas, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, L'Harmattan, Paris, 2008 ; J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003 ; I. Meyrat, *Droits fondamentaux et droit du travail*, thèse de droit, Paris X, 1998 ; X.A. De Mello, « Droit de la concurrence et droits de l'homme », *RTDE* 1993, p. 601 ; V. Allegaert, *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, Aix-en-Provence, 2005.

[24] Il suffit pour s'en convaincre de voir la production doctrinale sur la Cour européenne des droits de l'Homme : P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, Aix-en-Provence, 2005 ; S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme : Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

[25] CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, n° 11801/85, série A, n° 176- A et *Huvig c. France*, du même jour, série A, n° 176-B.

[26] CEDH (Plénière), 25 mars 1992, *B. c. France*, n°13343/87 sur le transsexualisme. Suivi par les juridictions françaises : Ass. plén. 11 déc.1992, n° 91-11.900 et Civ. 1re, 7 juin 2012, n° 10-26.947 et n° 11-22.490. Cette question produit encore de la jurisprudence. En effet, la CEDH vient de sanctionner le droit en vigueur à l'époque, au nom d'une obligation positive faite à l'État de protéger le droit au respect de la vie privée, en raison de la condition d'irréversibilité de la transformation de l'apparence exigée : CEDH, 6 avril 2017, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13. Il faut également noter les apports de la loi sur la modernisation de la Justice au XXIe siècle : LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXIe siècle*, article 56. Nous sommes bien loin des conditions originelles posées en 1992, exigeant des documents médicaux.

[27] CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*, n° 25389/05 : la CEDH a condamné à l'unanimité la France pour violation de l'article 13 de la CESDH, combiné avec l'article 3, en raison de l'absence en zone d'attente d'accès à un recours de plein droit suspensif contre les décisions de refus d'admission et de réacheminement, alors qu'il y avait des motifs sérieux de croire que le requérant courait un risque de torture ou de mauvais traitements dans l'État de destination. La France en a tiré les conséquences avec l'article 24 de la loi du 20 novembre 2007.

[28] CEDH [GC], 22 janvier 2008, *E.B c. France*, n° 43546/02 ; M. Demaret, « L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité : l'arrêt E.B. contre France », Journal des tribunaux, n° 6343, 2009, pp. 145-149 ; C. Neirinck, « Le droit à une vie familiale pour les transsexuels et les homosexuels », in *Le droit à une vie familiale*, Dalloz-Sirey, Paris, 2007, p. 69.

[29] CEDH, 14 octobre 2010, *Brusco c. France*, n° 1466/07. La CEDH condamne le régime français de la garde à vue en rappelant le droit international des droits de l'Homme.

[30] CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11 et *Labassée c. France*, n° 65941/11. La CEDH condamne la France pour avoir pratiqué une politique de refus de transcription des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger dans le cadre d'une gestation pour autrui. Ces questions sont toujours d'actualité : Cass civ. 1ère, 5 juillet 2017, arrêts n° 824-825-826-827.

[31] CEDH [GC], 1er juillet 2014, *SAS c. France*, n° 43835/11. La CEDH retient la conventionalité du choix de société interdisant le port du voile intégral en définissant une voie étroite pour que l'interdiction soit considérée comme justifiée. Elle se repose notamment sur le « *vivre ensemble* ».

[32] CEDH, 5e Sect., 24 juin 2014, *Lambert et autres c. France*, n° 46043/14.

France du 9 juin 2016[34]. Ces changements s'expliquent par le dynamisme hégémonique de la CEDH. Effectivement, elle a développé au fil du temps une jurisprudence particulièrement innovante et puissante – en lien avec la notion de « *nécessaire dans une société démocratique* »[35] et une interprétation téléologique de son texte[36] –, qui bouscule les États membres, en affirmant son caractère *évolutif*[37], mais également *concret* et *effectif*[38] ainsi qu'en élargissant le champ d'application de la CESDH notamment par l'édulcoration de notions textuelles[39]. En outre, elle a dégagé des *notions autonomes*[40], des *obligations positives*[41], des *éléments inhérents* à la Convention[42], un véritable modèle de *procès équitable européen*[43], ainsi qu'un « *ordre public européen* »[44] qui transcendent les droits nationaux. De même, elle a exposé une nouvelle approche des effets de ses arrêts favorisant inévitablement son intégration dans les ordres juridiques internes[45]. Enfin et surtout, elle s'est dotée d'un mécanisme particulier, celui de l'arrêt *pilote* prévu par l'article 61 de son Règlement, qui renforce son action en ce qu'il lui permet de trouver un « *dysfonctionnement systémique* »[46] dans le droit d'un État membre et de prescrire à celui-ci l'adoption des « *mesures légales et des pratiques administratives appropriées* » propres à garantir ou compenser le droit bafoué pour toute personne éventuellement concernée ; il en découlerait même une « *objectivation* » du contrôle de la Cour[47] – et encore nous ne parlons guère des éventualités puissantes des protocoles n°15 et n°16. Désormais, une chose est sûre, « *un "État de droit européen" tend à se superposer aux "États de droits nationaux", à travers un "bloc de supranationalité"* »[48].

5. Par ailleurs, les juges nationaux ont relayé progressivement la jurisprudence de la CEDH[49] – conformément à ce que nous venons de dire sur la lecture l'article 46 de la Convention[50]. En effet, le développement de la jurisprudence de la CEDH et son succès, grâce notamment au mécanisme du recours individuel de l'article 34, a conduit les juridictions internes à devoir composer plus régulièrement avec la CESDH. Malgré la barrière de la souveraineté étatique[51], un véritable processus d'harmonisation du Droit[52],

---

[33] CEDH [GC], 5 juin 2015, *Lambert et autres c. France*, n° 46043/14. La CEDH a conclu qu'il n'y aurait pas violation de l'article 2 de la Convention en cas de mise en œuvre de la décision du Conseil d'État du 24 juin 2014. La CEDH a rejeté le 6 juillet 2015, la demande en révision des parents de l'arrêt du 5 juin 2015.

[34] CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, n°40183/07. Cet arrêt concerne le mariage homosexuel, si la CEDH laisse une marge d'appréciation, en raison du caractère culturel et symbolique du mariage, elle pose néanmoins, en lien avec les articles 12 et 14 de la CESDH, des standards à respecter, comme le PACS. Puis elle juge l'évolution du droit interne français, depuis la loi du 17 mai 2013.

[35] J. Tajadura Tejada, « La doctrine de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction des partis politiques », *RFDC,* 2012, n° 90, pp. 341-343.

[36] CEDH, Plénière, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88, § 87 : « *toute interprétation des droits et libertés énumérés doit se concilier avec "l'esprit général (de la Convention), destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique"* ».

[37] CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72.

[38] CEDH, 9 avril 2002, *Podkolzina c. Lettonie*, n° 4676/99, dans son § 35 : « *la Cour rappelle que l'objet et le but de la Convention, instrument de protection des êtres humains, appellent à interpréter et à appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences non pas théoriques ou illusoires, mais concrètes et effectives* ».

[39] Exemple sur l'article 6 : CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, n° 6878/75 et 7238/75, pour la matière civile ; CEDH, 8 juin 1976, *Engel c. Pays-Bas*, n° 5100/71 ; 5101/71 ; 5102/71 ; 5354/72 ; 5370/72, et CEDH, 28 juin 1978, *König c. RFA*, n° 6232/73, pour la matière pénale. Il y a tout de même des limites, comme le contentieux des étrangers : CEDH, 5 octobre 2000, *Maaouia c. France*, n° 39652/98.

[40] Comme la notion de « *victime* » : CEDH, 6 juillet 1990, *M.B. c. France*, n° 12547/86. Elle est appréhendée indépendamment des règles internes ; F. Sudre, « Le recours aux "notions autonomes" », in *L'Interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 93 et s.

[41] Quelques exemples : CEDH, 23 septembre 1994, *Hokkanen c. Finlande*, n° 19823/92 : obligation positive de « *prendre les mesures nécessaires* » à la sauvegarde d'un droit ; CEDH, 9 décembre 1994, *López-Ostra c. Espagne*, n° 16798/90 : obligation positive d'« *adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu* ».

[42] CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, §§ 35-36 sur *le droit au juge*.

[43] CEDH, 27 mars 2003, *Satka et autres c. Grèce*, n° 55828/00, § 58 ; CEDH, 13 juillet 2006, *Doubinskaïa c. Russie*, n° 4856/03 ; J. Andriantsimbazovina, F. Sudre et a., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme,* PUF, Paris, 7ème édition, 2015, p. 302 : « *si la dimension substantielle des droits contenus à l'article 6 § 1 a pu dans le passé soulever des interrogations, en revanche le droit d'accès à un tribunal a très vite été reconnu comme un droit fondamental ; il fait par ailleurs l'objet d'une jurisprudence abondante mais précise veillant à garantir les conditions de son effectivité* ».

[44] CEDH, 23 mars 1995, Loizidou c. Turquie, n° 15318/89 ; CEDH, 21 juin 2016, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, n° 5809/08.

[45] CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, § 58 : « *Sans doute sa décision produira-t-elle fatalement des effets débordant les limites du cas d'espèce, d'autant que les violations relevées ont leur source immédiate dans lesdits textes et non dans des mesures individuelles d'exécution (...)* » ;*Voy.* N. Perlo, « L'attribution des effets *erga omnes* aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en Italie : la révolution est en marche », *RFDC* 2015/4, n° 104, pp. 887-910.

[46] CEDH [GC], 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, n° 31443/96, § 189 ; CEDH, 3 avril 2012, *Michelioudakis c. Grèce*, n° 54447/10.

[47] F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, Paris, 8e édition, 2006, p. 240.

[48] J. Chevallier, *L'État de droit*, Montchrestien, Paris, 2ème édition, 1994, p. 114.

[49] Cass, Assemblée Plénière, 15 avril 2011, arrêts n° 589/590/591/592 : « *les Etats adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales 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* » ; En témoigne encore l'arrêt de renvoi de la Cour de cassation *Société Daimler et autres* du 17 décembre 2014 (Cass. crim. QPC, 17 décembre 2014, n° 14-90.043 (n° 7608 F-D)), qui se fonde sur l'arrêt *Grande Stevens* (CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10) de la Cour européenne, et a conduit à une QPC intéressante, proche intellectuellement des positions européennes : décision du 18 mars 2015, *John L.* (CC, n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, *M. John L. et autres* [*Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié*]) ; *Voy.* C. Laurent-Boutot, *La Cour de cassation face aux traités internationaux protecteurs des droits de l'homme*, thèse de droit, Limoges, 2006, spéc. n° 682 et s.

[50] Sur l'autorité des arrêts de la Cour : CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/71 et CEDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, n° 12849/87, § 26 : « *La liberté de choix reconnue à l'État quant aux moyens de s'acquitter de son obligation au titre de l'article 53 ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention en attendant l'aboutissement d'une pareille réforme, au point de contraindre la Cour à rejeter en 1991, pour une succession ouverte le 22 juillet 1980, des griefs identiques à ceux qu'elle a accueillis le 13 juin 1979* ». Selon la Cour, lorsque le dispositif de l'arrêt européen est précis et complet, il est d'exécution directe dans les ordres juridiques internes. Il incombe donc au juge national d'appliquer directement les exigences de l'arrêt, en considérant inapplicable le droit interne à lui contraire, dans l'attente d'une modification législative.

[51] A. Kovler, « La Cour européenne des droits de l'Homme face à la souveraineté d'État », *L'Europe en Formation*, 2013, n° 368, pp. 210-215 ; V. Berger, « Les Cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'Homme », *Les NCCC*, 2011, n°32, disponible en ligne.

[52] B. Oppetit, « Retour à un droit commun européen », in *Pensée juridique Française et Harmonisation européenne du droit*, Société de législation comparée, Paris, Vol. 1, 2003,, pp. 15-25 ; M. Delmas-Marty, « Le phénomène de l'harmonisation : l'expérience contemporaine », *op cit.,* pp. 39-51 ; R. David, « Les méthodes de l'unification », in *Le Droit comparé – Droits d'hier, droits de demain*, Economica, Paris, 1982, pp. 304 et s. ; J.-P. Costa, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH* n° 2004/57, p. 103 : « *La jurisprudence de la Cour fixe des normes que tous les Etats membres doivent respecter ; en un sens, elle joue le rôle d'un pont entre telle ou telle influence juridique nationale spécifique et la communauté des systèmes de droit représentée à Strasbourg. La jurisprudence contribue à la naissance et au développement d'un "jus commune" en Europe dans le domaine des droits de l'homme* » (souligné par nous).

particulièrement fécond, se tient depuis des années et révolutionne petit à petit notre conception du Droit[53]. L'illustre « *une lecture attentive de l'activité prétorienne récente de la Chambre des Lords, du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (qui) confirme l'hypothèse selon laquelle les cours nationales suprêmes jouent un rôle actif dans le développement de la Convention par la voie de l'expansion des droits conventionnellement garantis, chaque cour le faisant à sa manière propre, voie distincte déterminée par les exigences du système national* »[54]. Dans le même temps, ces juridictions ont pris conscience du potentiel explosif du principe de *subsidiarité*[55] et du contrôle de *conventionnalité*[56] – du fait également de la convergence matérielle avec le texte constitutionnel – dans un pays où le contrôle de constitutionnalité des lois a pris une place prépondérante. Effectivement, avec ces éléments, ils deviennent les juges de droit commun de la Convention, la cheville ouvrière du système. Et en reprenant à leur profit la lecture dynamique de la Convention dans le cadre de la conventionnalité, il y avait *hic et nunc* un moyen d'élargir leur office dans un sens presque identique au Conseil constitutionnel ; et donc d'assouvir leur velléité d'indépendance[57].

5. Ses conséquences concrètes sur l'architecture juridique et politique française : un autre intérêt à l'étudier. – Tous ces éléments ont eu également des conséquences directes sur le rôle et l'office du juge national. Comme le notait R. Errera : « *la jurisprudence de cette juridiction internationale exerce une influence directe sur celle des juges français et augmente leur pouvoir vis-à-vis des normes nationales, y compris de la Loi* »[58]. Assurément, la culture anglo-saxonne de la CEDH, distillée au fil des arrêts et des discours, fait du juge un acteur primordial de la Cité, même dans un pays de *Civil Law* comme la France. Cela s'entrevoit à la lumière de l'importance qu'accorde la CEDH aux articles 6[59], 13[60] et 34[61] de la CESDH, mais aussi à travers la structuration du Conseil de l'Europe et de la place de la CEDH dans ce système. Effectivement, cette dernière est une institution cardinale depuis le protocole n°11 – en attestent les articles 19 et 32 de la Convention[62]. Il en va de même pour l'Union européenne, en effet, la Cour de justice est bien la pierre angulaire de l'édifice selon l'article 19 TUE[63]. À tel point qu'elle s'arroge de nouvelles compétences[64] et étend au maximum la superficie de son contrôle[65]. Dès lors, l'intégration de cette représentation dans le droit français bouleverse naturellement la topographie politique ; il y aurait désormais un « *juricentrisme* » comme le note un auteur[66].

6. Puis, avec *l'européanisation du Droit*, la démocratie revêtirait même un nouvel accoutrement[67]. L'opinion a bien saisi la chose, l'indifférence de la société à l'égard de la justice n'est plus une vérité[68], malgré les critiques sporadiques. « *La justice (reste) le substitut réglé de la violence dont la première efficacité est d'œuvrer à la paix civile* »[69]. Nous le voyons à travers la médiatisation des affaires judiciaires – l'actualité parle pour nous – ainsi que des arrêts de la CEDH ou des décisions du Conseil constitutionnel.

---

[53] *Voy.* J. Andriantsimbazovina, « La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'Homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution ? » in *Les CCC*, 2005, n°18, disponible en ligne ; J. Andriantsimbazovina et H. Gaudin, « Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen – La conviction d'une piste à emprunter », *Les CCC*, 2010, n°27, disponible en ligne ; O. Dutheillet de Lamothe, « Le Conseil constitutionnel et le droit européen », *RFDC*, 2004, n° 57, pp. 23-35, spéc. pp. 27-34 ; F. Chaltiel, « Le juge administratif, juge européen », *AJDA* 2008, p. 283.

[54] M. Andenas et E. Bjorge, « L'application de la Convention européenne des droits de l'Homme. Quel rôle pour le juge interne ? », *RIDC*, vol. 64, n°2, avril-septembre 2012, pp. 383-415, p. 413.

[55] R. Errera, *Et ce sera justice : Le juge dans la Cité*, Gallimard, Paris, 2013, p. 25 : *le droit (européen) (...) et la façon dont son respect est assuré par une coopération inédite entre le juge national et le juge supranational sont l'une des inventions juridiques les plus remarquables et les plus originales de l'Europe au XXe siècle* ».

[56] Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à lointerruption volontaire de la grossesse*, cons. 7.

[57] Déjà exacerbée sur le terrain de la QPC : Cass., AP, QPC, 16 avril 2010, *MM. Melki et Abdeli*, n° 10-40002, ADL du 23 avril 2010.

[58] R. Errera, *Et ce sera justice : Le juge dans la Cité*, *op. cit.*, pp. 24-25.

[59] CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, § 35.

[60] CEDH 3e sect., 21 février 2008, *Ravon et autres c. France*, n° 18497/03.

[61] CEDH, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n°46827/99 et 46951/99, § 122 : « *le droit de recours individuel a acquis au fil des ans une grande importance et figure parmi les clefs de voûte du mécanisme de sauvegarde des droits et libertés énoncés dans la Convention* ».

[62] L'article 19 dispose que « *afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses protocoles, il est institué une Cour européenne des Droits de l'Homme, ci-dessous nommée "La Cour". Elle fonctionne de façon permanente* ». Tandis que l'article 32 dispose 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 qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34 et 47. En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide* » (souligné par nous).

[63] L'article 19 § 1 du TUE dispose que « *La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités* » (souligné par nous).

[64] *Voy.* CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c. Parlement européen*, aff. C-294/83 et La Cour pose le principe de la *communauté de droit*, en vertu duquel tous les actes des institutions doivent faire l'objet d'un contrôle, y compris ceux adoptés par le Parlement. Elle modifie donc l'article 173 du TCEE en permettant aux institutions et aux États d'agir contre les actes du Parlement. CJCE, 22 mai 1990, *Parlement c. Conseil*, aff. C-70/88 : la Cour de justice a reconnu au Parlement la faculté de la saisir « *d'un recours en annulation dirigé contre un acte du Conseil ou de la Commission, à la condition que ce recours ne tende qu'à la sauvegarde de ses prérogatives et qu'il ne se fonde que sur des moyens tirés de la violation de celles-ci* ».

[65] CJCE, 31 mars 1971, *AETR*, aff. C-22/70, Rec. 263.

[66] J. Van Compernolle, « Le rôle du juge dans la Cité : vers un gouvernement des juges ? », in *Le rôle du juge dans la cité, Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Actes de colloque du 12 octobre 2001*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 158-159 : « *L'on passe visiblement d'un légicentrisme à un juricentrisme. Gestionnaire des crises, créateur du droit et des droits, décideur en toutes matières (...), le juge est au cœur de l'ordre juridique (...). À l'image du juge "bouche parlante de la loi" – qui paraît bien obsolète – s'oppose aujourd'hui l'image du juge découvreur de sens et créateur de droits* ».

[67] S. Guinchard, « Vers une démocratie procédurale ? », *Justices*, 1999, n° 1, pp. 91-130 ; P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Paris, 2006 et *Le Bon Gouvernement*, Seuil, Paris, 2015.

[68] R. Savatier, *Le juge dans la cité française. 1965-1967*, Dalloz-Sirey, Paris, 1967, p. 195.

[69] L. Cadiet, « La justice face aux défis du nombre et de la complexité », *Les Cahiers de la justice*, n°1, 2010, pp. 13-35, spéc. p. 19.

« *La société française manifeste une attente exigeante à l'égard d'une institution qu'elle tient pour responsable de la sécurité publique, de la sûreté des rapports juridiques, de l'équité des décisions, voire des équilibres économiques et sociaux* »[70]. Il se développe un véritable consumérisme judiciaire. « *Nous sommes désormais face à une justice désacralisée, exposée, dans les deux sens du terme, dont on attend beaucoup, et face à des juges, dont les pouvoirs, sont accrus. Leurs responsabilités aussi ont grandi, car l'un ne va pas sans l'autre. C'est dans ce nouveau contexte que s'exerce, à l'occasion de l'acte de juger, leur fonction d'interprétation, voire de création du droit* »[71]. En somme, *l'européanisation du Droit* commence à raviver la flamme juridictionnelle, elle donne aux juges de nouveaux rôles, et, partant, elle fait éclore des projets pour une nouvelle *Justice*[72]. Elle est le terrain privilégié pour observer des mutations.

7. La fronde des intellectuels : un évènement qui n'enraye pas la machine. – Cette démonstration n'est qu'une brève autopsie des conséquences de l'emprise actuelle du juge de la Convention. Elle tend, également, à expliquer les passions comme les défiances que suscite la CEDH. « *Engourdi comme un géant qui aurait été emprisonné trop longtemps, l'État doit réapprendre à marcher. La France ne doit plus jamais se soumettre à la Cour européenne des droits de l'homme* »[73]. Nombreux sont désormais ceux qui voient dans le développement des droits fondamentaux[74], notamment par son entremise, les prémices d'une dérive identitaire[75] et systémique[76]. « *Alors qu'il s'est formé à partir d'une société unitaire, pétrie d'égalité et composée de citoyens politiquement actifs et réunis autour de valeurs communes, "les droits de l'homme et du citoyen", notre contrat social républicain semble soudainement frappé de vétusté. Il apparaît, aux yeux de beaucoup, devoir être dépassé pour satisfaire les besoins de plus en plus pressants de ce qu'il convient d'appeler une "société de droit"* » s'exclamait un auteur[77]. Cette lecture caricaturale de l'action du juge européen, gargarisée d'une logique subjectiviste, a conduit à créer un sentiment contemporain de discrédits sur sa jurisprudence. Nous pourrions légitimement penser que le projet en ressortirait écorné. Cependant, ces dernières années, ce phénomène a pris une ampleur sans précédent. Paradoxal, pourrions-nous alléguer, dans un contexte où il ne fait pas bon d'être *européen*. Pourtant, le dialogue, qu'il soit « *sans parole* »[78] ou avec, n'a jamais été aussi fort – et il induit des choses puissantes. Pourquoi ? Cela vient certainement du contexte socio-économique globalisé et des turbulences idéologiques qu'il suscite. Et force est de constater que l'influence de la CEDH est relativement récente en droit français, en effet, la France n'a ratifié la Convention qu'en 1974 et le principe du recours individuel qu'en 1981. Il n'est donc point aberrant de n'entrevoir qu'aujourd'hui les potentialités du projet européen.

8. La puissance contemporaine du droit de la Convention et les dernières mutations dans le Droit. – *Exempli gratia*, les récentes décisions du Conseil constitutionnel postulent pour cette emprise grandissante de la CEDH dans le droit français[79]. Assurément, le Conseil constitutionnel fait désormais une référence explicite et presque systématique, dans ses visas, à la jurisprudence européenne[80], il opère

[70] G. Canivet, « La préparation des magistrats de l'ordre judiciaire à l'exercice de leurs fonctions de chef de juridiction et de parquet, rapport au Garde des Sceaux », 14 février 2007, p. 16, § 57, disponible en ligne.
[71] R. Errera, *op. cit.*, p. 59.
[72] L. Neuer, « Dominique Rousseau : Il faut sortir la Justice du gouvernement », *Le Point* du 11 avril 2017 : http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/laurence-neuer/dominique-rousseau-il-faut-sortir-la-justice-du-gouvernement-10-04-2017-2118560_56.php
[73] É. Zemmour, *Un quinquennat pour rien*, Albin Michel, Paris, 2016, p. 709.
[74] *Ibid.,* p. 571 : « *Pas de Cour européenne des droits de l'homme et de pression médiatique. Pas d'État dans l'État. (...)* » ; pp. 578-579 : « *Au nom des droits de l'homme, la Cour européenne de justice interdit que notre marine arraisonne leurs bateaux et les renvoient d'où ils viennent à la manière australienne ; au nom des droits de l'homme, pas le droit de trier, de sélectionner, d'empêcher que des terroristes islamistes ne se glissent dans le lot. (...) Ce ne sont pas la France ou l'Italie ou l'Europe ou la Méditerranée qui tuent, mais les droits de l'homme.* » ; p. 708 : « *Ce n'est pas un hasard si la première décision du gouvernement fut de suspendre la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est la mère des batailles. Depuis des années, la jurisprudence de la Cour a ligoté l'État jusqu'à le rendre aveugle, sourd, paralytique. Corseté par la jurisprudence, il est comme Gulliver empêtré. Il n'a plus les moyens de protéger les Français contre les délinquants. Plus les moyens de faire respecter sa frontière contre les immigrants illégaux. Plus les moyens d'enfermer et d'expulser. La dérive n'est pas celle que l'on dit. Elle n'est pas sécuritaire mais judiciaire. L'État de droit est devenu au fil du temps l'abus du droit* » (souligné par nous).
[75] A. Troianiello, « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat*, 2003, n° 124, pp. 58-72, spéc. pp. 67-68 : « *Depuis quelques années, c'est un tout autre défi qui a été lancé au constitutionnalisme : il ne s'agit plus guère de protéger d'une majorité menaçante de citoyens des droits naturels préexistants, mais d'assurer la production massive de droits subjectifs à l'attention d'une population de plus en plus atomisée. Conçu pour endiguer la turbulence des passions démocratiques, le constitutionnalisme n'était guère préparé à l'érosion à la fois plus insidieuse et efficace que produisait sur lui l'individualisme. C'est pourquoi, faisant sienne la maxime selon laquelle mieux vaut plier que briser, il s'est mis à son service. Cette révolution égocratique du constitutionnalisme a son hymne : le discours des droits fondamentaux* ». ; A. Finkielkraut, *La seule exactitude*, Stock, Paris, 2015, pp. 15-16 : « *Il ne s'agit pas de remettre les individus dans le droit chemin, mais de les réconcilier, avant que le ressentiment n'emporte tout, avec leur condition. Je suis un homme ou une femme. Je nais dans un corps sexué. Cette identité, je ne l'ai pas choisie, je l'ai reçue. Il me faut donc en rabattre et abdiquer, d'entrée de jeu, toute prétention à représenter l'humanité à moi seul. L'homme n'existe pas, la dualité est irréductible* » (souligné par nous).
[76] J.-L. Harouel, *Les droits de l'Homme contre le peuple*, Desclée De Brouwer, Paris, 2016, 143 p.
[77] A. Troianiello, *op. cit.,* p. 60.
[78] D. Szymczak, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'Homme : vers la fin de "l'exception française" ? », in *Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ? Strasbourg, Institut Carré de Malberg et Institut Michel Villey*, 6 mai 2011, pp. 8-10, disponible en ligne.
[79] Effectivement, l'utilisation, expresse ou tacite, du droit de la CEDH est une réalité relativement ancienne qui fait l'objet de nombreuses études : M. Sztulman, « L'utilisation de la Convention européenne des droits de l'Homme par le Conseil constitutionnel : un refus du signe et non du sens », in D. Fallon (dir.), *Les normes de référence du contrôle de constitutionnalité*, LGDJ-Presses universitaires juridiques de Poitiers, Paris-Poitiers, 2017, pp. 33-43 ; X. Bioy, « Synthèse : Quelles normes de référence du contrôle de constitutionnalité ? », in *Les normes de référence du contrôle de constitutionnalité*, *op. cit.*, pp. 68-69.
[80] R. Barrué-Belou, « Le développement des références juridictionnelles dans les visas du Conseil constitutionnel : vers une fonction de Cour suprême ? », *RFDC*, n°106, 2016, pp. 259-282, spéc. pp. 262-271.

également un contrôle beaucoup moins abstrait[81] mêlé à un contrôle de proportionnalité[82], et tente d'uniformiser au maximum sa position aux standards européens[83]. Dans le même temps, la CEDH a fait écho à l'entreprise du juge constitutionnel français en affirmant, implicitement pensons-nous, la compatibilité de celui-ci aux exigences européennes dans l'arrêt *Jacky Renard c. France*[84], confortant alors son entreprise. En sus, la puissance de la CEDH touche également le droit supranational, en témoigne l'arrêt *Caldararu*[85] de la CJUE dans lequel elle tient compte des positions de la CEDH et fait évoluer son contrôle dans le même sens qu'elle – ayant également des conséquences en droit interne.

9. Le contrôle concret de proportionnalité en matière de conventionnalité : une nouvelle étape nappée de mystère. – Finalement, ce qui illustre le mieux cette dynamique ce sont les dernières positions des juges judiciaires, notamment de la Cour de cassation[86], depuis son fameux arrêt du 4 décembre 2013[87], et les démarches faites pour révolutionner l'institution par l'introduction du contrôle de proportionnalité, au demeurant *concret*. Le juge administratif n'est pas en reste, en effet, par la décision *Gomez-Turri* du 31 mai 2016[88], le Conseil d'État a suivi cette dynamique en introduisant ce qu'il a lui-même qualifié de contrôle de conventionnalité *in concreto* des lois en plus d'un contrôle de conventionnalité *in abstracto* – la Cour de cassation fera de même le 9 novembre 2016[89]. Elle est la première décision à le consacrer sous cette forme particulière. Avec ces éléments, la logique de la CEDH s'immisce encore un peu plus dans les prétoires français[90]. La *proportionnalité* et le contrôle *concret* sont désormais des outils aux mains des juges français[91]. Au grand damne de nombreux auteurs[92] ou à leur grand plaisir[93]. Nous pourrions résumer la situation comme suit : « *La CEDH, stop ? Non, encore !* »[94]. Si ces derniers évènements traduisent une nouvelle fois la puissance du phénomène *d'européanisation du Droit*[95], ils impliquent aussi de nombreuses choses dans un contentieux encore marqué par la retenue et l'abstraction. Une nouvelle ère juridictionnelle se profile avec ce contrôle[96]. Celle-ci divise la doctrine, effectivement, si pour certains l'introduction de ce contrôle est l'aube joyeuse d'un nouveau paysage juridique et politique français[97], il est pour d'autre, la fin intolérable – mais pourtant programmée, car la prise de puissance du juge ordinaire en lien avec la CESDH devait logiquement s'accompagner de l'intégration d'un raisonnement adapté à celle-ci et ses droits[98] – d'une spécificité française largement cultivée[99]. Pourquoi ce tiraillement doctrinal sur le contrôle *concret* de conventionnalité des lois, notamment du juge administratif ? Que signifie-t-il réellement ? Ces quelques interrogations nous mènent à nous focaliser sur lui. Nous comprenons qu'il est porteur de germes d'une révolution qui n'est pas toujours bien appréhendée. Dit autrement, il constitue une nouvelle étape dans laquelle le droit français ne ressortira pas indemne. C'est ce qu'il convient d'étudier dès à présent.

---

[81] J. Bonnet et A. Roblot-Troizier, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », *Les NCCC,* n° 53, 2016, pp. 113-116 : ils étudient la contextualisation du contrôle du Conseil constitutionnel dans l'affaire S. Ifren de 2016 ; J. Bonnet et A. Roblot-Troizier, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », Les *NCCC*, n° 55-56, 2017, pp. 140-142 : ils étudient « *la concrétisation des réserves d'interprétation* ».

[82] V. Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC*, n° 70, 2007, pp. 269-295.

[83] Pour des exemples concrets et récents : H. Surrel, « Conseil constitutionnel et jurisprudence de la Cour EDH », *Les NCCC,* n° 53, 2016, pp. 179-186.

[84] CEDH, 25 août 2015, *Jacky Renard c. France*, n° 3569/12. Cet arrêt est relatif à la QPC, précisément, la procédure de filtrage par les Cours suprêmes à la lumière de l'article 6 de la CESDH.

[85] CJUE, 5 avril 2015, *Aranyosi- Caldararu*, aff. C‑404/15 et C‑659/15 PPU.

[86] Cass., crim., 1er février 2017, arrêts n° 102/104/105 sur la proportionnalité de la peine.

[87] Civ. 1ère, 4 décembre 2013, n° 12-26.066, publié au Bull. Cet arrêt est relatif au mariage entre une femme et son ex beau-père. La Cour de cassation a employé pour la première fois un contrôle de conventionnalité *in concreto* à l'aune de l'article 8 de la CESDH.

[88] CE, 31 mai 2016, *Mme C. A.,* n° 396848. Le Conseil d'État autorisé un transfert de gamètes en Espagne en vue d'une insémination *post-mortem*, en s'appuyant sur un contrôle de conventionnalité *in concreto* de dispositions du Code de la santé publique à l'aune de l'article 8 de la CESDH.

[89] Cass. 1ère Civ., 9 novembre 2016, arrêt n°1234, 15-25.068.

[90] S. Platon, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, LGDJ, Paris, 2008, p. 592 : « *E. Lambert remarque d'ailleurs que l'absence d'un contrôle in concreto est de nature à limite l'effectivité de l'autorité jurisprudentielle européenne des droits de l'homme* ».

[91] J.-M. Sauvé, « Le Conseil d'Etat et le droit européen et international », Université de Tokyo, mercredi 26 octobre 2016 : « *cette évolution (Gomez), si elle se rapproche de la méthodologie du contrôle de la Cour de Strasbourg, (...) elle traduit ainsi un approfondissement du contrôle de conventionalité* », disponible sur le site du Conseil d'État.

[92] F. Chénédé, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796 ; F. Chénedé, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme », *D.* 2014, pp. 179-182 ; L. Dutheillet de Lamotte et G. Odinet, « Contrôle de conventionalité : in concreto veritas ? », *AJDA* 2016, p. 1398 ; P. Delvolvé, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA* 2016, p. 754.

[93] H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, pp. 1376 et s. ; H. Fulchrion, « Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, p. 2496 ; H. Fulchiron, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.* 2016, p. 1472.

[94] D. Rousseau, « *La CEDH, stop ? Non, encore ! »* : http://www.dalloz-actualite.fr/chronique/cedh-stop-non-encore#.WONetGTyioQ

[95] *Voy.* X. Dupré de Boulois et L. Milano, « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2016, pp. 769 et s.

[96] *Voy.* P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTDC* 2016, p. 578 : « *cette décision (Gomez) ne porte donc pas seulement une évolution du droit administratif : elle est une étape importante d'une évolution plus générale du droit français au tour de la "proportionnalité"* » ; Pour la proportionnalité : J. Van Compernolle, « Vers une définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in *Mélanges offerts à F. Rigaux,* Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 495-506 ; F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications de la faculté de droit de Saint-Louis, Bruxelles, 2002, pp. 431-432.

[97] F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTDC* 2016, pp. 511 et s. ; Actes de la conférence-débat « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation », publiés dans le supplément de *JCPG* n°1-2 - 11 janvier 2016.

[98] Comme le démontre A. Bretonneau, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA* 2016, pp. 745-746 : « *le principe de subsidiarité qui a vocation à jouer dans la mise en œuvre de la convention implique que vous n'attendiez pas, par principe, qu'une condamnation intervienne à Strasbourg pour tirer les conséquences d'une inconventionnalité que vous auriez détectée. (...). Parce que nous irions jusqu'à penser que le refus catégorique et systématique de tout contrôle concret dans une telle hypothèse, fondée sur l'idée qu'un écart de méthode entre vous et la CEDH n'est pas rédhibitoire en soi, frôlerait, nous semble-t-il, l'erreur logique* ».

[99] P. Delvolvé, « Droits subjectifs contre interdit législatif (…) », *op. cit.,* p. 754.

10. Conséquemment, après avoir précisé les bases notionnelles de notre étude (**§I**), il conviendra d'analyser les enjeux réels (**§II**) et les précisions d'ordre méthodologique qu'elle soulève (**§III**), pour enfin tenter d'y répondre (**§IV**).

§I – LES IMPRÉCISIONS NOTIONNELLES DE L'ÉTUDE

11. Retour sur le contrôle de conventionnalité des Lois en France. – Aborder la question du contrôle *concret* de conventionnalité des lois du juge administratif implique de décortiquer progressivement ce terme qui est, à lui tout seul, le centre d'une multitude de controverses doctrinales. Effectivement, l'adjonction des mots "contrôle de *conventionnalité*" et "contrôle *concret*" induit déjà de nombreuses difficultés. Ajoutons à cela l'introduction d'un "contrôle de *proportionnalité*" qui est lié au contrôle opéré sur le terrain de la CESDH, et nous obtenons un mélange particulièrement confus. Il convient donc de revenir sur chacun de ces termes pour comprendre la teneur de ce contrôle ainsi que ses effets. Par conséquent, nous pouvons nous demander la chose suivante : qu'est-ce que le contrôle de conventionnalité des lois ? Il s'agit d'un « *contrôle visant à établir la conformité ou la non-conformité d'une norme de droit interne (ici la loi) à une convention internationale* »[100]. Il désigne, en droit français, le contrôle exercé par le juge sur un texte de droit interne invoqué par une partie afin de s'assurer que celui-ci ne méconnaisse pas les exigences d'une convention internationale *d'effet direct*[101] ou d'un texte international de force équivalente, car, comme en dispose l'article 55 de la Constitution de 1958, « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois (…)* ». Il s'agit d'un contrôle de norme à norme, l'acte législatif prend un peu la place du "fait" en tant que mineure du syllogisme. Cependant, la présente définition entrevoit le contrôle de *conventionnalité* comme un contrôle de *conformité*. Or nous savons qu'une telle qualification est porteuse de sens. En effet, pour la majorité de la doctrine, le contrôle de conventionnalité est dans un rapport de *compatibilité*[102], c'est-à-dire, selon Charles Eisenmann, que « *pour être réguliers et valables, il faut et il suffit que les actes (…) ne soient contraires à aucune norme (supérieure)* ». Tandis que le contrôle de *conformité* implique que « *pour être réguliers et valables, il suffit, mais il faut que les actes (…) soient permis par une norme (supérieure)* »[103], ce qui serait l'apanage du contrôle de *constitutionnalité* des lois[104]. Le dernier rapport est plus strict que le premier, puisqu'il se limite à un simple rapport de non-contrariété avec la norme de référence. Notre propos n'entend pas prendre part au débat sur la réalité de la différence entre ces contrôles, qui est par ailleurs contestée[105] – il est vrai que l'évolution de l'impérativité des textes conventionnels implique presque un rapport de *conformité*, qui est d'ailleurs commandé par le texte même de la CESDH, comme nous le montre l'article 46, même si la lettre des textes ne doit pas être déterminante –, nous souhaitons simplement affirmer que par la suite nous inscrirons la *conventionnalité* dans le champ de la *compatibilité* sans conviction particulière. Simplement, parce qu'il s'agit juste du terme le plus courant dans les écrits doctrinaux. Néanmoins, par-delà ces considérations, nous pouvons être certain d'une chose, c'est la proximité intellectuelle entre le contrôle de *constitutionnalité* et de *conventionnalité* des lois. Effectivement, ce que ce qui est recherché dans ces contrôles c'est la *régularité* de la norme objet (*la Loi*) par rapport à une norme supérieure (*Les Conventions internationales ou la Constitution*) à partir de laquelle s'exercera le contrôle. En somme, le contrôle de *conventionnalité* – ou de « *l'annulation* » pour reprendre les mots d'un membre éminent de la doctrine[106] –, comme le contrôle de *constitutionnalité*, constitue un contrôle de la *régularité* des Lois, qui est une dénomination dépourvue d'équivoque dans laquelle ce qui importe c'est plus la nature du lien qui s'établit entre les normes contrôlées que son intensité.

12. En outre, le régime du contrôle de *conventionnalité* des lois a largement été fixé par une décision du Conseil constitutionnel. En effet, depuis la décision *IVG* de 1975, il appartient à tous les *juges de droit*

[100] S. Guinchard et T. Debard (dir.), « *Conventionnalité (contrôle de)* », in *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 20ème édition, 2013, pp. 254-255.
[101] CE, 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326 : une stipulation est d'effet direct lorsqu'elle « *n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats » et « ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers* ». Un traité est présumé d'effet direct, sauf s'il ne régit que les rapports entre Etats. Il y a également une autre condition, déconnectée de la seule rédaction, puisque, précise l'arrêt, « *l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit* ».
[102] J.-M. Favret, « Le rapport de compatibilité entre droit national et droit communautaire », *AJDA*, 2001, p. 727.
[103] Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, Paris, t. I, 1982, pp. 462-463.
[104] L. Favoreu, « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Recueil d'études en hommage à Ch. Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, p. 48.
[105] *Voy.* J.-P. Markus, « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *AJDA* 1999, p. 105.
[106] A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. "Bibliothèque constitutionnelle et de science politique", Paris, 1999, p. 3.

commun[107] d'exercer ce contrôle – un contrôle *diffus* donc –, qui présente un caractère à la fois « *relatif* » et « *contingent* » [108], dont l'essence même est de neutraliser l'application de la Loi dans une espèce particulière, car ils ne disposent pas du pouvoir de l'annuler ou de l'abroger. Là est l'intérêt de ce contrôle ! Les finalités de ce contrôle sont puissantes puisqu'il permet aux juges de déroger à l'application d'une norme législative dans un litige. Une fois couplé à d'autres modalités de contrôle, il devient une arme atomique dans les mains du juge, d'autant qu'il est déjà porteur d'une idéologie contraire à la tradition française. Nous le comprenons, ses effets sont *inter partes* et le contrôle est un contrôle *a posteriori*. En définitive, le contrôle de conventionnalité correspond à un contrôle exercé par *voie d'exception* à *l'initiative d'un justiciable* qui conteste devant le juge ordinaire *l'application* qui lui est faite d'une *Loi* – dans le cadre de ses compétences contentieuses, comme le contrôle de la *légalité* d'un acte administratif[109] – en soutenant que celle-ci est *incompatible* avec une *convention internationale supérieure*. Puis, l'introduction de ce contrôle dans le droit français n'est pas anodine, puisque ce dernier est caractérisé par les interventions directes ou indirectes des juridictions supranationales influant sur ses modalités, et puisqu'il transforme les juges ordinaires en juges de droit commun d'un ordre juridique fondé sur le principe de *subsidiarité*. Dès lors, ceux-ci se devaient d'importer les techniques de contrôle des juridictions européennes. Ils ont donc consacré un contrôle particulier : le contrôle dit de *proportionnalité* [110]. Parler de contrôle de conventionnalité des lois en France, c'est nécessairement parler d'un contrôle de proportionnalité. C'est pourquoi, par la suite, il peut arriver que nous utilisions la formule « *contrôle de conventionnalité du juge administratif* » tout en visant, implicitement, le contrôle de proportionnalité du juge administratif en matière de conventionnalité des lois. Ces termes sont fortement liés. Mais qu'est-ce que le contrôle de proportionnalité ?

13. Retour sur le contrôle de proportionnalité : sa définition classique. – Ce dernier est classiquement envisagé, sous l'influence de la doctrine allemande, comme le contrôle effectué par une juridiction, surtout constitutionnelle, à l'aune de trois éléments[111] – qui fondent le principe *lato sensu* de proportionnalité [112] – que doivent respecter les mesures attentatoires aux libertés afin d'être jugées totalement compatibles[113]. *Primo*, l'atteinte aux droits et libertés doit rationnellement contribuer à la réalisation d'un but légitime. En d'autres mots, elle doit être *appropriée*, c'est-à-dire qu'il doit y avoir un lien ténu entre les moyens choisis par la mesure et le but légitime qu'elle cherche à réaliser. *Secundo*, l'atteinte doit être *nécessaire* à la réalisation du but légitime, c'est-à-dire qu'il ne doit pas exister de moyens moins liberticides de réaliser le but attesté. *Tertio*, l'atteinte doit être *proportionnée – stricto sensu –* au bénéfice visé qu'elle permet de réaliser, c'est-à-dire que les préjudices de l'atteinte sur les droits et libertés ne doivent pas être excessifs par rapport aux bénéfices supposés que l'atteinte permet de réaliser. Il en résulterait, *grosso modo*, une « *mise en balance* » des droits et intérêts en présence, qui caractérise spécifiquement la *proportionnalité lato sensu* [114], mais dans laquelle se fait jour une dimension fondamentalement *téléologique* ou *conséquentialiste*[115] puisque la combinaison moyen/objectif devient la boussole du raisonnement du juge. Cette perspective – au-delà de sa filiation à l'antique perception du droit romain[116] – est issue d'une représentation plus récente du Droit et du contentieux puisant ses origines dans les réflexions des théoriciens allemands et américains[117] du Droit. En effet, les travaux de Ihering[118], de

[107] Cass, Chambre Mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, n°73-13.556, Publié au bulletin ; CE Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243, Rec. Leb. p. 190 ; Même le Conseil constitutionnel en tant que juge électoral : Décision n° 88-1082/1117 AN du 21 octobre 1988, *A.N., Val-d'Oise (5ème circ.)*, cons. 4 et 5.

[108] Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, cons. 4. Également, le point 16 de la décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*.

[109] CE, 24 mai 1995, *Brunet*, n° 131990, Rec. Leb. : « *en l'absence de demande mettant en cause la légalité d'une décision administrative, il n'appartient pas au juge administratif de déclarer inapplicable des dispositions législatives au motif qu'elles ne seraient pas compatibles avec des engagements internationaux de la France* ».

[110] J.-P. Markus, « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'Etat », *op. cit.*, pp. 99 et s. ; J.-M. Sauvé, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Intervention de Jean-Marc Sauvé à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, 17 mars 2017, disponible en ligne.

[111] R. Alexy, « Balancing, Constitutional Review, and Representation », *International Journal of Constitutional Law*, 2005, pp. 572-573 : « *The principle of proportionality consists of three sub-principles: the principles of suitability, of necessity, and of proportionality in its narrow sense. All these principles give expression to the idea of optimization. Interpreting constitutional rights in light of the principle of proportionality is to treat constitutional rights as optimization requirements, that is, as principles, not simply as rules. As optimization requirements, principles are norms requiring that something be realized to the greatest extent possible, given the factual and legal possibilities. The principles of suitability and necessity concern optimization relative to what is factually possible. They thereby express the idea of Pareto-optimality. The third sub-principle, the principle of proportionality in its narrow sense, concerns optimization relative to the legal possibilities. The legal possibilities are essentially defined by competing principles. Balancing consists in nothing other than optimization relative to competing principles* ».

[112] N. Belley, « L'émergence d'un principe de proportionnalité », *Les Cahiers de droit,* Vol. 38, n° 2, 2 juin 1997, pp. 254-255.

[113] Pour un exemple :1 BvR 357/05, 15 février 2006.

[114] *Voy.* F. Rigaux, « La liberté d'expression et ses limites », *RTDH,* 1995/23, p. 141.

[115] Terme en vogue dans les études relatives à la jurisprudence constitutionnelle : S. Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Paris, t. 147, coll. "Thèses", 2016.

[116] B. Oppetit, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Litec, Paris, 1990, p. 320.

[117] A. Barak, *Proportionality : Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 345-346 : « *Balancing reflects the multi-faceted nature of the human being, of society generally, and of democracy in particular. It is an expression of the understanding that the law is not "all or nothing". Law is a complex framework of values and principles, which in certain cases are all congruent and lead to one conclusion, while in other situations are in direct conflict and require resolution* » ; T.A. Aleinikoff, « Constitutional Law in the Age of Balancing », *Yale Law Journal*, 1987, n° 96, pp. 943- 1005, spéc. p. 949 : « *(…) balancing was a major break with the past, responding to the collapse of nineteenth century conceptualism and formalism as well as to half a century of intellectual and social change.*

Alexy[119] et de Bentham[120] ont exposé l'idée que le Droit serait le produit d'une contradiction et d'une conciliation prosaïque d'intérêts en conflit[121].

14. Le contrôle de proportionnalité chez le juge de la Convention : sa définition moderne et la plus démocratisée. – Aujourd'hui, la *proportionnalité*, toujours au sens large, s'est progressivement installée dans tous les prétoires du monde[122] – certains auteurs parlent même d'une « *marée montante* »[123] –, mais surtout dans celui de la CEDH qui en a fait son avatar le plus flamboyant. Véritablement, cette dernière a développé une culture de la *proportionnalité* qui est venue moderniser son acception et son utilisation[124]. Elle en a d'ailleurs fait un objet aux conséquences puissantes. Le siège principal de son intervention se trouve dans le contentieux de restrictions des droits conditionnels, notamment au moment de l'étude de la « *nécessité dans une société démocratique* » de la restriction étatique – en effet, pour certains auteurs la proportionnalité serait omniprésente dans le contentieux européen des droits fondamentaux, qu'ils soient absolus ou non[125]. Dans ce cadre, la CEDH examine ce que certains nomment la « *règle de proportionnalité* »[126], c'est-à-dire l'ensemble des exigences substantielles – largement inspirées des critères dégagés par le droit allemand et la doctrine allemande[127] – que la proportionnalité *lato sensu*, interprétée par la Cour, impose aux États et à leurs acteurs. Effectivement, pour que la mesure restrictive soit considérée comme conventionnelle, il faudra déterminer si elle répond à un « *besoin social impérieux* », savoir si les motifs avancés par les autorités étatiques au soutien de l'ingérence sont « *pertinents et suffisants* »[128] – en somme, l'impérativité d'une restriction à un droit garanti doit être « *établie de façon convaincante* »[129] –, et enfin si les restrictions sont « *proportionnées au but légitime poursuivi* ». Derrière toutes ces formules se cache un objectif clair et général : la recherche de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de convenance ou de disconvenance entre les variables en présence[130] – donc une mise en balance[131], une pesée, même si cette image est plus souvent didactique que pragmatique – à partir de considérations essentiellement *finalistes/téléologiques* et proches de la *normalité*. Plus schématiquement, voire caricaturalement à l'aune de la jurisprudence européenne[132] et des critères susvisés, il s'agit de déterminer si la somme des *bénéfices* tirée de l'application de la mesure contestée dans le cas donné, par rapport aux différents intérêts conventionnellement protégés et ce qu'ils représentent et sont censés poursuivre, est plus importante que la somme des *dommages* créés, notamment à l'égard des intérêts protégés du requérant ou de la requérante – nous voyons que la norme de départage entre les données est basée sur la recherche d'une protection efficace des droits[133], c'est-à-dire des métadonnées *téléologiques*

Building on the work of Holmes, James, Dewey, Pound, Cardozo, and the Legal Realists, and flying the flags of pragmatism, instrumentalism and science, balancing represented one attempt by the judiciary to demonstrate that it could reject mechanical jurisprudence without rejecting the notion of law ».

[118] R. Von Ihering a mis au centre de la réflexion juridique le balancement des intérêts. Il donne d'abord une définition du Droit comme des « *intérêts juridiquement protégés* » dans *L'Esprit du droit romain*, t. IV, trad. de la 3e éd., Forni Editore Bologna, 1969, p. 328. Ensuite, dans *La Lutte pour le droit* (1872, trad. O. de Meulenaere, Dalloz, Paris, 2006) développe pour la première fois une conception du droit fondé sur la lutte des intérêts, systématisée ensuite dans *L'évolution du droit* (trad. de la 3e édition allemande par O. de Meulenaere, Chevalier Marescq, Paris, 1901). Dans ce dernier ouvrage, il affirme page 173 que « *le droit ne se reconnaît pas comme la vérité, il s'établit par la lutte des intérêts, non par la vertu de raisonnement et de déductions, mais par l'action et l'énergie du vouloir générale*. ».

[119] R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales Madrid,1993, p. 28. Il présente la proportionnalité comme la forme de raisonnement propre à ce qu'il appelle les *principes*, c'est-à-dire des « *impératifs d'optimisation* », pour des raisons liées à la nature de celles-ci.

[120] D. Kennedy, « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », in R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia et S. Weatherill (dir.), *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 185-220.

[121] W.W. Cook, « The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws », *Yale Law Journal*, 1924, n°33, pp. 457-488.

[122] A. Stone Sweet et J. Mathews, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, n° 47, pp. 72-164 ; P. Martens, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme – Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, Bruxelles, t. 1, 1992, p. 49 ; N. Emiliou, *The principle of proportionality in European law, a comparative study*, Mass, Kluwer Law International, London-Boston, 1996, p. 3, préface du juge Jacob : il note un « *remarkable degree of cross-fertilisation between different systems of public law in Europe* ».

[123] J.-H. Robert, « La marée montante de la proportionnalité », *JCPG*, n° 14, 4 avril 2016, pp. 401 et s.

[124] *Voy.* C. Grewe, « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RUDH* 2004, vol. 16, p. 26 : la CEDH a fait subir une « *transformation (…) aux concepts et aux constructions venant du droit allemand* » et n'a pas reproduit exactement les catégories élaborées par la doctrine allemande et reprises par la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

[125] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, Aix-en-Provence, t. 1, 2005, pp. 270 et s.

[126] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit,* p. 173.

[127] *Voy*. F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCPG*, n° 11, 13 mars 2017, pp. 502-513.

[128] CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, Série A, n° 24, §§ 48-50 ; CEDH, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, n° 30562/04 et 30566/04, § 101.

[129] CEDH, 22 mai 1990, *Autronic AG c. Suisse*, n° 12726/87, § 61.

[130] CEDH, 22 février 1989, *Barford c. Danemark*, Série A, n° 149, § 29 : elle affirme que « *la proportionnalité appelle à mettre en balance les impératifs des fins énumérés à l'article 10 § 2 avec ceux d'une libre discussion des problèmes d'intérêts public* » aux fins d'« *établir entre eux un juste équilibre* ».

[131] CEDH, 24 avril 1996, *Boughanemi c. France*, n° 22070/93, §§ 42 et 44 : « *Sa tâche consiste à déterminer si l'expulsion litigieuse a respecté un juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir, d'une part, le droit du requérant au respect de sa vie privée et familiale, et, d'autre part, la protection de l'ordre public et la prévention des infractions pénales* » et « *elle accorde une importance particulière au fait que l'expulsion de M. Boughanemi a été décidée à la suite de la condamnation de celui-ci à un total de presque quatre années d'emprisonnement ferme dont trois pour proxénétisme aggravé (…). La gravité de cette dernière infraction et les antécédents de l'intéressé pèsent lourd dans la balance* » (souligné par nous).

[132] CEDH, 18 février 1999, *Waite et Kennedy et Beer et Reegan c. Royaume-Uni*, n° 28934/95 et 26083/94, § 54 : « *le rôle de la Cour se limite à vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation* ». Dans le cadre de la CESDH, il y a une mise en rapport d'effet à effet qui fait jaillir la proportionnalité. C'est précisément sur les effets que se focalise, dans chaque litige, l'appréciation de la Cour.

[133] CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique*, n° 1474/62-1677/62-1691/62-1769/63-1994/63-2126/64, § 5.

ainsi que *normales* qui orientent le raisonnement et qui permettent de dire si « *l'ingérence est nécessaire dans une société démocratique* ».

15. Tout ce processus marque le « *contrôle de proportionnalité* » qui recouvrirait la compétence que se reconnaît le juge de la Convention pour juger l'observation de la « *règle de proportionnalité* ». Néanmoins, ce contrôle n'est pas toujours identique selon les affaires, il a une intensité à géométrie variable, ce qui montre que cette *règle* n'est pas forcément déterminante dans l'observation de l'utilisation de ce contrôle. En effet, il couvrirait tantôt chacune des exigences, tantôt il n'envisagerait implicitement qu'une seule exigence ; l'État mis en cause étant en quelque sorte irréfragablement présumé avoir satisfait aux autres exigences dans ce dernier cas. La satisfaction de tous les critères ne sera donc pas systématiquement contrôlée par le juge européen, selon qu'il laisse à l'État défendeur une *marge d'appréciation* plus ou moins large. Il ne faudrait pas s'intéresser totalement à ces données ainsi que leur manipulation, car elles tendent à dessiner une action juridictionnelle particulièrement chaotique – certains parlent même de « *flair* » [134]. De surcroît, la différence de densité normative des droits, et de certaines prérogatives inhérentes, est une réalité dans ce contentieux, qui milite pour le déséquilibre originel de la balance et la variation de l'intensité du raisonnement du juge ainsi que de ses conséquences [135]. Le contrôle de proportionnalité n'est alors jamais conçu comme un ensemble clair et monolithique dans cette perspective. Une dose de subjectivité est inévitable dans tout contrôle, et particulièrement dans celui-ci en raison du champ d'application qu'est la *fondamentalité* – nous y reviendrons ultérieurement. Le choix que fait la Cour dans ce domaine est conditionné par sa représentation de ce qu'elle estime être une « *société démocratique* » et ses composantes. Si un authentique choix est inévitable pour trancher chaque affaire, encore faut-il apercevoir que celui-ci est orienté, encadré d'une certaine manière par les choix posés dans des affaires antérieures. Finalement, sous son apparence de simplicité, de rationalité, le contrôle de proportionnalité est loin d'être un procédé totalement sécable. C'est pourquoi il est repris actuellement avec plus ou moins de clarté par le juge français en matière de contrôle de conventionnalité d'une norme[136].

16. Les grands traits du contrôle de proportionnalité : ébauche d'une définition générale. – À la suite de ces développements, une chose transparaît : l'idée même de *proportionnalité* est problématique, son principe est mouvant[137], et son contenu ainsi que son utilisation/intensité est variable selon les juges[138]. Plus encore, une difficulté d'appréhension de ce contrôle est mise en lumière dès lors que nous nous intéressons à sa dimension *substantielle*. Il conviendrait donc de s'en départir – comme semble nous le recommander implicitement S. Van Drooghenbroeck – en allant encore plus loin que certains auteurs par le distinguo, *règle-contrôle de proportionnalité,* susmentionné. Cela est intéressant, car, par-delà les assimilations et les définitions exacerbées tant par la doctrine que les juges, un élément semble être fixe : c'est la *pesée, plus ou moins flexible, d'éléments opposés – mais juridiquement protégés – afin de déterminer le caractère raisonnable d'un phénomène juridique* [139]. Voilà ce qu'est le contrôle de proportionnalité, appréhendé de façon idéaltypique [140] et indépendamment de tout contentieux : **une méthode de pondération, une méthode discursive entre des données contraires en vue d'une solution équilibrée**. Il semble se composer d'un rapport entre des variables ainsi que l'ampleur du lien entre elles. M. Philippe affirmait qu'il s'établit « *autour de deux éléments : un élément fixe constitué par le rapport entre deux ou plusieurs paramètres ; un élément variable représenté par le degré du lien qui les unit* »[141]. Cette dernière définition met en valeur l'aspect dialectique du contrôle, que s'est également attaché à démontrer P. Muzny. Cet auteur le définira comme un « *mode normatif (...) de régulation juridictionnelle*

[134] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit*, p. 306.
[135] CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, § 49 : « *La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels [d'une] société [démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 [de la Convention européenne des droits de l'homme], elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique". Il en découle notamment que toute "formalité", "condition", "restriction" ou "sanction" imposée en la matière doit être proportionnée au but légitime poursuivi* ». Lors les propos incriminés par un État trouvaient leur place dans un débat *d'intérêt général* et relevaient de *l'expression politique et militante*, l'article 10 exige un niveau élevé de protection du droit à la liberté d'expression : CEDH, 18 février 2010, *Taffin et contribuables associés c. France*, n° 45396/04 et CEDH, 25 février 2010, *Renaud c. France*, n° 13290/07.
[136] Civ. 1re, 25 févr. 2016, n° 15-12.403 P, D. 2016. 884, note J.-C. Saint-Pau.
[137] R. Bousta, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC,* 2011, n° 88, pp. 913-930.
[138] E. Jeuland, « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *JCPG,* supplément au n° 1-2, 11 janvier 2016, pp. 20-26.
[139] R. Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 325 : « *La proportionnalité s'analyse en une mise en balance des intérêts contraires en exigeant un rapport raisonnable* ».
[140] M. Weber, *Essais sur la théorie de la science*, Pocket, Paris, 1992, p. 181 : « *On obtient un idéaltype en accentuant unilatéralement un ou plusieurs points de vue et en enchaînant une multitude de phénomènes donnés isolément, diffus et discrets, que l'on trouve tantôt en grand nombre, tantôt en petit nombre et par endroits pas du tout, qu'on ordonne selon les précédents points de vue unilatéralement, pour former un tableau de pensée homogène* ».
[141] X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Economica, Paris, 1990, p. 8.

en vue de la détermination du juste équilibre dans la relation entre des intérêts autonomes a priori concurrents »[142]. La présente définition, nous la garderons, mais nous admettrons de façon plus précise et conformément aux précédents développements que le contrôle de proportionnalité, **surtout dans ce domaine qu'est celui de la régularité des normes (domaine de notre étude)**, constitue, avant tout, une méthode particulière effectuée par un acteur juridique, principalement un juge, mais pas exclusivement, qui implique la mise en rapport (plus ou moins intense) de droits et d'intérêts[143] supposés contraires et reconnus, par le juge, à la suite d'une mesure, en référence à une norme de départage – nous nous rapprochons ici de la dimension *susbtantielle* de ce contrôle – dont le sens s'appuie principalement sur la compréhension des effets de la mesure (*introduction de la normalité et de considérations finalistes*[144]) dans un champ donné (*abstrait ou concret*) ainsi que des métadonnées propres au système juridictionnel dans lequel se meut l'observateur permettant de déterminer le caractère raisonnable ou non de la mesure dans un contexte juridique spécifique, son caractère convenable. Notons par ailleurs, qu'une telle définition démontre la complémentarité des aspects *formels* et *matériels* de la la proportionnalité *lato sensu* sans tomber dans les écueils d'une approche uniquement centrée sur la substance. En définitive, ce contrôle modifie la manière de raisonner du juge – le raisonnement aurait une nature *dialectique*, par opposition au raisonnement *dogmatique* marqué par le monologisme[145] – ainsi que la densité de ses prérogatives vis-à-vis du législateur. J.-P. Marguenaud affirmait bien que ce contrôle « *conduit à réfléchir à la transformation possible de la fonction de juger : de déontique vouée à la mise en œuvre de règles préétablies, elle deviendrait téléologique "conséquentialiste", modulant les solutions au regard de leurs conséquences politico-sociales* »[146]. Le contrôle opéré par le juge deviendrait *polysyllogistique*. Puis, il introduit des réflexions qui permettent de questionner plus ou moins sensiblement la *raison d'être* de l'action législative, au lieu de se cantonner à ce qui apparaît en surface ainsi que des droits qui lui sont opposés. Là est l'intérêt de ce contrôle ! Il renforce le pouvoir d'appréciation du juge et il facilite, sur le terrain de la conventionnalité, son pouvoir d'éviction de la norme législative. Les modalités et la méthode du contrôle ont donc changé. Et c'était sans compter l'introduction d'un contrôle dit *concret* qui intègre d'autres données dans le raisonnement du juge.

17. Retour sur le contrôle concret de proportionnalité en matière de conventionnalité. – Nous voyons que ce contrôle de proportionnalité est qualifié de *concret*[147] s'opposant alors à la tradition française de l'abstraction[148]. Nous comprenons ainsi que cette dichotomie est porteuse d'un objectif clair, surtout dans un contrôle qui ne porte *a priori* que sur des éléments normatifs. En effet, l'introduction de données concrètes n'est pas forcément évidente dans un tel contrôle, *a fortiori* avec la lecture française de ce contentieux[149]. Cependant, que signifie réellement cette distinction ? Il n'est point de question plus classique et ardue que celle de la différence entre le contrôle *in concreto/concret* et le contrôle *in abstracto/abstrait*[150]. La réalité de cette séparation a souvent été conspuée par les administrativistes et les constitutionnalistes, nous dirons simplement qu'elle est flottante, *a fortiori* avec la diffusion et l'évolution du contrôle de proportionnalité dans le contentieux de droit public français[151]. Il est certain que « *la notion même de contrôle concret n'est pas claire* »[152]. Effectivement, elle est un objet largement étudié par la

[142] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit*., p. 299.
[143] La notion d'« *intérêt* » prend aujourd'hui une place conséquente dans le débat juridique, notamment en rapport avec le contrôle de proportionnalité. Ces éléments, imbibés d'occultisme, semble « *avoir partie liée avec la réalité ; une réalité diverse et variable qui, faisant irruption au creux des règles de droit, en subvertit les caractères d'abstraction, de généralité et d'intemporalité* » (F. Ost, *Droit et intérêt, Vol. 2. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 14). En réalité, les intérêts sont souvent utilisés dans cette matière car ils correspondent à « *une connexion entre l'abstraction des normes juridiques et la réalité factuelle. Mais l'intérêt n'est pas en lui-même une norme et il n'est pas non plus un fait "brut", sans rapport avec une norme quelconque* » (T. Schultz, « Pesée d'intérêts : réflexions autour de la notion d'intérêt », *Diritto & questioni pubbliche*, vol. 3, 2003, p. 301), c'est-à-dire à des données intrinsèquement liées aux éléments juridiques protégés, et qui sont découverts et formalisés par les parties au procès ainsi que le juge selon son angle et la géographie de son analyse. Il s'agit d'une notion un peu fourre-tout qui rend compte de la réalité des éléments de contrôle souvent formalisés dans des arrêts.
[144] *Voy*. R. Bousta, « La "spécificité" du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, vol. 59, n°4, 2007, pp. 859-877, spéc. pp. 862-863 : l'auteur appréhende une définition générale de ce contrôle à partir d'une étude des propos doctrinaux, et il en déduit son « *essence téléologique* ».
[145] *Voy*. R. Schmetz, *L'argumentation selon Perelman : Pour une raison au coeur de la rhétorique*, Presses universitaires de Namur, Namur, 2000, pp. 7-8.
[146] J.-P. Marguénaud, « Conclusions générales », *LPA*, 2009 n° 46, p. 119.
[147] P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité (...) », *op. cit.,* p. 579 : « *L'objet de la présente chronique n'est pas la proportionnalité mais le contrôle concret de conventionnalité, c'est-à-dire le contrôle de compatibilité à la Convention européenne des droits de l'Homme non du contenu de la loi mais de son application à des circonstances particulières. Si ce contrôle met en œuvre la proportionnalité, il est loin d'être le seul lieu d'exercice de cette méthode* ».
[148] Même dans le cadre de la conventionnalité, pour un exemple précis et récent : CE, 12 novembre 2015, *Mme B*., n° 372121, cons. 7 : « *considérant qu'en interdisant ainsi, sous réserve de ce qui est dit au point 5, 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 fondamentale* ».
[149] *Voy*. J.-J. Pardini, *Le juge constitutionnel et le "fait" en Italie et en France,* Economica, coll. "Droit public positif", Paris, 2001, pp. 18-20.
[150] *Voy*. M. Carpentier, « Pour de nouveaux "modèles" de justice constitutionnelle », *RIDC*, vol. 68, n°1, 2016, p. 20 : « *Rarement notion de droit constitutionnel a été aussi imprécise que celle de contrôle abstrait ou concret* ».
[151] *Voy*. J.-B. Duclercq, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. "Thèse", Paris, t. 146, 2015.
[152] M. Fatin-Rouge Stefanini, « La singularité du contrôle exercé a posteriori par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *Les NCCC*, n° 38, 2013, p. 211.

doctrine constitutionnelle, notamment avec l'introduction de la QPC [153], tout en comportant des imprécisions qui altèrent sa valeur explicative. Un détour par celle-ci sera particulièrement éclairant, il nous donnera des clés de compréhension de la distinction forgée par la doctrine et de ses soubassements.

18. La distinction doctrinale entre contrôle abstrait et contrôle concret en droit français. – Globalement, cette doctrine[154] adhère à l'idée que le contrôle *in abstracto* est initié par *voie d'action*, indépendamment d'une instance juridictionnelle ordinaire, par une *autorité publique* agissant dans un *but d'intérêt général*, et dont l'objet serait la résolution d'un conflit de normes. En d'autres mots, il s'agirait « *d'un procès fait à un acte* » – d'un contentieux dit *objectif* –, comme le disait E. Laferrière[155], et non à son application, pouvant être exercé aussi bien *a priori* qu'*a posteriori*, et dont la décision aurait une portée *erga omnes*. *A contrario*, le contrôle *in concreto* serait celui qui est initié par un justiciable à l'occasion d'une instance juridictionnelle ordinaire donnant lieu à l'application de la norme objet du litige et qui le concerne directement[156] – il s'agirait d'un contentieux dit *subjectif*. Par conséquent, il ne s'exercerait que dans le cadre *a posteriori* et n'aurait qu'une portée *inter partes* – comme le *contrôle de conventionnalité* appréhendé antérieurement. Également, les auteurs sous-tendent ces acceptions par la place occupée par l'élément factuel dans le contrôle[157]. En effet, le contrôle aura une qualification différente en fonction de la puissance des faits dans l'équation juridictionnelle. Dans le contrôle dit *concret*, il ne s'agit plus simplement de vérifier la constitutionnalité de la Loi en elle-même mais de vérifier si l'atteinte portée aux dispositions constitutionnelles peut être justifiée au regard de circonstances factuelles.

19. Imprécisions et insuffisances : les commentaires de la doctrine récente. – Pour autant, d'autres auteurs, à l'instar de D. Botteghi et A. Lallet[158], estiment que certains critères retenus sont fallacieux. Ces critériums seraient désormais dépassés avec les nouveautés induites par le contrôle de conventionnalité et la QPC, ainsi que par l'aspect illogique de quelques affirmations[159]. Assurément, dans cette perspective, le contrôle *in abstracto* peut s'exercer à la fois à l'occasion d'une instance juridictionnelle ordinaire dès lors qu'il est un contrôle de principe indépendant des données de l'espèce, ainsi qu'indépendamment d'une telle instance[160]. Finalement, la distinction se fonderait, selon eux, sur deux éléments interdépendants : d'une part, la portée de la norme invoquée, dépendante de la nature des obligations et des garanties offertes par celle-ci, et d'autre part, l'objet du contrôle exercé par le juge, c'est-à-dire, soit le *contenu* de la norme, soit *l'application* de la norme.

20. Plus encore, l'affirmation d'une stricte frontière entre la portée *erga omnes* et *inter partes* des arrêts peut être discutée. Dans les faits, les arrêts revêtus de l'autorité relative de la chose jugée, selon la lettre du droit, peuvent avoir des effets *erga omnes* en fonction de l'appréhension qu'en font les juges[161]. Une autorité persuasive se dégagerait des décisions interprétatives en lien avec des réflexions sur l'exigence de sécurité juridique. À ce propos, l'étude du droit européen – mais pas que lui[162] – illustre parfaitement cette critique de par l'enchevêtrement des systèmes normatifs qu'il crée ainsi que la spécificité de ses objets. Il aurait développé « *une autorité de la chose interprétée* »[163] dépassant ce fameux clivage. Ainsi, la *subsidiarité* du système européen, si elle permet d'établir que les décisions de la CEDH, notamment, ne

[153] L. Gay, « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », in E. Cartier, L. Gay et A. Viala (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?,* Institut Universitaire Varenne, Paris, 2015, pp. 119-149.
[154] M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, coll. "Connaissance du droit", Paris, 1996, pp. 41 et s. ; G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, coll. "Thémis Droit", Paris, 3ème éd., 2011, pp. 41 et s.
[155] E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, 2ème éd., 1887, p. 560.
[156] F. Fernandez Segado, « La faillite de la bipolarité "modèle américain-modèle européen" en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d'une nouvelle typologie explicative », *in Mélanges F. Moderne*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 1086 et s.
[157] J. Pini, *Recherches sur le contentieux de constitutionnalité*, thèse de droit, Aix-Marseille III, 1997, p. 329.
[158] D. Botteghi et A. Lallet, « De l'art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité », *AJDA*, 2010, p. 2416.
[159] M. Carpentier, « Pour de nouveaux "modèles" de justice constitutionnelle », *op. cit.*, pp. 21-22 : l'auteur étudie le critère de l'origine du contrôle en lien avec l'idée de « *litige/procès* » et ses incohérences.
[160] L'ambivalence de la QPC est ici intéressante, elle réunit des critères du contrôle concret mais est pourtant qualifiée d'abstrait : J. Bonnet, « Les contrôles a priori et a posteriori », Les *NCCC* n° 40, juin 2013, disponible en ligne : « *Au final, les textes (sur la QPC) traduisent une volonté affirmée de préserver la nature plutôt abstraite et objective du contrôle de constitutionnalité des lois, et plus encore de maintenir une certaine ambiguïté sur la nature du Conseil constitutionnel lui-même, comme si le pouvoir politique n'osait nommer et assumer l'objet en voie de création. (...) En dépit de cette recherche de cohérence, il est évident que le contrôle de l'interprétation constante, les changements de circonstances ou l'influence du fait dans l'esprit du juge et dans le choix de moduler les effets de l'abrogation attestent de la part de concret et de subjectif dans le contrôle a posteriori, comme la doctrine l'a démontré à maintes reprises* ».
[161] Y. Robineau, « L'application par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », Intervention à la Cour Suprême d'Azerbaïdjan le 24 octobre 2014, disponible sur le site du Conseil d'État, p. 4 : *« Le Conseil d'État s'efforce de se conformer à la jurisprudence de la Cour à laquelle il reconnaît, sinon en droit du moins en fait, des effets erga omnes. Il s'agit de "la force persuasive de la jurisprudence de la Cour" selon l'expression du Vice-président du Conseil d'Etat, M. Jean-Marc Sauvé* » (souligné par nous).
[162] Même si cette logique est désormais transposée dans le contentieux constitutionnel : M. Disant, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil Constitutionnel*, LGDJ, coll. "Bibl. const. et de sc. Pol", Paris, t. 135, 2010.
[163] J. Andriantsimbazovina, « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges. En théorie et en pratique, un couple juridiquement inséparable », in *Mélanges B. Genevois, Le dialogue des juges*, LGDJ, Paris, 2009, p. 14 : « *l'autorité de l'interprétation des dispositions d'une norme constitutive d'un ordre juridique par la juridiction habilitée à donner l'interprétation authentique de cette norme* ».

s'imposent pas automatiquement aux juridictions nationales concernées en ce sens qu'elle ne peut ni infirmer la décision nationale ni entraîner la nullité de la procédure[164] – l'article 46 de la CESDH est libellé comme suit : « *les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* » –, n'exclut en rien l'incidence directe des arrêts de la CEDH sur tous les procès[165]. Le fait pour une juridiction interne de ne pas tenir compte d'une « position » de la CEDH est hypothétiquement constitutif d'une violation de la Convention, malgré l'absence de subordination hiérarchique des juridictions, car la décision nationale se heurte à l'importance, du moins symbolique – de nombreuses controverses existent sur ce sujet[166] –, des interprétations de la CESDH par les arrêts de la Cour de Strasbourg – qui donnent un contenu réel aux droits et aux obligations de l'État –, de ses « *précédents* »[167] – avec toutes les confusions que suscite ce terme, ici, « *le "précédent" (...) ne saurait être (...) qu'une indication donnée, une directive montrant une orientation* »[168] – qui dépassent par nature le seul cadre des parties au procès.

21. L'improbable coïncidence entre les distinctions concret-abstrait et subjectif-objectif. – En outre, ces premières définitions sont aussi expliquées par le fait que la majorité de la doctrine établit une étroite corrélation entre le contrôle *in abstracto* ou *in concreto* et le contentieux *objectif* ou *subjectif*[169]. Il y aurait un parallélisme loquace entre la logique *objective* et *abstraite* ainsi que la logique *subjective* et *concrète*. À ce propos, le contentieux *objectif* se définit comme « *un moyen de redressement du droit objectif, et ceci par le biais d'un "procès fait à un acte" dans l'intérêt premier de l'ordonnancement juridique (...). C'est donc l'intérêt général qui est au cœur du contentieux objectif (...) (explicitant) le rôle secondaire des parties dans ce type de contentieux* »[170]. Alors que « *le contentieux subjectif est destiné à préserver un intérêt individuel, à réparer la violation d'un droit subjectif. Il s'agit d'un procès entre des parties* »[171]. Autrement dit, la qualification de contrôle *in concreto* ou *in abstracto* dépend de la définition que nous donnons du contentieux *objectif* et *subjectif*, c'est-à-dire de la fonction du contrôle étudié. Sans revenir sur la totalité du débat relatif au caractère *objectif* et *subjectif* du contentieux comme du Droit[172], il est indiscutable que cette distinction est confuse[173], et que son étanchéité est onirique. Pour certains, comme M. Fromont, il faudrait même l'abandonner. Il considère que, compte tenu de l'existence, selon ses mots, de *situations intermédiaires*, « *il est préférable de n'utiliser que l'opposition concret-abstrait* » comme paramètre déterminant de qualification, sans pour autant occulter que « *la plupart des procédures concrètes sont en même temps des procédures subjectives et que réciproquement presque toutes les procédures abstraites sont en même temps des procédures objectives* »[174]. En somme, il n'est pas certain que les dimensions *subjective* et *concrète* ou *objective* et *abstraite* puissent être totalement confondues. Si des rapprochements peuvent être effectués, il faut tout de même relativiser cette assimilation. Ces termes renvoient à des choses peu ou prou différentes. Comme le disait un auteur, la nature *concrète* ou *abstraite* du contrôle renvoie à « *l'exercice du contrôle* » alors que la deuxième distinction renvoie aux conséquences « *du caractère des normes de référence et de la question posée au juge* »[175]. C'est pourquoi certains auteurs distinguent très clairement les aspects *objectifs* et *abstraits* d'un contrôle de régularité, notamment de constitutionnalité. La dimension *abstraite* ou *concrète* concerne la prise en compte d'éléments factuels dans l'opération de contrôle, là où la distinction entre *objectif-subjectif* porte sur la nature du contentieux, qui vise soit à défendre un droit subjectif, soit à assurer en soi le respect de la norme constitutionnelle[176]. Une chose est donc sûre, ce critère est plus que sujet à débat, nous dirons même qu'il est inopérant.

[164] CEDH, 14 octobre 2010, *Pedro Ramos c. Suisse*, n° 10111/06, § 51 : « *Elle (la Cour) n'est pas une juridiction de quatrième instance* ».
[165] L'arrêt rendu le 11 novembre 2015 par la CJUE, dans l'affaire C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen GmbH c. Land Nordrhein-Westfalen*, sur renvoi préjudiciel d'une juridiction allemande, vient enrichir l'abondante jurisprudence de cette Cour concernant la question du conflit entre les principes imposant en droit interne le respect de l'autorité de chose jugée d'une part, et les exigences de primauté effective du droit européen d'autre part.
[166] Pour un bon résumé de la question : C. Arnaud, « L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme : regard comparatiste sur une thèse prescriptive », *8e congrès français de droit constitutionnel*, Nancy 2011, disponible en ligne.
[167] CEDH, 18 Janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, n° 27238/95.
[168] F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op.cit.*, p. 743.
[169] M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, coll. "Connaissance du droit", Paris, 1996, pp. 41 et s. ; G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, Coll. Thémis Droit, 3ème éd., 2011, pp. 41 et s.
[170] T. Di Manno, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Economica-PUAM, Paris, 1997, p. 41.
[171] *Ibid*., p. 41.
[172] D. De Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, Paris, 1997, pp. 221-223.
[173] *Voy*. T. Hochmann, « Les limites de l'objectivation du contentieux des droits fondamentaux en Allemagne », in J. Arlettaz et J. Bonnet (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits fondamentaux*, Pedone, Paris, 2015, pp. 111-125, spéc. p. 111.
[174] M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, *op. cit*., pp. 41 et s.
[175] *Voy.* G. Drago, *Contentieux constitutionnel*, PUF, Paris, 2016, 8e éd., p. 42.
[176] *Voy.* J. Pini, *Recherches sur le contentieux de constitutionnalité, op. cit*., p. 329.

22. La difficile appréhension de l'élément factuel et de son rôle. – Par conséquent, privé de la distinction *objectif-subjectif*, le seul critère pertinent resterait l'importance de l'élément factuel dans l'équation juridictionnelle. Or, il est tout aussi problématique, il peut donc apparaître difficile de le retenir comme unique paramètre de qualification. En effet, le terme de *fait* est protéiforme, il n'a aucun contenu prédéterminé, de sorte que les auteurs l'utilisent arbitrairement dans leur systématisation pour viser des phénomènes divers sans les expliciter. Couramment, le fait est appréhendé comme quelque chose qui « *est* » réellement, qui est donné, objectif, qui existe indépendamment du sujet, alors réduit à l'état de simple observateur. Ce sur quoi tout le monde s'accorde en l'observant dans le monde empirique. La présente définition n'est que le fruit d'un paradigme *positiviste* et de sa branche cadette sur le terrain juridique, le *normativisme*[177]. C'est précisément aux travaux de H. Kelsen[178] que nous devons cette acception en donnant une lecture particulière de la distinction *Sein* et *Sollen*[179] mise en lumière par D. Hume[180]. Il y aurait une stricte différence ontologique, comme le dirait M. Heidegger, entre ce qui *est* (les faits) et ce qui *doit être* (les normes juridiques), justifiant qu'« *il n'est pas possible de dégager des conséquences prescriptives à partir de prémices seulement descriptives* »[181]. Or, sans rentrer dans l'éternelle querelle entre les *criticistes* et les *positivistes* – même si nous affections la première –, notons que le terme de « *fait* », étymologiquement, renvoie à une activité de construction. Assurément, le fait est quelque chose de « *fait* », c'est-à-dire quelque chose de fabriqué, de construit, qui semble alors renvoyer à une activité humaine et intellectuelle – comme le montre le sens premier de sa racine latine « *facio* »[182] et « *facere* », ainsi que Grecque : « *poein* ». Au bout du compte, cette notion agrège à elle seule tout ce que nous n'imaginons pas comme relevant du Droit, tout ce qu'intuitivement nous ne rangeons pas dans la catégorie *Sollen*. La superficie de cette notion est loin d'être déterminée, voire déterminable[183], et finalement, sous le même terme, nous n'entrevoyons pas nécessairement la même chose, ce qui fausse parfois le travail de systématisation de la doctrine. De surcroît, il peut apparaître difficile de déterminer précisément la dose réelle des éléments de fait permettant de passer d'un contrôle *abstrait* à un contrôle *concret*, et inversement. C'est pourquoi il est de plus en plus courant de voir émerger des réflexions qui parlent d'une échelle de *concrétisation*[184] qui induit une systématisation de différents éléments "factuels" pouvant être présents dans un procès et qui pourront constituer une étape, seulement, dans la concrétisation d'un contrôle originellement *abstrait*. En définitive, le contrôle *concret* serait loin d'être un ensemble homogène, il recouvrirait, en réalité, un champ particulièrement large. Il serait simplement celui qui intègre des faits plus ou moins précis et ancrés dans la réalité contentieuse selon les affaires. Ce qui rend, en dernière analyse, sa stricte opposition de nature avec *l'abstrait* particulièrement obsolète[185], *a fortiori* dans des cas où les faits pris en considération sont particulièrement généraux et liés plus moins au monde normatif. Tout ne serait qu'une question de *degré* et *d'intensité* du contrôle. Comme le disait un auteur, « *le contrôle concret est en réalité une déclinaison en plusieurs formes du contrôle abstrait* »[186] ou encore « *le concret, c'est de l'abstrait rendu familier par l'usage* »[187]. Finalement, le véritable contrôle *concret*, appréhendé de façon idéaltypique, serait celui qui prendrait un appui total sur les circonstances de la cause.

23. La nouvelle lecture de la distinction. – Dès lors, à l'aune de ces éléments tirés de la doctrine constitutionnelle, faut-il abandonner définitivement la distinction comme le prônent certains[188] ? Faut-il croire que l'utilisation faite par le juge des référés administratifs est superfétatoire ? S'il est limpide qu'« *il semble difficile de marquer (…) la distinction entre les deux formes de contrôle. (…) (Car) toute*

[177] X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, Paris, 2008, pp. 38-41.
[178] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, LGDJ-Bruylant, Paris-Bruxelles, 1999, pp. 144 et s. ; H. Kelsen, « Naturrecht und positives Recht », in *WRS*, I, p. 225.
[179] P. Amselek, « Ontologie du droit et logique déontique », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n°27, 1995, p. 130 : « *Ces dernières notions (Sein et Sollen), par leur obscurité même, sont une source d'équivoques et de malentendus : dans la théorie du droit et de l'éthique, en effet, l'idée de Sollen tantôt vise à exprimer le domaine des à-faire humaines encadré par les règles de conduite (l'opposition Sein/Sollen correspondant alors à la différence de vocation spécifique des règles scientifiques et des règles pratiques), tantôt est confondue syncrétiquement avec l'idée même de règle (l'opposition Sein/Sollen signifiant alors que les règles de conduite – mais ceci vaut aussi pour les lois scientifiques – ne sont pas des choses naturelles, données par la simple observation de la nature, puisqu'elles sont des construits de notre esprit mettant en œuvre des catégories modales)* » (souligné par nous).
[180] D. Hume, *Traité de la Nature Humaine*, III, I, I, trad. P. Folliot.
[181] D. Hume cité par X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, *op. cit.*, p. 39.
[182] F. Gaffiot, *Dictionnaire latin français*, Hachette, Paris, 1934, p. 647 : « *réalisation d'une chose du point de vue matériel et physique comme du point de vue intellectuel et moral* ».
[183] F. Nietzsche, *La volonté de puissance*, Gallimard, Paris, t. II, 1948, p. 146 : il affirme « *le caractère interprétatif de tous les phénomènes. Il n'y a pas de fait en soi. Ce qui arrive est un groupe de phénomènes, choisis et groupés par un être qui les interprète* ».
[184] *Voy.* M. Carpentier, « Pour de nouveaux "modèles" de justice constitutionnelle », *op. cit.*, pp. 22-24.
[185] M. Fatin-Rouge Stefanini, « La singularité du contrôle exercé a posteriori par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *op. cit.*, pp. 211-216.
[186] D. Fallon, « Le contrôle concret de constitutionnalité des lois », communication au Xème congrès de l'AFDC, Lille, Juin 2017, pp. 1-25, spéc. p. 8, disponible en ligne.
[187] P. Langevin, cité par R. Blanché, *L'Axiomatique*, PUF, Paris, 1999, p. 104.
[188] D. Ribes, « Le réalisme du juge constitutionnel », *Les CCC* n°22, 2007, p. 132 ; S. Rials, *Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, Paris, 1980, p. 352.

délimitation étanche entre la part abstraite et la part concrète du contrôle de conventionnalité semble vaine »[189] – et l'étude de la jurisprudence de la CEDH[190] et de la Cour suprême des Etats-Unis[191] nous conforte dans cette idée –, ce double étage exacerbé par le juge dans l'arrêt *Gomez-Turri* serait révélateur, par une lecture rapide, d'un intérêt et d'une nouvelle frontière relativement palpable – au-delà des mots du juge. En effet, ces deux contrôles qui étaient strictement séparés, pour des raisons diverses et parfois chimériques[192], sont désormais exploités simultanément dans un même procès, puis l'introduction d'une telle dichotomie dans le droit positif et le discours du juge semble induire de véritables conséquences – comme en atteste la solution finale. L'idée derrière est d'admettre la possibilité d'écarter la Loi, car l'ingérence produite, en général ou alors en particulier, dans des droits garantis serait excessive. Cette distinction aurait désormais une nouvelle réalité en France, qui réinterroge les tentatives de systématisation de la doctrine. Toutefois, il convient d'admettre qu'elle est employée dans un contentieux spécifique qu'est le contentieux administratif de la conventionnalité (proportionnalité) des Lois. L'arrêt donne, certes, du grain à moudre à la doctrine duquel émergera une réflexion plus riche, cependant, il n'est pas certain que les enseignements de cette affaire soient totalement transposables à tous les types de contentieux. Il faut encore polir l'objet, cela n'est point notre objectif même si l'aventure est plus qu'attirante.

24. Les enseignements tirés du discours du juge administratif. – Telle qu'employée par le juge des référés administratifs et dans ce contexte de conventionnalité, cette distinction semble renfermer moins une différence de nature, souvent invoquée[193], qu'une différence de degré du contrôle – comme nous avons déjà pu le dire, l'opposition n'est pas forcément stricte, il y a une correspondance. En effet, le contrôle *abstrait* de conventionnalité des Lois est souvent appréhendé, notamment par le magistrat administratif dans son activité de production intellectuelle, comme un contrôle du *contenu* de la Loi par opposition au contrôle *concret* qui est relatif à *l'application* de la Loi – par une mesure précise souvent[194]. Aussi pertinente soit cette définition, elle ne doit pas éluder la connivence entre ces éléments, assurément, *l'application* de la Loi suppose logiquement de comprendre son *contenu*, de s'intéresser à sa philosophie. Dans le cadre de *l'application*, il s'agit de mobiliser une signification particulière, suscitée par le contexte, qui est la résultante du *contenu* de la Loi et de son esprit[195]. Mais s'intéresser au seul *contenu* c'est aussi choisir une signification, cette fois-ci globale, comme en matière *d'application*. Que nous soyons dans l'un ou l'autre des cas, il y a nécessairement une *interprétation-volonté* et une *interprétation-connaissance* plus ou moins approfondies de la part du juge[196], puisqu'il s'agit de rechercher dans un cas ou l'autre un sens adapté en fonction de contraintes – comme les indices donnés par le législateur ou surtout le contexte du litige. L'effort du juge n'est pas différent *per se*, mais il l'est en intensité. Et c'est ce que tend à démontrer, d'une certaine façon, l'arrêt *Gomez-Turri*. Dans l'idée, nous pourrions réutiliser la typologie des contrôles de légalité en droit administratif[197] : contrôle *restreint* et contrôle *complet*. L'« *idée de "violation flagrante" inspire ainsi l'idée de "contrôle abstrait". Les deux expressions signifient en réalité la même chose* »[198] affirmait un auteur – même si pour les deux cas il s'agit d'étudier l'existence ou non d'une « *disproportion manifeste* » selon les mots de A. Bretonneau.

25. Cette représentation est corroborée par une analyse étymologique des mots maniés. En effet, comme le laisse supposer le verbe « *abstraire* », l'*abstrait* fait écho à ce qui est « *sépar(é) de tout autre objet que*

[189] P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité (...) », *op. cit*., p. 580.
[190] *Voy.* 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*, 2015/5, pp. 1355-1380.
[191] *Voy.* M. Carpentier, « Pour de nouveaux "modèles" de justice constitutionnelle », *op. cit.*, p. 23.
[192] C'est ce que notait M. Fromont qui démontrait que les deux contrôles étaient souvent joints et devaient parfois l'être : M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 42-43.
[193] L. Dutheillet de Lamotte et G. Odinet, « Contrôle de conventionalité : in concreto veritas ? », *op. cit.,* p. 1399 : « *Il y a évidemment une proximité intellectuelle entre la loi déclarée inconventionnelle in abstracto en tant qu'elle s'applique à un ensemble de situations rarissimes et défini de façon strcite et la loi écartée in concreto dans une espèce particuliière, mais ces deux contrôles restent d'une nature différente* ».
[194] N. Boulois, « La double notion d'"inconventionnalité" de la loi », *RFDA,* 2011, pp. 124 et s.
[195] Nous pouvons émettre donc des doutes sur la différence de nature entre ces deux notions, nous pouvons retenir retenir ici une distinction reposant sur les conséquences psychologiques de cet examen de la loi selon l'angle selon la doctrine. Pour autant, parler de *validité* pour *l'abstrait* et *d'applicabilité* pour le *concret* est également contestable, tout dépend de la lecture et de la substance de l'arrêt, c'est-à-dire ce qu'il est possible d'en déduire et ce qu'il tente de faire comprendre. Il toujours possible de tirer des conclusions sur la *validité* dans n'importe quel contrôle dès lors qu'elle est mal appréhendée, puis que nous soyons dans l'un ou l'autre des cas, la loi est simplement écartée tout en laissant supposer des effets factuels différents relevant de la volonté du juge-récepteur car postérieur.
[196] Nous affirmerons comme beaucoup que les deux ne s'opposent pas. X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, *op. cit.*, p. 42 : « *Interpréter c'est certes connaître, mais également choisir* » ; B. Mazabraud, *De la juridicité : Le droit à l'école de Ricoeur*, Presses Universitaires de Rennes, coll. "L'univers des normes", Rennes, 2017, p. 149, « *L'interprétation-volonté se fonde sur une interprétation-connaissance préalable, elle vient arbitrer, décider, entre les significations possibles ouvertes par cette dernière (...). Si la validité juridique de l'interprétation ne repose sur rien d'autre que la compétence de l'autorité habilitée, il n'en demeure pas moins que l'interprétation-volonté, la décision, opère sur des interprétations connaissances* ».
[197] B. Seiller, *Droit administratif, L'action administrative*, Flammarion, t. 2, Paris, 5ème éd., 2014, pp. 236-241.
[198] P. Rrapi, « Le "contrôle abstrait" de constitutionalité comme obstacle à l'identification des discriminations », *RTDH,* [En ligne], 9 | 2016, p. 3.

celui que l'on considère »[199]. Son origine latine, *abstrahaere* et *abstraho*, renvoie à la séparation, au détachement par rapport à des éléments particuliers[200]. Il y aurait donc une dimension globalisante dans ce mot qui implique d'éluder la complexité du singulier[201] ; de trouver les grandes lignes, l'essence d'un objet en somme, pouvant évoluer au fil du temps – cette définition démontre déjà que des éléments non normatifs et généraux peuvent être pris en considération dans un raisonnement dit *in abstracto*. Tandis que le mot « *concret* », comme le dit le *Littré*, fait écho à ce « *qui a pour domaine un objet particulier* », ce qui est moins général. Il vise, selon son origine latine – *concretus* –, ce qui est épais, condensé, compact[202], car agrégeant une multiplicité de données particulières occultées dans *l'abstrait*. Le *concret* serait enrichi par une nouvelle dimension, sans pour autant être totalement distant des réflexions *abstraites* puisque ces dernières sont intrinsèquement liées à l'objet, son essence. Nous pouvons retrouver ici la philosophie kantienne, selon laquelle l'Homme serait un animal chez lequel se déploie la *Raison*, chargée de deux missions : elle est *théorique* ou *spéculative* lorsqu'elle concerne exclusivement la connaissance (dimension *abstraite*) ; elle est *pratique* lorsqu'elle est considérée comme contenant le principe *a priori* de l'action (dimension *concrète*)[203]. Finalement, en termes contentieux et propres à notre définition du contrôle de proportionnalité, ce qui distingue le contrôle *in abstracto* et le contrôle *in concreto* serait le niveau de généralité des effets – donc des *dommages* et des *bénéfices* – de la mesure/norme contrôlée, pris en considération lors de la pondération, par rapport à des intérêts protégés. *In fine*, tout cela démontre une intensité différente dans le contrôle opéré par le juge administratif.

26. Schématiquement, dans le cadre du contrôle de conventionnalité du juge administratif, il y a une confrontation entre un droit garanti et des buts légitimes poursuivis par la règle – à l'aune d'une norme de référence européenne –, qui constituent donc les *éléments primordiaux* de la balance établis par le juge sur le fondement des revendications des parties. Il y a donc une opération de *qualification* qui conduit inévitablement à une *valorisation*, comme nous avons pu le voir, selon les croyances du juge et la « *communauté d'interprétation* »[204]. Après cela, une véritable mise en balance est effectuée en tenant compte des effets « *situationnels* » de la mesure, *positifs* et *négatifs*, par rapport aux différents *intérêts* intrinsèquement liés aux *éléments primordiaux*, afin de trancher dans le sens de la compatibilité ou l'incompatibilité de la mesure selon ce que comprend le juge, ce qu'il cherche et les métadonnées propres au système juridictionnel dans lequel se meut le jugement – classiquement dans notre contentieux, il s'agit de la protection *effective* des droits fondamentaux. Ainsi, dans le cadre du contrôle *abstrait*, seront pris en considération les dommages générés par l'ensemble des applications de la norme (dommages *abstraits*) qui devront être mesurés aux bénéfices induits par l'ensemble des applications de la norme (bénéfices *abstraits*) – ici, ce sont les effets prévisibles et constatables qui seront pris en considération, leur nature générale les conduit (d'une certaine façon nous pourrions utiliser le terme anglophone de *legislative facts*), certes, à être un premier niveau de concrétisation des effets de la norme et à rendre plus intense l'effort du juge, mais surtout à être des éléments propres à un raisonnement dit *abstrait* tel que nous venons de le définir. Tandis que dans le cadre du contrôle *concret*, seront également pris en considération les dommages causés au requérant dans le cas d'espèce par l'application de la norme (dommages *concrets*) confrontée aux bénéfices tirés de l'application de la norme dans le cas d'espèce (bénéfices *concrets*). Comme nous avons pu le dire auparavant, la dimension *concrète* du contrôle n'est pas hermétique aux considérations *abstraites*, ces dernières sont des éléments naturels de la pondération puisqu'elles sont intrinsèques aux normes du litige sans être totalement déterminantes. Ce contrôle *concret* a pour conséquence de donner lieu à une décision ancrée dans la totalité des circonstances de la cause sans occulter des réflexions liées à la norme elle-même – celle sur la base de laquelle est prise la mesure dans notre cas, il y aurait une fusion entre les *legislative facts* et les *adjudicative facts*[205] –, prémices du raisonnement. Il est un contrôle fortement contextualisé. Nous pouvons affirmer cela, car comme le dit le Conseil d'État, dans le considérant n°9 de

[199] Selon le dictionnaire *Le Littré* disponible en ligne.
[200] F. Gaffiot, *Dictionnaire latin français, op. cit.*, p. 11.
[201] Abstraire consiste à « *isoler, pour le considérer à part, un élément d'une représentation qui n'est pas donné séparément dans la réalité* » : A. Cuviller, *Nouveau vocabulaire philosophique*, Armand Colin, Paris, 13e édition, 1967.
[202] F. Gaffiot, *Dictionnaire latin français, op. cit.*, p. 376.
[203] E. Kant, *Critique de la raison pratique*, trad. F. Picavet, PUF, Paris, 3e édition, 1989, p. 19.
[204] P. Ricoeur, *Lectures 2. La contrée des philosophes*, Le Seuil, Paris, 1999, p. 490 : « *un texte juridique, en effet, ne va jamais sans une procédure d'interprétation, la jurisprudence, qui innove dans les lacunes du droit écrit et surtout dans les situations nouvelles non prévues par le législateur. Le droit avance ainsi par accumulation de précédents. La jurisprudence offre ainsi le modèle d'une innovation qui en même temps fait tradition (…). La jurisprudence montre que la distance culturelle et temporelle n'est pas seulement un abîme à franchir, mais un médium à traverser. Toute interprétation est une réinterprétation, constitutivve, d'une tradition vivante. Par de transfert, pas de traduction, sans une tradition, c'est-à-dire une communauté d'interprétation* » (souligné par nous).
[205] Pour une présentation de ces termes : K. L. Karst, « Legislative Facts in Constitutional Litigation », *The Supreme Court Review* 1960, pp. 75-113. Grossièrement, les premiers sont des faits de nature particulière et fondamentalement abstraits, c'est-à-dire sociaux, économiques, scientifiques ; les seconds concernent les parties au procès, c'est-à-dire des faits liés à un environnement concret, ce que les parties sont ou ce qu'elles firent.

l'arrêt, la compatibilité *in abstracto* doit être couplée par la suite à une interprétation *in concreto*. Précisément, le juge doit « *apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive* ». En outre, tout au long de son raisonnement *abstrait*, le juge n'hésite pas à démontrer l'intensité restreinte de son contrôle en disant que les dispositions concernées sont conformes « *en elles-mêmes* » aux « *exigences nées de l'article 8 de cette convention* »[206], il se limite donc à une lecture standard des effets des dispositions. Il fait la même chose dans l'ordonnance *Abdeslam*[207] en affirmant que « *(la disposition concernée) n'est pas, par elle-même, manifestement incompatible avec les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » (cons. 11). Comme il le dit lui-même dans son communiqué, il vérifie « *globalement* »[208] la compatibilité du dispositif légal avec la CESDH.

27. Les potentialités du contrôle concret dans la matière juridique : l'intérêt du sujet. – Au bout du compte, le contrôle *concret* de conventionnalité des lois pousse à son maximum le processus interprétatif et créatif du juge administratif, pouvant le conduire à écarter un dispositif législatif pourtant catégorique par la réception et la reconstruction des faits de la cause, en raison de ce qu'ils révèlent dans un raisonnement dit de *proportionnalité.* Il modifie les modalités de contrôle du juge. Désormais, les juges administratifs peuvent empêcher l'application de la Loi dans un cas dès lors qu'elle portera des atteintes jugées excessives aux droits et libertés « *dans certaines circonstances particulières* ». C'est un changement radical qui affecte aussi bien le statut de la Loi – et donc notre tradition – que le rôle du Juge. Grossièrement, la Loi deviendrait presque une simple donnée dans le procès, faisant alors du juge un *législateur de l'exception*. Par ailleurs, ces diatribes soulèvent des enjeux sur la stabilité et l'uniformité du Droit. Le contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité laisserait en réalité un blanc-seing au juge synonyme d'un arbitraire certain[209]. D'où l'intérêt de libeller notre étude comme suit : *le contrôle concret de conventionnalité du juge administratif et l'exigence de prévisibilité juridique*. Pourquoi ne pas parler de « *sécurité juridique* » comme le fait majoritairement la doctrine ?

28. Retour sur la sécurité juridique : précision d'un concept souvent mal employé. – « *En réalité, appréhender la sécurité juridique est une tâche complexe, tant la notion est fuyante* »[210]. Effectivement, cette notion « *quand on l'analyse et qu'on cherche à en exploiter les virtualités, a pour premier et apparent défaut – en tout cas pour handicap – de ne pas constituer une catégorie juridique aux frontières, ni donc aux conséquences, ni aux contours, ni au contenu parfaitement bien délimités* »[211]. Son contenu et sa réalisation sont polymorphiques. C'est en partie à cause de la relation inextricable qu'elle entretient avec l'ordre juridique. Il est clair que la sécurité juridique est une dimension ontologique du phénomène juridique et un critère décisif d'appréciation de sa cohérence. D'où l'utilisation par certains[212] du « *terme "exigence" (...) pour désigner de manière générale la prescription normative de sécurité juridique, indépendamment de son énonciation formelle ou de sa densité normative. Dans son sens générique, il permet de désigner la substance de cette prescription imposée au titre du droit (...), sans préjuger de sa consécration explicite ni (...) de sa qualification formelle* »[213]. Il lui permet également de garder son rang d'axe de gravitation du système normatif, puis marque surtout une transformation quantitative et qualitative du rapport entre la sécurité juridique et son domaine d'application, au-delà de toute velléité de réduction à une dimension subjectiviste de ce terme[214]. Entendue ainsi, la sécurité juridique serait tentaculaire[215], elle aurait un champ géographique relativement large et flexible qui louvoie au fur et à mesure du temps.

---

[206] A. Bretonneau, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA* 2016, p. 745 : « *Il est donc dans l'économie même de ce dispositif d'induire, entre le recueil préventif des gamètes et un éventuel projet parental, un écoulement du temps, une évolution des circonstances personnelles, un développement des trajectoires y compris géographiques, potentiellement d'une ampleur telle qu'il nous semble impossible d'émettre avec certitude, au stade du contrôle in abstracto de l'article L. 2141-11-1, le diagnostic qu'il n'emportera par construction jamais d'atteinte excessive aux droits à la vie privée des intéressés* » (souligné par nous).

[207] CE ord., 28 juillet 2016, *M. B...*, n° 401800.

[208] Communiqué de presse du Conseil d'État relatif à l'arrêt *Gomez-Turri*, disponible en ligne.

[209] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle (2016) », *RDP* 2017, n° 1, p. 179 « *Retour du jugement en équité, risque d'application à la carte de la loi, résurgence de l'accusation de gouvernement des juges : les critiques sur la concrétisation du contrôle de conventionnalité n'ont pas manqué* ».

[210] J.-B. Racine et F. Siiriainen, « Sécurité juridique et droit économique : Propos introductifs », in L. Boy (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, Bruxelles, 2008, p. 5.

[211] B. Pacteau, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA*, 1995, n° spécial, p. 154.

[212] A. Cristau, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, n° 37, p. 2814.

[213] A.-L. Valembois, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *Les CCC*, n° 17, mars 2005, p. 7.

[214] *Le nouveau LITTRÉ*, édition augmentée du Petit Littré, éd. Garnier, Paris, 2004, p. 535 : le terme « *exigence* » renvoie à « *réclamer quelque chose en vertu d'un droit fondé ou prétendu* ».

[215] S. Boissard, « Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous les moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif », *Les CCC*, n°11, 2001, pp. 70-81 : il parle d'« *un concept si général que l'on peut lui faire dire ce que l'on veut* ».

29. La prévisibilité comme expression privilégiée et multiforme de l'exigence de sécurité juridique. – Au surplus, quand la doctrine exacerbe la *sécurité juridique* sur le terrain du contrôle *concret* de conventionnalité des lois, elle envisage en réalité un contenu spécifique. Plus précisément, un contenu identifié au fil de ses manifestations prétoriennes, c'est-à-dire les impératifs *d'accessibilité* et d*'intelligibilité* ou encore de *stabilité* de la norme[216] qui se basent pour l'essentiel sur les prescriptions des articles 5 et 7 de la Déclaration de 1789, les différents adages « *Nullum crimen, nulla pœna sine lege* »/« *Nemo censetur ignorare legem* », la conception mécaniste du juge chez Les Lumières[217] et donc l'idéologie véhiculée par le droit Romano-Germanique[218]. Cependant, tous ces éléments participent en réalité à un même processus inhérent à l'exigence de sécurité juridique, sans l'épuiser totalement – justifiant la réduction de notre analyse sans pour autant exclure des considérations différentes inhérentes à la sécurité juridique et qui ont un poids spécifique selon les cas – : l'« *idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible, qui permet au sujet de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de leurs actes ou comportements, et qui respecte les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation* »[219], c'est-à-dire la « *calculabilité du Droit* »[220] ou, selon nos mots, la *prévisibilité* du Droit[221].

30. Il est clair que la "*prévisibilité juridique*", entendue au sens large, est l'un des piliers de la sécurité juridique[222], voire même son expression la plus symptomatique[223]. J.-L. Bergel a fait, à ce propos, une analogie très intéressante : « *une certaine stabilité du droit est inhérente à sa fonction. Le droit est avant tout un instrument de sécurité et de liberté. Ce n'est que s'il peut prévoir les conséquences qui s'attacheront à ses actes que l'homme pourra décider sciemment d'entreprendre une activité, qu'il pourra organiser son travail, fonder une famille, qu'il espérera conserver ce qu'il acquiert (…). Toute prévision est fondée sur les règles existantes ; sa sécurité suppose une certaine fixité des institutions juridiques sur lesquelles elle s'est fondée* »[224]. Puis, comme nous en informe le *Littré en ligne*, le mot « *sécurité* » renvoie à « *la tranquillité (…) d'un peuple, d'une association* », un sentiment qui passe par la « *prédictibilité* » et la « *stabilité* » des choses. Nous affirmerons donc sans mal la consubstantialité de ces éléments, mais également qu'elle se fonde, à la fois, sur la *confiance* – son étymologie renvoie à cette question de *sécurité* et sur l'idée de compter sur quelque chose ou quelqu'un[225] – et sur la *certitude* dans le résultat. Le champ d'intervention de la *sécurité-prévisibilité* apparaît dès lors comme particulièrement large, ce qui est propre aux éléments qui gravitent autour de la sécurité juridique. Par conséquent, l'utilisation de la formule « *d'exigence de prévisibilité juridique* » – avec les conséquences que suscite le terme d'« *exigence* » – nous paraît pertinente en ce qu'elle nous permettra de viser tous les éléments – identifiés ou identifiables –, propres à la sécurité juridique, qui partageraient une même logique fondée sur la cohérence (*confiance*) et l'anticipation générale (*certitude*) des résultats du Droit, et qui sont invoqués à l'encontre du contrôle *concret* de conventionnalité des lois.

31. À tout le moins, la *clarté* et la *précision* des normes permettent de resserrer le travail de signification de l'énoncé normatif en renforçant les contraintes pesant sur les autorités d'application de la Loi. La prédictibilité est simplement renforcée, elle n'est point assurée. De nouvelles données ont donc été introduites dans ladite exigence pour la rénover et l'amener à répondre aux différentes attentes du monde post-moderne. En effet, « *jamais le besoin (…), d'une stabilité des normes, d'une compréhension des règles*

---

[216] Le Conseil constitutionnel reconnaît, dans une décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, une valeur constitutionnelle à l'objectif « *d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* ». Il réaffirme ce principe dans sa décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005 ; CEDH, 22 novembre 1995, *S.W. c. Royaume-Uni*, série A n° 335-B, § 35 ; Cass crim., 6 févr. 1997, Bull. crim., n° 49, p. 157, sur la notion de délit flagrant où le moyen invoquait expressément le principe de la sécurité juridique ; Cass crim., 4 avr. 1991, Bull. crim., n° 163, p. 408.

[217] C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris, 1991, § IV, pp. 66-70 : « *Avec des Lois pénales entendues à la lettre, chacun peut calculer et connaître exactement les inconvénients d'une mauvaise action* ».

[218] La liaison de l'écrit et du Droit serait la condition de possibilité du pouvoir étatique selon P. Ricoeur : *Le Juste 2*, Paris, Esprit, 2001, p. 260 : « *la transition du statut oral au statut écrit du système entier des règles et des normes est à la fois le résultat de l'émergence de l'État en tant qu'entité politique et le support distinctif donné à son ambition de légitimé. Une relation circulaire remarquable s'établit de cette façon entre État et loi écrite* ».

[219] T. Piazzon, *La sécurité juridique*, LGDJ, Paris, 2009, n°48.

[220] M. Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, LGDJ, coll. "Droit et Société", Paris, 1995, p. 136.

[221] C'est cette notion de « *prévisibilité* » qui est employée largement par V. Marinese, « Légistique et effectivité », in V. Champeil-Desplats et D. Lochak (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, Nanterre, 2008, p. 101.

[222] R. Vander Elst, « Justice et sécurité juridique », in *Justice et Argumentation, Essais à la mémoire de C. Perelman, G. Haarscher et L. Ingber*, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1986, pp. 22-23.

[223] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige-PUF, Paris, 8e édition, 2007, p. 750 : « *toute garantie, tout système juridique de protection tendant à assurer, sans surprise, la bonne exécution des obligations, à exclure ou au moins réduire l'incertitude dans la réalisation du droit* » ; Rapport public du CE, Considérations générales « Sécurité juridique et complexité du droit », *EDCE* 2006, n° 55, p. 281 : « *le principe de sécurité juridique suppose que le droit soit prévisible et que les situations juridiques restent relativement stables* ».

[224] J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, coll. "Méthode du droit", Dalloz, Paris, 3e édition, 1999, pp. 114-115.

[225] « *Fido* » : F. Gaffiot, *Dictionnaire latin français*, *op. cit.,* p. 666.

de droit n'a autant été ressenti »[226]. C'est ce dont témoigne l'activité juridictionnelle notamment administrative[227], mais aussi constitutionnelle[228]. De surcroît, force est de constater que la jurisprudence de la CEDH prend une place prépondérante dans ce processus. Assurément, elle a condamné l'ancienne pratique française des écoutes téléphoniques au motif que « *le droit français, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré* »[229] alors que la chambre criminelle de la Cour de cassation jugeait auparavant que les dispositions françaises répondaient aux exigences de l'article 8 de la CESDH[230]. Elle a également dégagé et imposé des « *qualités* » de la loi pénale dans son arrêt *Sunday Times*[231]. Enfin, la prévisibilité de la loi pénale a été cristallisée dans l'arrêt *Cantoni c. France*[232]. Dans le même temps, la Cour de justice de l'Union européenne ordonne de « *garantir la prévisibilité des situations et des relations juridiques relevant du droit communautaire* »[233]. Elle a développé un champ lexical spécifique – celui de la protection de la « *confiance légitime* »[234], en sus de ses arrêts relatifs à « *la sécurité juridique* »[235] – qui pousse les États membres[236] à assurer « *la clarté et la prévisibilité des règles juridiques et de l'action administrative* »[237].

32. Son contenu actuel. – Dorénavant, *l'exigence de prévisibilité juridique* implique que les règles de droit doivent être d'une qualité telle qu'elles puissent permettre aux acteurs juridiques de connaître de manière suffisante leur contenu. Au plan formel, cette exigence suppose que les actes juridiques soient soumis à un régime de publicité adéquat. Matériellement, elle implique un certain degré de précision et d'intelligibilité des règles juridiques. Ensuite, les règles de droit ne doivent régir que les actions futures afin de permettre aux justiciables de prévoir les conséquences juridiques de leurs comportements. C'est ce qui justifie la règle de la *non-rétroactivité* de la norme juridique, mais aussi l'exigence d'un régime transitoire dans le cas où l'application immédiate d'une norme entraînerait des conséquences excessives quant à la situation juridique de ses destinataires. Enfin, les destinataires des règles juridiques doivent pouvoir compter sur leurs prévisions lorsqu'ils actualisent une action dans la durée. Ainsi, les justiciables sont admis à se prévaloir de droits acquis dans certaines situations juridiques et même du respect de leurs attentes légitimes. Nous observons désormais plusieurs dimensions de l'exigence de prévisibilité juridique[238] : une dimension *temporelle*, une dimension *formelle*, une dimension *matérielle*. Son extension est hypothétiquement infinie.

33. Tant de questions sans réponses. – Somme toute, nous avons du mal à comprendre les motivations d'un contrôle qui, en dernière analyse, aurait pour objectif de malmener une exigence aussi puissante et prégnante que celle-ci. La logique de la fondamentalité doit, certes conduire à donner du poids aux différents droits des individus, sans pour autant que cela se fasse aux dépens de la stabilité du Droit[239]. L'imprévisibilité serait certainement un facteur d'ineffectivité des droits fondamentaux[240] et de l'État de droit[241]. Des réflexions restent donc à mener.

---

[226] J.-P. Camby, « La sécurité juridique : une exigence juridictionnelle (Observations à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 24 mars 2006, Société KPMG) », *RDP* n° 5, 2006, pp. 1169 et s. Il dit également que « *ce qui compte aujourd'hui aux yeux du citoyen, c'est que les normes juridiques lui permettent de se déterminer avec un degré de prévisibilité suffisante, au regard des critères clairs, connus et donc stables au moment où les choix s'exercent* ».
[227] CE, 23 juillet 2014, *Société d'éditions et de protection route*, n° 354365, Rec. Leb.
[228] Décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014* ; B. Mathieu, « Sécurité juridique : Le respect de la légitime confiance des citoyens s'impose au législateur », *JCPG* n° 4, 27 Janvier 2014, pp. 170 et s.
[229] CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig*, série A, n° 176 A et B.
[230] Cass crim., 23 juill. 1985, Bull. crim., n° 275, p. 713.
[231] CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, n° 6538/74.
[232] CEDH, 15 novembre 1996, *Cantoni c. France,* n° 17862/91.
[233] CJCE, 15 février 1996, *Duff E.A.*, aff. C-63/93, Rec. I, p. 569 ; 14 avril 2005, aff. C-110/03. La Cour explicite le principe de sécurité juridique en disant que les règles de droit doivent être claires, précises et prévisibles dans leurs effets afin que les intéressés puissent s'orienter dans des situations et relations juridiques relevant de l'ordre juridique de l'Union, tout en permettant une application différenciée du principe aux opérateurs selon qu'ils sont avisés ou non.
[234] CJUE, 16 décembre 2010, *Kahla Thuringen Porzellan c. Commission*, C-537/08 ; CJCE, 1er février 1978, *Lührs*, 78/77.
[235] CJCE, 6 avril 1962, *Bosch*, aff. 13/61 : selon cet arrêt, le principe de sécurité juridique constitue un principe général du droit communautaire.
[236] B. Plessix, « Sécurité juridique et confiance légitime », *RDP*, n° 3, 1er mai 2016, pp. 799 et s.
[237] TA de Strasbourg, 8 décembre 1994, *Entreprise Transports Freymuth c. Ministère de l'environnement*, n° 931085.
[238] A.-L. Valembois, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *op. cit*. : « *La prévisibilité s'entend ainsi tout d'abord comme celle des conséquences juridiques de leurs actes par les sujets de droit, et englobe alors les exigences de connaissance et de qualité formelle du droit. La prévisibilité est également celle du droit lui-même ; elle implique dans ce cas une certaine forme de stabilité des normes et de l'ordre juridique* ».
[239] En témoigne la jurisprudence européenne : CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, série A, n° 31, §58 ; CJCE, 14 juillet 1972, *Azienda Colori Nazionali c. Commission*, aff. 57-69, Rec. p. 933.
[240] V. Marinese, « Légistique et effectivité », in V. Champeil-Desplats et D. Lochak (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, Nanterre, 2008, pp. 89-117.
[241] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit*., p. 251 : « *le principe de l'État de droit (...) est pour l'essentiel le principe de sécurité juridique* » ; O. Pfersmann, « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'"État de droit" », in O. Jouanjan (dir.), *Figures de l'État de droit*, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2001, pp. 53 et s. : Il place la sécurité juridique au cœur d'une théorie purement normativiste de l'État de droit.

§ II – LES ENJEUX RÉELS DE L'ÉTUDE

34. Problématique. – Pour résumer, l'introduction de ce contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois à partir de cette affaire n'est pas sans conséquence dans un pays où le mode de raisonnement est syllogistique[242] et fondamentalement *abstrait*. Plus encore, la *proportionnalité* reste cette « *fausse idée claire* »[243] marquée par l'équité[244], et donc l'arbitraire. Ce contrôle interroge à plus d'un titre : « *quid alors de la généralité de la loi ? Le législateur doit-il désormais toujours prévoir des exceptions à l'énoncé d'une règle ? Comment articuler la protection des droits subjectifs et la nécessité de garantir des impératifs objectifs comme la cohérence du droit ou la sécurité juridique ?* »[245]. Nous avons eu le temps de distiller au fur et à mesure de nos développements les différentes interrogations que suscite l'arrêt *Gomez-Turri*. Elle laisse présager une authentique révolution *paradigmatique* dans le processus décisionnel du juge administratif et dans l'architecture juridico-politique de la France.

35. Les véritables interrogations. – Pour autant, quelques interrogations font surface. Si cette introduction est le fruit incontestable du phénomène *d'européanisation*, pourquoi le droit européen s'est imposé pareil contrôle ? Pourquoi les magistrats, tous azimuts, ont-ils tendance à développer un contrôle *concret* de proportionnalité, surtout en matière de fondamentalité ? Au bout du compte, dans quelle mesure était inévitable cette consécration et qu'induit-elle réellement ? De plus, le contrôle opéré et l'architectonique aussi particulière de cet arrêt semblent se démarquer des choses connues jusqu'à présent. Est-ce, cependant, aussi novateur et pertinent que ce qu'affirment les magistrats administratifs et une petite part de la doctrine ? L'arrêt est-il réellement l'épicentre d'une révolution *paradigmatique* dans le contentieux administratif ? Y'a-t-il un véritable intérêt à distinguer et faire produire des conséquences différentes aux deux niveaux de contrôle ? Pourquoi les lier d'ailleurs ? Enfin, ne prêtons-nous pas des effets excessifs à ce contrôle de conventionnalité à l'aune de l'exigence de prévisibilité juridique ? Que nous disent les décisions postérieures ? N'y a-t-il pas avec ce contrôle un moyen de renouveler l'exigence de prévisibilité juridique ? De lui donner une autre consistance conforme aux revendications contemporaines ? Qu'induit-il dans l'office du juge administratif, et dans le contentieux administratif de manière plus générale ?

36. La synthèse. – La diversité de la problématique illustre parfaitement le caractère sibyllin du contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois développé par le Conseil d'État dans l'arrêt *Gomez-Turri*. Si nous devions recentrer notre exposé sur des points saillants, affirmons qu'il graviterait autour de deux questions fondamentalement simples dans lesquelles se retrouveront toutes ces réflexions : **Pourquoi** exacerber un contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois dans cet arrêt et **comment** appréhender ce dernier dans un contentieux aussi pluriel et marqué que celui du juge administratif ? **Pour quelles** conséquences dans ce contentieux et le Droit en général (*exigence de prévisibilité juridique*) ?

§III – DÉLIMITATION DU SUJET ET ORIENTATIONS MÉTHODOLOGIQUES DE L'ÉTUDE

37. Le choix d'un tel sujet. – L'essentiel du débat est donc posé. Ces questions seront la trame de fond de notre analyse et impliquent certaines précisions. Pourquoi se limiter à l'arrêt *Gomez-Turri,* alors même que la Cour de cassation est en proie à des réflexions du même type ? Pourquoi parler du « *juge administratif* » alors même que n'est en jeu que le juge des référés administratifs ? Nous devons apporter plusieurs éléments de réponse.

---

[242] P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité (...) », *op. cit*., p. 579 : « *Ce n'est donc ni la proportionnalité qui est nouvelle, ni son utilisation pour le contrôle de conventionnalité : c'est l'objet auquel cette méthode est appliquée, à savoir l'application de la loi à certaines circonstances particulières. Cette innovation peut être discutée à l'aune de l'état du droit qui la précédait en matière de droits fondamentaux, à savoir un système juridique qui pratiquait pour l'essentiel un contrôle abstrait de conventionnalité* ».

[243] F. Delpérée, « Le principe de proportionnalité en droit public (Éléments d'analyse au départ de la jurisprudence du Conseil d'État) » in *Rapports belges au Xe Congrès international de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 503.

[244] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit*., pp. 13-14 : elle offre la possibilité de réaliser le « *vieux rêve d'équité qui, jusqu'alors, n'avait pu survivre que dans la clandestinité d'un droit dur et formel (...) en se dissimulant sous les oripeaux trop ajustés du syllogisme judiciaire* ».

[245] M. Afroukh « Le juge des référés, censeur de la loi ! Note sous Conseil d'État, assemblée, 31 mai 2016, requête numéro 396848 », *Gaz. Pal*, n°24, 28 juin 2016, p. 24.

38. Des raisons personnelles. – Tout d'abord, ladite décision est, comme nous le pensons, le terreau d'une évolution importante de l'office du juge administratif. L'étude de son impact précis est encore trop marginale dans la littérature scientifique, là où la Cour de cassation a entamé, depuis 2013, un véritable travail de réflexion sur son rôle[246] et son organisation en accord avec la doctrine[247]. Puis le choix du juge des référés administratifs, au-delà de l'actualité du propos, est marqué par une affection profonde pour le droit public, quand bien même cette *summa divisio* peut apparaître vaine à l'aune du droit des libertés.

39. Des raisons intellectuelles. – Ensuite, l'idée de cibler le « *juge administratif* » est motivée par son histoire[248], nous savons que son rôle a été particulièrement exalté[249], presque plus que quiconque. En effet, le juge administratif – et surtout le Conseil d'État – a développé au fil du temps de véritables prérogatives[250] et a façonné son objet malgré sa position originelle[251], jusqu'à parfois attirer les foudres des gouvernants[252]. Désormais, son office est particulièrement riche, *a fortiori* avec l'introduction des mécanismes d'urgence[253]. Assurément, il contrôle tous les actes de l'Administration[254], qu'importent leur auteur et leur domaine[255], ainsi que les revendications de tiers[256]. Il développe également des *principes généraux du droit*[257] afin de pallier au silence de la Loi et d'assurer le respect de valeurs essentielles[258], et enfin, il est le médiateur puissant du droit européen[259]. Finalement, il est devenu – et ne cesse de devenir[260] –, par son action, un juge très important dans le paysage juridique français[261], rivalisant même avec le juge judiciaire[262] ; ce qui ne justifie donc pas sa suppression[263]. D'ailleurs, malgré quelques critiques formulées ponctuellement par la CEDH, la justice administrative telle qu'organisée aujourd'hui est totalement conforme aux standards contemporains[264]. Et donc l'arrêt *Marc-Antoine c. France* du 4 juin 2013[265] ne doit plus être brandi comme l'étendard ultime de la contestation de l'ordre administratif. La CEDH, aussi critique fût-elle, s'écarte tout de même d'une conception du rapporteur public comme partie au procès en estimant que « *le requérant ne démontre pas en quoi le rapporteur public serait susceptible d'être qualifié d'adversaire ou de partie dans la procédure, condition préalable pour être à même d'alléguer une rupture de l'égalité des armes* »[266]. Il est donc loin le temps du juge administratif comme bras armé de l'exécutif ou « *juger l'administration c'est encore administrer* » selon Henrion de Pansey. Nous retiendrons cette belle présentation donnée par Jean Rivéro en 1962 : « *Le Conseil d'État, depuis plus de cinquante ans, réussit ce singulier tour de force : servir à la fois l'autorité vraie du pouvoir en la gardant contre sa naturelle propension à l'arbitraire, et la liberté des citoyens ; non sans erreur certes, il est des arrêts discutés et discutables ; mais l'arbre ne doit pas cacher la forêt ; l'action du Conseil d'État, envisagée dans la durée,*

---

[246] B. Louvel, « Ouverture, Allocution du Premier président Bertrand Louvel », *JCPG*, n°1-2, 11 janvier 2016, p. 4 : « *Cette initiative (le colloque) rejoint en effet la démarche engagée il y a plus d'un an afin de vérifier si le rôle séculaire de notre Cour, dans son principe et dans son mécanisme, est toujours adapté au contexte actuel, juridique et social, international et national* ».
[247] « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation », *JCPG*, supplément au n°1-2 Janvier 2016.
[248] *Voy.* R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Paris, 2008, 13ème édition, pp. 43-44 ; M. Guyomar et B. Seiller, *Contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 2ème édition, 2012, pp. 3-20 ; D. Truchet, *Droit administratif*, PUF, Paris, 5ème éd., 2013, pp. 37-39.
[249] *Voy.* J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 24ème édition, 2012, pp. 19-21 ; D. Truchet, *Ibid.*, pp. 39-40 ; J.-M. Pontier, « Le droit administratif et l'utopie », *AJDA*, 2004, p. 1001 ; F. Melleray, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? », *AJDA*, 2005, p. 637 ; P. Gonod et O. Jouanjan, « À propos des sources du droit administratif. Brèves notations sur de récentes remarques », *AJDA*, 2005, p. 992 ; M. Deguergue, « La jurisprudence et le droit administratif : une question de point de vue », *AJDA*, 2005, p. 1313.
[250] Le Pouvoir reconnu au juge de moduler dans le temps les effets d'une annulation contentieuse : CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n°255886.
[251] Nous ne pouvons éluder les fameux arrêts *Blanco* et *Cadot* : Tribunal des conflits, 8 février 1873, *Blanco* - 1er supplément, Rec. Leb. p. 61 ; CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, Rec. Leb. p. 1148.
[252] CE, Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, n°58502 et le conflit ouvert avec le Général De Gaulle.
[253] J.-L. Rongé, « L'évolution du référé administratif », *Journal du droit des jeunes*, 2001, n° 207, spéc. p. 27 : « *Il était temps que la justice administrative dispose d'un outil permettant d'appréhender autre chose que les fruits flétris de l'arriéré judiciaire* ».
[254] Les mesures d'ordre intérieur restent le meilleur exemple : CE, 17 février 1995, *Hardouin et Marie*, Rec. Lebon p. 82 et p. 85. Ainsi que la *soft law* : CE, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres,* n°368082, 368083, 368084 et CE, 21 mars 2016, *Société NC Numericable,* n°390023.
[255] P. Delvolvé, « Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 83-99.
[256] CE, 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, n°291545 ; CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn et Garonne*, n°358994.
[257] CE, 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, Rec. Leb. p. 364.
[258] Pour un exemple intéressant : Le Droit de mener une vie familiale normale : CE, Ass., 8 décembre 1978, *GISTI et autres*, Rec. Leb. p. 493.
[259] CE Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, n°287110 ; CE, 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, n°296845 et 29690.
[260] B. Stirn, « L'évolution de l'office du juge, regards sur la dernière décennie », Intervention de Bernard Stirn, lors du Colloque de Toulouse pour le 60ème anniversaire des tribunaux administratifs le 28 octobre 2013, disponible sur le site du Conseil d'État.
[261] Il dispose même d'une assise constitutionnelle : CC, décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*. Le Conseil constitutionnel a consacré ici parmi les « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* », de rang constitutionnel, l'existence et l'indépendance de la juridiction administrative, ainsi que le caractère spécifique de ses fonctions « *sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement* » ; CC, décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*.
[262] TC, 17 juin 2013, *M. Bergoend c. Société ERDF Annecy Léman*, n° 3911.
[263] D. Rousseau, « Pourquoi il faut supprimer le Conseil d'État (et le ministère de la justice par la même occasion) », *Blogs Le Monde*, 9 juin 2014 : « *Aujourd'hui, le moment politique est celui de la société et le Conseil d'État continue de parler avec les mots de l'État. La France meurt d'une pensée d'État ; elle a besoin d'une pensée de société et les juges judiciaires sont plus connectés avec la société pour faire émerger l'intérêt général. Le Conseil d'État a correspondu à un moment de l'histoire de France, un moment aujourd'hui révolu* ». Disponible à cette adresse : http://libertes.blog.lemonde.fr/2014/06/09/dominique-rousseau-pourquoi-il-faut-supprimer-le-conseil-detat-et-le-ministere-de-la-justice-par-la-meme-occasion/
[264] CEDH, 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c. France*, n° 65411/01. Cet arrêt concerne le cumul des fonctions consultatives et juridictionnelles. Le critère décisif de la compatibilité de la dualité fonctionnelle avec l'exigence d'impartialité est un critère matériel résidant dans l'objet de l'avis consultatif et de la décision contentieuse : les deux procédures ne doivent pas concerner la « *même décision* », la « *même affaire* » ou des « *questions analogues* », mais porter sur une « *question distincte* », notion que le juge européen semble, au demeurant, entendre souplement.
[265] CEDH, 4 juin 2013, *Marc-Antoine c. France*, n° 54984/09.
[266] *Ibid*., § 32.

est une réussite historique exceptionnelle ». Par conséquent, à la lumière de ces développements, nous comprenons que l'aspect prétorien du droit administratif fait de lui un objet particulièrement pertinent et propice à des évolutions fondamentales. L'introduction d'un tel mode de raisonnement, par ledit arrêt, n'est donc pas sans conséquence et peut augurer un véritable bouleversement du contentieux administratif général.

40. D'autant que le juge administratif semble astreint à protéger effectivement les droits fondamentaux dans tous ses offices. Les affaires *Dieudonné*[267] ou *Lambert*[268] et celle du *burkini*[269] sont autant d'exemples qui ont révélé au grand public, dans toute sa mesure, l'activité du juge administratif dans la protection des droits fondamentaux. L'état d'urgence a lui aussi donné et donne lieu encore à de nombreux enseignements qui favorisent cette dynamique au-delà du strict champ des référés[270]. *Exempli gratia*, les dernières positions du Conseil d'État où il affirme que les décisions administratives adoptées dans le cadre de l'état d'urgence doivent être appréciées « *sous l'entier contrôle du juge de l'excès de pouvoir* »[271]. La juridiction administrative devient « *une juridiction des droits de l'Homme* »[272], et avec ce contrôle de conventionnalité, cette ambition – et sa légitimation[273] – est loin d'être chimérique[274]. À plus forte raison que le droit européen jouit d'une place privilégiée dans l'office du juge administratif[275] en attestent les différentes productions du Conseil d'État à ce propos[276] et les prises de position des acteurs institutionnels[277].

41. Il y aurait donc un mouvement latent au sein des juridictions administratives qui va produire des effets sur le long terme, au-delà des référés. Nous prenons à témoin les propos du Vice-président du Conseil d'État qui corrobore notre position en disant que « *l'évolution du contentieux administratif traduit aujourd'hui la volonté du juge de protéger encore plus efficacement les droits fondamentaux (…). Le juge administratif assure ainsi (par le contrôle in concreto) une protection plus effective des droits fondamentaux, y compris dans des cas où l'administration ne dispose pas d'un large pouvoir d'appréciation, voire même dans un cas où sa compétence paraît liée* »[278]. De plus, le Tribunal administratif de Toulouse le 13 octobre 2016 a entériné la chose en appliquant le même argumentaire dans le cadre d'un recours de pleine juridiction[279]. Surtout, il convient de noter que ce contrôle est dégagé non pas pour la seule loi en cause en l'espèce au regard de la seule CESDH, mais de façon générale. Le juge est appelé par la décision à faire ce contrôle pour toute disposition législative et réglementaire, au regard de tout engagement européen ou international de la France. Nous assistons alors à une conventionnalisation voire une fondamentalisation rampante[280].

---

[267] CE ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374508 ; La dernière en date pour le Conseil d'État : CE ord., 6 février 2015, *Commune de Cournon d'Auvergne*, n°38772 qui est moins novatrice. Comme celle-ci : TA de Toulon ord., 7 avril 2017, *M. M'bala M'Bala*, n° 1701059. Le tribunal administratif de Toulon suspend l'exécution de l'arrêté du maire de Toulon interdisant le spectacle de M. M'Bala M'Bala.

[268] TA Châlons-en-Champagne, 16 janvier 2014, *M. Pierre L. et autres c. CHU de Reims*, n° 1400029 ; CE, Ass., 14 février 2014, *Mme Lambert et autres*, n° 375081, 375090 et 375091 ; CE, Ass., 24 juin 2014, *Mme Lambert et autres*, n° 375081, 375090 et 375091.

[269] CE, 26 août 2016, *Ligue des droits de l'Homme et a.*, n° 402742 ; CE ord., 26 septembre 2016, *Arrêté Cagnes-sur-Mer*, n° 403578 a jugé (cons. 6) que « *le fait qu'une altercation ait eu lieu entre une famille, dont deux membres portaient des burkinis, et d'autres usagers de la plage ne faisait pas apparaître de risques avérés de troubles à l'ordre public de nature à justifier l'interdiction prononcée par l'arrêté contesté* » ; S ; Wattier, « Le Conseil d'État français suspend l'interdiction du port du "burkini" », *RTDH*, avril 2017, n° 110, pp. 407-421, spéc. p. 410.

[270] J.-M. Sauvé, « Le juge administratif et les droits fondamentaux - Premiers entretiens du contentieux », Introduction de Jean-Marc Sauvé à l'occasion de la première édition des entretiens du contentieux, 4 novembre 2016, disponible sur le site du Conseil d'État.

[271] CE, 11 décembre 2015, *Mme C. D. et six autres requérants*, n° 394991, cons. 27.

[272] Nous sommes loin des représentations classiques du juge administratif comme juge de la légalité, juge liberticide : R. Chapus, *L'administration et son juge*, PUF, Paris, 1999, p. 15 ou encore « *l'illusion* » du contrôle du juge administratif comme le dit le *Nouvel Obs* : http://tempsreel.nouvelobs.com/rue89/rue89-oh-my-code/20160203.RUE2240/etat-d-urgence-et-controle-du-juge-administratif-la-grande-illusion.html ; « *Le Conseil d'État (nous comprenons donc tous les JA) protecteur des libertés publiques, c'est la liberté du renard dans le poulailler*. ») : https://www.contrepoints.org/2016/01/06/234783-libertes-publiques-la-dangereuse-ascension-du-conseil-detat.

[273] D. Lochak, « Quelle légitimité pour le juge administratif ? », in CURAPP, *Droit et politique*, PUF, Paris, 1993, p. 141 : *« après un XIXème siècle très "critique" à l'égard de la juridiction, les progrès continus du contrôle juridictionnel de l'administration, l'indépendance progressivement acquise dans les faits, sinon en droit, avaient fini par faire taire ses détracteurs. Mieux : le juge administratif, et notamment le Conseil d'État, était volontiers présenté par ses membres et une partie de la doctrine comme le plus sûr gardien des libertés publiques. Le Conseil d'Etat a bénéficié, selon l'expression de M. C. Kessler d'un "phénomène de cour", son entourage constitué principalement de professeurs de droit, observant à l'égard de son œuvre une attitude révérentielle et ne formulant ses critiques qu'en termes mesurés et déférents* ».

[274] J.-M. Sauvé, « Le Conseil d'Etat et la protection des droits fondamentaux », Université de Nagoya, 27 octobre 2016 : « *Le Conseil d'Etat, qui a pu être qualifié de fruit du "péché origine" de l'absolutisme, s'est rapidement affranchi de l'ambiguïté de ses origines pour développer une jurisprudence protectrice des droits fondamentaux* », disponible sur le site du Conseil d'État.

[275] CE, 31 mai 2016, *Jacob*, n° 393881. Dans la continuité de sa décision du 14 mai 2010, *Rujovic*, n° 312305, le Conseil d'État précise que lorsque l'interprétation ou l'appréciation de la validité d'une disposition du droit de l'Union européenne détermine la réponse à une QPC, il lui appartient de saisir sans délai la CJUE.

[276] Étude du Conseil d'État en date du 30 novembre 2006, *Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national*.

[277] Communiqué J.-J. Urvoas en visite à Strasbourg affirmait que « *L'État de droit est notre boussole, et la CEDH notre vigie* » : http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-communiques-10095/communiques-de-2016-12818/cour-europeenne-des-droits-de-lhomme-et-conseil-de-leurope-29446.html

[278] J.-M. Sauvé, « Le juge administratif et les droits fondamentaux - Premiers entretiens du contentieux », Introduction de Jean-Marc Sauvé à l'occasion de la première édition des entretiens du contentieux, 4 novembre 2016, disponible sur le site du Conseil d'État.

[279] TA de Toulouse, statuant au contentieux, 13 octobre 2016, n° 1405903.

[280] G. Drago, « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnel et européens », *Revue mensuelle du JCl. – Droit administratif*, juin 2004, p.7.

42. Des raisons pragmatiques. – En outre, il convient d'observer que l'introduction de cette révolution ne pouvait se faire que dans le cadre des référés. Tout d'abord, force est de constater que ces derniers temps, l'office du juge des référés administratifs est, en raison du contexte qui est le nôtre, le point névralgique du contentieux administratif. L'actualité du droit des libertés a conduit à le survaloriser et à faire de lui l'instance privilégiée de toutes les évolutions juridiques[281]. Il suffit de jeter un bref regard sur l'actualité juridique pour comprendre l'importance du phénomène. La plupart des positions fondamentales, que ce soit sur la QPC[282], le droit européen, ou en matière de protection des libertés, ont été prises en 2016 dans le cadre de référés. Il devient un office complet et riche[283], mais surtout le terrain premier de la mutation du contentieux[284]. Nous pourrions même dire son *laboratoire*[285]. En somme, l'« *irrésistible ascension* »[286] des référés est une réalité et conduit à faire du juge des référés administratifs, au fil des décisions, un « *coureur* »[287] aguerri.

43. Ensuite, c'est la spécificité[288] même de cet office qui a favorisé une telle solution[289]. C'était donc bien avec lui que devait être franchi le pas, sans pour autant préjuger de sa circonscription à lui seul. En effet, avec les référés, « *la juridiction ne se limite plus à annuler un acte qui a pu produire ses effets pendant la durée de la procédure ; elle intervient directement dans le cours de l'action administrative et le perturbe dans la mesure où il s'expose à de graves soupçons d'illégalité* »[290]. Agissant alors dans le vif de l'action administrative, le référé soumet la juridiction à des responsabilités d'autant plus graves que les faux-pas auxquels elle est exposée sont lourds de conséquences et difficilement réparables – *a fortiori* en matière de référé-liberté comme le montre l'affaire *Lambert*[291]. Le juge des référés doit donc effectuer un contrôle particulièrement complet et disposer à cet effet de tous les instruments nécessaires pour le réaliser – alors même que cela va à l'encontre de l'idée de *l'urgence* qui caractérise le référé. Il doit alors faire preuve de circonspection, dont une forme est qu'il procède à une balance des intérêts permise par le contrôle *abstrait* et *concret* de conventionnalité. « *Tant qu'il statuait dans l'abstrait, que son arrêt était rendu au moins un an et demi après les faits, et que les administrations disposaient à la fois d'un délai raisonnable pour l'exécuter et d'un certain pouvoir d'appréciation quant à la manière de l'exécuter, le juge pouvait sans grand dommage, faire du "droit en chambre" et négliger superbement les contingences matérielles et politiques* »[292], ce n'est plus vrai quand il intervient en matière *d'urgence*.

44. Par conséquent, l'abandon de la jurisprudence *Carminati*[293] et *Allouache*[294] était inéluctable. « *Si cette jurisprudence était justifiée par la nature de l'office du juge des référés, qui ne peut préjudicier au principal et doit statuer en urgence, elle présentait un inconvénient majeur, dès lors qu'elle était de nature à priver définitivement un justiciable de la possibilité de faire valoir l'incompatibilité de la loi qui lui était appliquée avec les stipulations d'un traité ou d'un accord international. Et ce de manière définitive, car, dans le cas d'un référé-liberté notamment, l'urgence est telle qu'une décision au fond est souvent, compte*

[281] M. Vialette, A. Courrege, A. Robineau-Israël, « Les temps de la justice administrative », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, Paris, 2007, p. 842 : la loi de 2000 « a *connu un succès indéniable et a contribué à diffuser largement une culture de l'urgence au sein de la juridiction administrative* ».
[282] CE, ord., 22 juillet 2016, *Mme B.*, n°400913 ; G. Valdelièvre, « Le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité par le juge des référés du Conseil d'Etat », *Constitutions*, 2016, p. 621.
[283] M. Afroukh « Le juge des référés, censeur de la loi ! ; Note sous Conseil d'État, assemblée, 31 mai 2016, requête numéro 396848 », *op. cit.,* p. 23 : « *Puissent les futurs requérants saisir les innombrables potentialités de ce nouveau contrôle dans le cadre du référé-liberté. Si l'on rappelle que le juge des référés peut déjà poser une question prioritaire de constitutionnalité, cela donne, en définitive, l'image d'un office riche et complet en termes de contrôle de la loi* ».
[284] F. Zerdoumi, *Les procédures d'urgence en droit du contentieux administratif : 10 ans de pratique jurisprudentielle*, thèse de droit, Université Lille 2, 2012.
[285] J. Piasecki, *L'office du juge administratif des référés : Entre mutations et continuité jurisprudentielle*, thèse de droit, Université du Sud Toulon Var, 2008.
[286] A. Bretonneau et J. Lessi, « Référés : l'irrésistible ascension des référés », *AJDA* 2014, p. 1484.
[287] D. Labetoulle, « La genèse de la loi du 30 juin 2000 », *Annales Faculté de droit de Strasbourg*, 2002, n°5, p. 15. Parlant de la genèse de la loi du 30 juin 2000, le Président D. Labetoulle disait qu'« *il va falloir essayer de la faire marcher, de la faire courir, de la faire grandir* ».
[288] Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse de droit, Université de Strasbourg, t. 1, 1993, p. 12. Quand bien même, il parle des référés en droit privé, les soubassements sont les mêmes : « *L'accélération du jugement des affaires constitue l'attente prioritaire des justiciables. On peut y voir la manifestation de la rapidité qui caractérise la vie moderne, mais aussi une réaction à la lenteur fréquemment tenue pour excessive de la Justice, accentuée par l'accroissement "de la masse contentieuse qui surcharge dangereusement les rôles (...)". Néanmoins, une précipitation immodérée risquerait d'atteindre la sécurité indispensable à l'administration du droit. (...). Ces préoccupations sont au cœur du référé (...)* ».
[289] J.-M. Sauvé, « Le "nouveau procès administratif" », Intervention de M. Jean-Marc Sauvé vice-président du Conseil d'État, lors des Troisièmes États généraux du droit administratif "Le juge administratif et les questions de société" à la Maison de la Chimie à Paris le vendredi 27 septembre 2013, disponible sur le site du Conseil d'État : « *On sait aussi que cette nouvelle mission, voire même « ce nouveau juge », expression en l'espèce appropriée, a permis de moderniser, de « dépoussiérer » l'action d'un juge qui, à force de ne pas pouvoir traiter de l'urgence, aurait perdu ses prérogatives et mis sa propre existence en péril* » ; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 1355-1458.
[290] M. Leroy, « La balance des intérêts dans le contentieux administratif », in *Le rôle du juge dans la cité, Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Actes de colloque du 12 octobre 2001*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 127.
[291] J.-M. Sauvé, « L'urgence devant le juge administratif », 5ème édition des Etats généraux du droit administratif, colloque organisé par le Conseil d'Etat et le Conseil national des Barreaux, bilan de quinze années d'urgence devant le juge administratif, disponible sur le site du Conseil d'État, p. 9, affirmait déjà, en 2015 : « *dans le cas particulier où est invoquée devant lui une atteinte grave et irréversible à la vie des personnes en raison d'un arrêt de traitement, il lui appartient d'examiner (...) un tel moyen et d'exercer à cette occasion un plein contrôle de conventionnalité* ».
[292] M. Leroy, « La balance des intérêts dans le contentieux administratif », *op. cit.*, p. 128.
[293] CE, 30 décembre 2002, *Carminati*, n°240430.
[294] CE ord., 9 décembre 2005, *Allouache et a.*, n° 287777.

tenu des délais habituels de jugement, dépourvue d'effet utile à la date de son intervention, sans compter qu'il n'existe aucune obligation pour le requérant de compléter une demande en référé-liberté d'une requête au fond »[295]. Comme l'écrivait T.-X Girardot : « *la jurisprudence Carminati marqu(ait) un coup d'arrêt dans l'évolution observée au cours de ces vingt-cinq dernières années* »[296], il était donc nécessaire, voire programmé, que le juge aille plus loin[297], surtout en matière de référé-liberté dont le champ d'application est inextricablement lié à la CESDH. Assurément, « *la notion de "liberté fondamentale" apparaît comme le creuset des garanties nationales et européennes (...) le référé-liberté assure la plus grande protection aux personnes les plus vulnérables* »[298]. Tout compte fait, R. Vandermeeren s'érige en prophète en affirmant, en 2002, que « *dans le domaine de la protection des droits fondamentaux par le juge administratif, l'histoire distinguera peut-être deux époques : l'ancienne et la nouvelle, c'est-à-dire avant et après la réforme du référé administratif que vient de réaliser la loi du 30 juin 2000* »[299]. Mise en perspective avec notre analyse, cette citation est d'autant plus pertinente.

45. Choix épistémologique. – Enfin, quelques précisions sur le choix épistémologique doivent être faites, tant sur le terrain des présupposés que sur la méthode employée, afin d'objectiver le fruit de notre entreprise. Le choix d'une attitude par rapport à un objet d'étude est fondamental[300], et plus particulièrement dans notre domaine, car elle influence la détermination de celui-ci. Pour dire vrai, l'objet émerge grâce à elle[301]. Ainsi, sur le terrain des présupposés – car « *l'aveu théorique* » est essentiel avant tout discours juridique afin de rendre probe son travail[302] –, il convient d'affirmer la croyance dans un paradigme épistémologique *herméneutique* et plus précisément la lecture qui en est faite par le philosophe Paul Ricoeur. L'association entre connaissance et compréhension, et en particulier, l'affirmation du caractère interprétatif des sciences de l'esprit, constitue la clé de voûte de ce paradigme[303] – il réhabilite le rôle central du sujet dans la construction de l'objet. Sa diffusion est directement associée à l'émergence du « *tournant interprétatif* »[304] qui traduit l'adhésion de l'ensemble des sciences sociales à un paradigme épistémologique interprétatif ou herméneutique[305]. Il offre ainsi un champ d'analyse novateur. Le ralliement de la théorie juridique de tradition analytique au modèle herméneutique serait le résultat d'un processus entamé avec Hart[306] et dynamisé par l'influence de la philosophie wittgensteinienne du langage. Cette précision est loin d'être futile, car le lecteur verra au fil de nos développements l'utilisation récurrente de l'herméneutique de Ricoeur. Elle sera un point central pour appréhender sérieusement ce thème qui est le nôtre, mais surtout, elle constitue le point de départ de notre recherche. Ne point mettre en évidence cette filiation reviendrait à biaiser le résultat de notre recherche.

46. La méthode. – Ensuite, d'un point de vue méthodologique, afin de répondre à nos interrogations, il convient d'affirmer que notre entreprise s'appuiera sur plusieurs sources : *le droit de la Convention, le droit administratif, les écrits doctrinaux qui gravitent autour de notre thème ainsi que les interventions de magistrats administratifs* ; à partir desquelles sera infusé notre arrêt. En effet, l'objectif est de questionner le contexte d'émergence de ce contrôle tel que déployé dans l'arrêt et dans un contentieux qui est marqué par la présence du droit européen. Il est donc essentiel de mettre en perspective l'arrêt *Gomez-Turri* – ainsi que les jugements postérieurs proches de cette affaire – tant avec les jurisprudences antérieures et la doctrine administrativiste, afin de déterminer si la position adoptée est si novatrice et opportune, qu'avec la

[295] J.-M. Sauvé, « Le Conseil d'Etat et le droit européen et international », Université de Tokyo, mercredi 26 octobre 2016, disponible sur le site du Conseil d'État.
[296] T.-X. Girardot, « Le retour de la loi écran devant le juge des référés, la jurisprudence Carminati confirmée par le juge des référés du Conseil d'État », *AJDA* 2006, p. 1875.
[297] Cela explique la pluralité des dérogations à cette jurisprudence admise depuis quelques années : CE, 11 octobre 2001, *M. Hauchemaille*, n°238849 ; CE ord., 16 juin 2010, *Diakité*, n°340250 ; CE ord., 27 août 2012, *Groupe d'information et de soutien des immigrés et autres*, n°361402 ; CE, Ass., 24 juin 2014, *Mme Lambert*, n°375081.
[298] J.-M. Sauvé, « L'urgence devant le juge administratif », 5ème édition des Etats généraux du droit administratif, colloque organisé par le Conseil d'Etat et le Conseil national des Barreaux, bilan de quinze années d'urgence devant le juge administratif, disponible sur le site du Conseil d'État, p. 7.
[299] R. Vandermeeren, « La réforme du référé administratif », in G. Lebreton (dir.), *Regards critiques sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1999 et 2000*, L'Harmattan, Paris, 2002, p. 143.
[300] Car la connaissance « *n'est jamais immédiate et* pleine » : G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 2011, p. 15.
[301] V. Champeil-Desplat, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Paris, 2016, pp. 2 et s.
[302] E. Millard, « L'aveu théorique comme préalable au travail juridique savant », *communication au VI° congrès de droit constitutionnel*, Montpellier, 10 juin 2005.
[303] T. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972, p. 207 : « *Le terme paradigme est utilisé dans deux sens différents. D'une part, il représente tout l'ensemble de croyances, de valeurs reconnues et de techniques qui sont communes aux membres d'un groupe donné. D'autre part, il dénote un élément isolé de cet ensemble : les solutions d'énigmes concrètes qui, employées comme modèles ou exemples, peuvent remplacer les règles explicites en tant que bases de solutions pour les énigmes qui subsistent dans la science normale* ».
[304] P. Amselek, « La teneur indécise du droit », *RDP* 1991, n°5, p. 1203 : « *Depuis qu'est survenu au cours de ces dernières décennies ce qu'on a appelé le "tournant interprétatif" (interpretive turn), c'est-à-dire depuis que l'interprétation -je dirais mieux l'intermédiation- en droit est passée au centre même des recherches et réflexions de la théorie juridique, en liaison d'ailleurs avec les préoccupations herméneutiques et communicationnelles de la pensée contemporaine, des concepts nouveaux ont acquis droit de cité comme celui de "texture ouverte" (open texture) des règles de droit mis en circulation par Herbert Hart, ou encore celui de "flou" (fuzziness) du droit* ».
[305] G. Just, *Interpréter les théories de l'interprétation*, L'Harmattan, Paris, 2005, pp. 19 et s.
[306] H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, trad. M. Van De Kerchove, Presses des Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1976.

jurisprudence européenne et les réflexions générales proposées afin d'appréhender l'existence ou non d'une dynamique marquée par la concrétisation du raisonnement des juges ainsi que les *données cachées* propres aux différents contrôles et systèmes. Tous ces éléments constituent des indicateurs spatio-temporels puissants et des traductions importantes d'une façon de penser le phénomène juridique dans un univers marqué par la *complexité* et la *célérité*. Plus encore, une telle démarche nous permettra d'établir une distanciation claire par rapport aux différents éléments de l'interprétation, car une analyse purement interne au Droit[307], c'est-à-dire reprenant les catégories et les objets posés par le jurislateur, conduit inévitablement à une aporie. L'observateur se cantonne à rationaliser et systématiser le discours tenu par les acteurs juridiques. Dans cette perspective, aucune rupture axiologique ainsi qu'épistémologique n'existe entre l'acteur et l'observateur, pouvant conduire à des *généralisations hâtives* dénoncées par G. Bachelard[308]. Toutes ces réflexions nous permettront de mieux cerner l'objet de notre étude qu'est le contrôle *concret* de conventionnalité des lois du juge administratif, mais également ses conséquences dans l'activité contentieuse. S'il est un outil aux mains des juges, qui rénove certainement son office, ce dernier produit également des effets plus généraux, car le juge ne prend jamais la parole devant un auditoire vide. Mais ce point devra également être questionné en fonction des mêmes sources et de la même technique, pour, encore une fois, mieux envisager ses potentialités.

§IV – LE PLAN DE L'ÉTUDE

47. Le plan. – Au regard de tous ces éléments et pour répondre à notre problématique, il convient de suivre l'évolution du Droit. En s'intéressant, dans un premier temps, à cette question, l'étude met en lumière *l'indétermination* et la *fondamentalisation* actuelles de la matière juridique. Ce qui n'est point anodin, car avec ces données, le contrôle *concret* de proportionnalité devient le mode de réflexion privilégié du juge. Autrement dit, ce mouvement de *concrétisation* et de *proportionnalisation* du raisonnement du juge permet d'identifier les forces qui ont travaillé la solution du Conseil d'État, et dans laquelle un contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois est exacerbé. Ce dernier apparaît, dans ce contexte, comme une institution nécessaire et intrinsèquement liée à l'objet contrôlé : les droits fondamentaux conventionnellement garantis. Mais à partir de ces données, le contrôle développé par le Conseil d'État dans cet arrêt est aussi frappé d'ambiguïtés. Il mettrait en exergue de manière tardive, selon la doctrine, un contrôle *concret* de proportionnalité puisque cette méthode apparaît comme un instrument classique du juge administratif. D'autant qu'il est construit d'une manière tout à fait singulière dans cette affaire puisqu'il est subordonné à un raisonnement *abstrait* préalable. L'étude de cette question démontre que le contrôle développé dans l'affaire *Gomez-Turri* est en réalité l'expression la plus sincère de cette méthode, il constitue le point de départ d'une nouvelle dynamique de contrôle dans le contentieux administratif, malgré sa liaison avec une étape *abstraite* qui finalement trouve sa source dans la prégnance d'une tradition et dont les effets sont certainement plus dévastateurs que le simple contrôle *concret* de conventionnalité des lois.

48. Ce constat implique, dans un second temps, d'étudier la pertinence de ces affirmations et les conséquences que semble produire le contrôle *concret* de conventionnalité des lois dans le contentieux administratif et la matière juridique de façon générale. Au regard de son objet, l'analyse va surtout se concentrer sur les effets de ce contrôle vis-à-vis de l'exigence de prévisibilité juridique. Et bien loin des affirmations qui voient dans ce contrôle la fin de cette dimension propre au Droit, l'étude approfondie de ce contrôle nous conduira à dire qu'en raison de sa spécificité méthodologique, il réinterprète et renforce l'exigence de prévisibilité juridique. L'identification des caractéristiques de ce contrôle – et l'utilisation encore timorée de contrôle – démontre à la fois l'émergence d'une prévisibilité juridique dite *méthodologique/procédurale* et d'une prévisibilité juridique dite *substantielle/normative* qui assurent une plus grande confiance et certitude dans l'action du juge administratif, dont nous savons qu'elles sont les composantes majeures de ladite exigence. Mais également, ces constats invitent à mener, en dernière analyse et de façon sommaire – puisque nous n'avons ni la place ni les garanties temporelles de développer dans cet exercice un troisième temps de réflexion –, une étude prospective sur l'équilibre pouvant être établi entre les différents juges à la suite de l'introduction et de l'utilisation de toutes les potentialités de

[307] F. Ost, « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », in *APD*, *« Le système juridique »,* Sirey, Paris, t. 31, 1986, pp. 161 et s.
[308] G. Bachelard, *Le nouvel esprit scientifique*, PUF, Paris, 9ème édition, 1996, p. 19.

contrôle. Des nouveaux rapports vont sans doute émerger tant entre les juges d'un même ordre juridictionnel (administratif) que les juges qui entrent directement en concurrence par le biais d'un contrôle intellectuellement proche. Nous pensons ici surtout au juge constitutionnel, mais il ne faut guère éluder la présence ainsi que la puissance des juges européens.

49. En définitive, et au vu de ces développements, le plan de l'étude devra s'articuler en deux parties : *l'importante introduction du contrôle concret de conventionnalité des lois du juge administratif dans un contexte spécifique et les ambiguïtés qui l'accompagnent* (**PARTIE I**), pour ensuite appréhender, *les conséquences sur le contentieux administratif de ce contrôle, et principalement vis-à-vis de l'exigence générale et fondamentale de prévisibilité juridique* (**PARTIE II**).

PREMIÈRE PARTIE

LE CONTRÔLE CONCRET DE CONVENTIONNALITÉ DU JUGE ADMINISTRATIF : UNE INSTALLATION NÉCESSAIRE ET AMBIGÜE

50. Propos liminaires. – Le juriste raisonne toujours sur des cas[309], l'ancien terme est celui de « *cause* » – *casus* –, mais l'idée est la même[310]. Comme nous le disait même un auteur, « *les juristes aiment raisonner par cas : il leur paraît que c'est la seule manière de comprendre véritablement le sens et la portée d'une donnée abstraite* »[311]. Cette dimension du Droit, aussi évidente soit-elle, semblait pourtant avoir été oubliée. Mais elle revient en force avec le contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois développé dans l'arrêt *Gomez-Turri*, tout comme l'idée que la *pesée des intérêts* est au fondement de la matière juridique[312]. Pourquoi voir aujourd'hui (ré)apparaître un tel contrôle ? Nous avons pu le dire, cette question est fondamentale et sera le cœur de cette partie. Ce qu'il convient de chercher c'est le pourquoi et le comment de la mise en lumière de cet objet. Pour la première partie de cette question, différentes causes sont à l'origine de ce retour, les principales tiennent aux spécificités de notre contexte. Une étude globale de la littérature juridique laisse poindre un élément cardinal qui donne de la consistance à l'action du Conseil d'État : *l'indétermination* et la *fondamentalisation* du Droit. Ce dernier évoluerait d'une façon spectaculaire depuis quelques années, en effet, il serait marqué par l'impératif de concrétude et de mise en balance sous l'influence croisée des éléments susmentionnés. En d'autres mots, la particularité de ces derniers conduit à déployer un raisonnement *in concreto* et de *pondération* en ce qu'il serait le moyen le plus adapté, voire quasi-exclusif, de donner du sens aux objets juridiques et de permettre au juge de remplir efficacement son office (**CHAPITRE 1**). Dans le même temps, d'autres considérations sont à prendre en compte dans un contentieux administratif à la fois riche et divers. Nous voilà face à la deuxième partie de la question. Le développement d'un contrôle *concret* de conventionnalité des lois dans cette affaire, bien qu'il réponde à des impératifs modernes, il devient difficile de l'appréhender en raison de la structure générale de l'arrêt et de l'environnement dans lequel il s'insère. Effectivement, la concrétisation du contrôle du juge administratif ainsi que le déploiement de la proportionnalité *lato sensu* sont des indices connus et reconnus dans le droit administratif et par la doctrine administrativiste, malgré la force de certaines idées. Il est certain que le contentieux administratif a toujours été le laboratoire du droit français, puisqu'il se situe à la confluence d'une pluralité d'idéologies et en raison de la souplesse qui caractérise la structuration ainsi que l'action de la justice administrative. En définitive, les contours de l'arrêt seraient quelque peu ambigus, ce qui interroge les motivations et la solution du Conseil d'État dans cette affaire (**CHAPITRE 2**).

[309] *Voy.* P. Rémy, « Les civilistes français vont-ils disparaître ? », *Revue de droit de McGill*, vol. 32, 1986, p. 154.
[310] *Voy.* M. Villey, *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 2001, pp. 208-209.
[311] P. Moor, « Logique scientifique et logique institutionnelle dans le discours juridique », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLVI-141 | 2008.
[312] *Voy.* T. Schultz, « Pesée d'intérêts : réflexions autour de la notion d'intérêts », *op. cit.*, pp. 299-312.

CHAPITRE 1
LA NÉCESSITE DE L'ARRÊT GOMEZ-TURRI DANS UN PAYSAGE MARQUÉ PAR L'INDÉTERMINATION ET LA FONDAMENTALISATION DU DROIT

51. L'exacerbation d'un contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois par le juge administratif apparaît actuellement comme une exigence dans un paysage juridique frappé par le tumulte d'un monde en pleine expansion et mutation. En ce sens, l'arrêt *Gomez-Turri* ne fait pas tache ! Assurément, la matière juridique prend de nouvelles formes[313] corrélativement à la modification du rôle[314] et surtout de l'action[315] de l'appareil étatique dans un univers profondément réticulé et informatisé. L'une de ces formes les plus marquantes est bien évidemment les « *droits fondamentaux* ». Il est clair que le Droit se "fondamentalise" aujourd'hui, c'est-à-dire qu'il modifie sa substance en intégrant des considérations/des droits hautement axiologiques et aux contours indéterminés voire insécables. Ils conduisent inévitablement à une « *mutation de l'ontologie du Droit* »[316] qui donne une place centrale aux individus. Dans le même temps, ce visage du Droit fait du contrôle *concret* de proportionnalité son outil d'expression le plus clair, en ce que son essence est étroitement liée à cette technique de contrôle. Toutes ces considérations ne sont pas anodines dans un contrôle de *conventionnalité* où les droits fondamentaux s'enracinent de façon importante (**Section 2**). Mais avant toute chose, il convient de noter que les règles juridiques – *lato sensu* – contemporaines deviennent de plus en plus inadaptées à la résolution des conflits. Si ce constat est inhérent aux règles juridiques en elles-mêmes, nous assistons à une évolution sensible du processus démocratique qui tend à exalter ces maux. Désormais, les règles sont frappées plus qu'avant d'une *indécision*/*indétermination* tangible poussant les observateurs à faire du contrôle *concret* de proportionnalité la méthode la plus efficace de résolution de litiges et de détermination du Droit (**Section 1**). Finalement, son expression en matière de fondamentalité ne serait qu'une illustration locale et exorbitante, suscitée par les objets contrôlés, d'un phénomène qui touche la matière juridique générale. Autrement dit, les droits fondamentaux portent à un degré supérieur la question de l'indétermination du Droit qui se trouve au centre des réflexions sur la mutation du Droit, tout en introduisant de nouvelles données qui accentuent la présence de la *proportionnalité* et de la *concrétude*. Tout serait donc finalement lié, et c'est ce que nous tenterons de démontrer.

Section 1
Le contrôle concret de proportionnalité comme mode exemplaire de résolution des conflits juridiques

52. L'inefficacité d'un contrôle abstrait et monologique pour la résolution des litiges. – En France, classiquement, la résolution des litiges – c'est-à-dire l'application et la concrétisation d'une règle de référence – est basée sur un raisonnement qui puise ses sources dans une logique mathématicienne, cartésienne : le *syllogisme*. Il est le fruit des travaux *Des Lumières* qui voulaient faire du juge un véritable un automate[317] en réaction aux idées reçues sur les Parlements de l'Ancien régime. Si cela relève du truisme, l'influence de cette conception est néanmoins palpable comme en témoigne la rédaction des arrêts et décisions[318]. Les juges français effectuent depuis des années un syllogisme parfait structuré autour de

[313] *Voy.* C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTDC*, 2003, pp. 599-628.
[314] L. Ferry, *La révolution transhumaniste*, Plon, Paris, 2016, 216 p., spéc. Chapitre 3 ; E. Morozov, « *L'intellectuel du net dégaine* », in *Philosophie magazine*, mensuel n°97, Mars 2016, pp. 30-31 : « *Sans nous en rendre compte, nous sommes en train de passer d'un système de régulation publique à un système de régulation privée. (...) Elles (entreprises) prétendent prendre le relais de la puissance publique essoufflée et surendettée* ».
[315] S. Dubiton, *La confrontation des autorités administratives indépendantes au principe démocratique,* LGDJ, Paris, 1ère édition, t. 293, 2016, 468 p.
[316] Selon le professeur P. Amselek cité par A. Viala, « De la critique des droits de l'Homme à l'obsession républicaine du droit-de-l'hommisme », in *Mélanges en l'honneur du professeur Henri Oberdorff*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 51-70 ; H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit (…) », *op. cit*., p. 1376 : « *Le droit souple est celui qui permet d'assurer in casu une juste balance entre les intérêts en présence. Il est lié à la montée en puissance des droits et libertés de l'individu qui appelle une nouvelle façon de concevoir le droit, moins dogmatique, même si la promotion des droits fondamentaux a aussi sa part de dogmatisme* ».
[317] Qui est impossible par nature : M.-D. N. Ruffo de Bonneval de la Fare des Comte de Sinopoli de Calabre, *Problèmes éthiques posés par le remplacement de l'humain par des robots. Le cas des systèmes d'armes autonomes*, thèse de Philosophie, Paris, Université Paris-Sorbonne, 19 janvier 2016, pp. 1-4 (disponible en ligne) : « *L'imagination et la créativité, éléments nécessaires à l'homme prudent pour répondre aux situations imprévues et aux défis éthiques découlant de facto de la confrontation des règles avec la réalité, fait cruellement défaut au robot. Comme Ada Lovelace l'avait déjà montré, le robot ne peut rien produire de radicalement neuf qui ne lui soit pas donné par sa programmation. Contrairement à l'esclave antique, le robot ne peut "s'affranchir" de sa servitude. La qualité de "full moral agent" demeurera ainsi inaccessible au robot tant que la quasi mythique Singularité qui le dotera d'une conscience ne se sera pas produite* » (souligné par nous).
[318] P. Brunet, « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », *Droit et société*, n° 91, 2015, pp. 545-561.

trois temps interdépendants : « *la majeure doit être la loi générale, la mineure est l'action conforme ou non à la loi, la conséquence est la liberté ou la peine (la conclusion)* »[319]. Dorénavant, « *le juge se cantonne (...) au rôle d'administrateur de la loi, faisait application "objective" d'une loi supposée rationnelle* »[320]. Ici, ce qui nous intéresse tout particulièrement c'est de noter que cette conception se fonde sur un postulat clair, celui du caractère réellement contraignant de la norme de référence et du caractère déductif de la solution. Dès lors, la conclusion d'un litige serait le transfert automatique de la véracité de la norme posée comme indiscutable aux données du cas après lecture par le juge[321]. D'où l'avènement de « *l'État ptoléméen (...) fondé sur une logique formelle dont le mode de raisonnement privilégié est le raisonnement syllogistique et déductif (...) de caractère binaire – une proposition ne peut être que vraie ou fausse – et linéaire où l'enchaînement des propositions est continu et fondé, par régressions successives sur une proposition de base qui fonde l'ensemble du raisonnement* »[322] et du Droit *euclidien*. Au bout du compte, ce mode de raisonnement laisse poindre la complétude et la cohérence *a priori* du système juridique et surtout de la Loi dont l'interprète doit transférer le sens authentique dans l'énoncé de sa solution. Tout cela explique la prévalence pendant longtemps d'un contrôle *abstrait* et *objectif*. Le monde factuel disparaît derrière l'absolutisme de la règle seule capable de représenter la société telle que devant être ordonnée par le pouvoir juridictionnel et de donner le sens de la solution.

53. Cependant, un tel monologisme[323] ne peut fonctionner que si les règles juridiques constituent un édifice inébranlable et complet. Ce qui n'est pas nécessairement le cas dans la réalité. Comme le soulignait M. Miaille : « *même la forme syllogistique (...) qui paraît simple soulève des problèmes délicats : avant de résoudre, un syllogisme doit se construire, et la recherche de la majeure comme la construction de la mineure apparaissent vite comme des moments créateurs* » [324], car les règles juridiques, et plus particulièrement la Loi, ne sont pas capables de dicter au juge, de manière prévisible et absolue, le comportement à adopter par les parties au litige. La règle juridique – précisément, nous visons ici l'énoncé linguistique, donc le texte juridique – est intrinsèquement lacunaire. Un auteur nous disait qu'« *il n'existe pas un système de droit positif percé de trous, comme un fromage, mais le contraire, un droit incertain, dans son ensemble informulé et mal prévisible, dont la plupart des solutions restent à découvrir, et dans ce grand vide une poussière disséminée de lois. Les lois seules ne sauraient plus suffire à procurer la solution* »[325]. La texture particulière de la réglementation juridique, indécise et indéterminée, y est pour beaucoup, surtout depuis quelque temps maintenant (**§I**). Par conséquent, le litige ne peut être tranché qu'avec une méthode spécifique, c'est-à-dire une méthode marquée par le dépassement de la normativité de la règle et la force des éléments de la cause. En d'autres mots, l'utilisation d'un contrôle dit *concret* de proportionnalité apparaît comme une évidence (**§II**).

§I - La nature indéterminée de la réglementation juridique dans un litige

54. L'« *étrangeté ontologique du droit* »[326] : une conclusion incontestable. – Le Droit demande, en effet, à être interprété et accepté par ses destinataires, mais également à être narré ainsi que concrétisé par des interprètes officiels. Assurément, « *entre l'édiction du texte et son application s'interpose l'entre-deux de l'interprétation : le texte ne se présente plus comme porteur d'une Vérité incontestable, s'imposant par voie d'évidence ; encore faut-il que les significations qu'il recèle soient décantées par le filtre de l'interprétation* » [327]. Ce constat conduit alors à rejeter purement et simplement le raisonnement syllogistique primaire selon lequel le Droit serait un système de règles opératoires, et le jugement – comme

[319] C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Chap. V, disponible en ligne.
[320] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit.,* p. 51.
[321] Conseil d'État, *Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, Rapport, avril 2012, consultable sur le site www.conseil-etat.fr , rubrique actualités / communiqués / communiqué du 14 mai 2012, p. 6 : « *Quelle que soit la juridiction dont elle émane, la décision se décompose en trois grandes parties comprenant respectivement la synthèse des conclusions des parties et des moyens présentés à leur soutien, la mention des références des textes dont il sera fait application et le rappel des principaux actes de l'instruction ("visas"), l'exposé du raisonnement qui conduit à la solution ("motifs") et l'énoncé de cette solution ("dispositif"). Ces éléments s'inscrivent au fil d'une phrase unique dont le sujet, précédé de la formule "Au nom du peuple français", est la juridiction mentionnée au début et le verbe principal le mot « Décide » qui sépare les motifs du dispositif, les visas et les motifs figurant comme autant de subordonnées introduites par les termes "Vu" et "Considérant", les seconds comportant eux-mêmes de nouvelles subordonnées. S'agissant plus particulièrement des motifs, cette syntaxe fait ressortir la rigueur du syllogisme juridique par lequel le juge raisonne et qui le conduit à appliquer au cas d'espèce la règle générale qu'il a précédemment citée ou résumée* » (souligné par nous).
[322] G. Timsit, « Pour une nouvelle définition de la norme », Rec. D.S.88, Chron. XLII, p. 267.
[323] M. Villey, « Préface », in *ADP*, Sirey, Paris, t. 29, 1984, p. 3 : « *la culture contemporaine a mis le dialogue en veilleuse. Nous vivons l'ère du monologue du souverain créateur du droit qui prend forme législative* ».
[324] M. Miaille, *Introduction critique au droit*, Libraire F. Maspero, Paris, 1977, p. 222.
[325] M. Villey, *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris 2001, n°218.
[326] P. Amselek, « L'étrangeté ontologique du droit », *Droits*, 1990, n° 11, pp. 85 et s.
[327] J. Chevallier, « Les interprètes du droit », in *La doctrine juridique*, PUF, Paris, 1993, p. 259.

étape essentielle de retranscription, d'interprétation relative –, l'application mécanique d'une règle abstraite, posant une vérité claire et absolue, à une situation concrète. Au-delà de ce que pensaient les révolutionnaires, le Droit est bien plus qu'un corpus de lettres et de textes « *finis* » ainsi qu'univoques, il fait exister un univers parallèle composé d'un vaste ensemble de sens dont le sujet de droit serait le médiateur[328]. Le Droit n'existe pas en lui-même comme un objet statique, il est une dynamique interprétative impulsée par ses acteurs[329]. L'interprétation et l'indécision sont donc au cœur de la matière juridique, comme le pensait R. Dworkin[330], et conduisent à ce que « *l'être du droit (soit) nécessairement inachevé, toujours en suspens et toujours relancé, indéfiniment repris dans la médiation de l'échange* »[331]. C'est ce que doit tenter de pallier le juge, lui-même confronté à cette diversité. L'origine de tout cela est la texture irrésolue et indéterminée des règles juridiques, dont le principal argument tient à leur dimension *linguistique* et surtout *textuelle* qui conduit indubitablement à un risque accru d'écueils – cette nature conduit à un renforcement de l'indétermination *sémantique*, mais également à une indétermination *pragmatique*[332] (*B*). Elle est sa raison principale sans être néanmoins exclusive, d'autres causes peuvent être révélées, qui tiennent notamment à la composition ainsi que les prémices de la règle juridique[333]. Effectivement, n'éludons pas l'incapacité des « *jurisdiseurs* »[334] de déterminer de façon absolue le champ d'application d'une règle. Autrement dit, il existe une incomplétude ontologique des règles de droit qui est d'ailleurs renforcée par la démocratie accélérée ; cette dernière participe, en effet, à accroître l'indétermination *syntaxique* et *sémantique* par l'élaboration d'énoncés toujours plus éphémères et toujours plus amphibologiques (*A*).

A) L'incomplétude ontologique des règles juridiques

55. L'incertitude inhérente aux règles juridiques de référence : le fruit de leur incomplétude. – « *Il est (…) impossible au législateur de tout régler, de tout prévoir, même implicitement (…). Tantôt, il y a "insuffisance" de la Loi, lorsque manquent des éléments complémentaires indispensables à son application, lorsque son dispositif est inapplicable tel quel, lorsqu'elle définit incomplètement les cas qu'elle envisage et les marges de possibilité qu'elle entend fixer (…). Tantôt, il y a "silence" de la Loi, lorsqu'elle ne règle pas certains cas, et notamment lorsqu'elle n'encadre pas encore tel ou tel secteur nouveau d'activité humaine, telle ou telle nouvelle "forme de vie" (…) de leur côté, ceux dont la conduite est directement concernée se trouvent eux-mêmes condamnés à des anticipations plus ou moins hasardeuses. Cette (…) sorte de non-dit de la Loi (…) est donc (…) un facteur d'indécision de la teneur du droit* »[335]. Ces quelques mots du professeur Amselek témoignent de l'inaptitude des règles juridiques à résoudre un certain nombre de litiges, car par nature, elles sont incomplètes, « *structurellement lacunaire(s)* »[336]. Et comme il nous dit, cela vaut tout particulièrement pour la Loi en France. Tout raisonnement syllogistique pur dans lequel le juge ferait appel « *à la norme légale puisée de manière nécessaire dans l'ensemble normatif pour n'avoir ensuite qu'à l'insérer dans le syllogisme du cas d'espèce* »[337] est pernicieux. Cette règle juridique ne pourra presque jamais lui recommander un sens particulier dans des cas précis. Elle ne permet au mieux que de formaliser le litige en renvoyant à l'organe juridictionnel une série de questions auxquelles il devra donner suite par d'autres moyens. L'incertitude/l'indécision est alors l'apanage des règles juridiques et surtout de la Loi – sur laquelle nous allons concentrer notre étude puisqu'elle est une norme singulière dans le paysage français et sûrement

[328] *Voy.* O. Cayla, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », Les *CCC* n° 7, 1999, disponible en ligne.
[329] D.-M. Patterson, *Law and Truth*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 87: « *Dworkin sees interpretation as a pervasive feature of many aspects of human existence. He believes it to be of central importance to jurisprudence. Dworkin explains that because "law is an interpretative concept, any jurisprudence worth having must be built on some view of what interpretation is"* ».
[330] R. Dworkin, *L'empire du droit*, PUF, Paris, 1994, pp. 99 et s. ; Dans le même registre : M. Carpentier, « Autorité, intention et innovation. Joseph Raz et la théorie de l'interprétation », in *Klesis, Revue philosophique* n°21, 2011, pp. 157-191, spéc. pp. 182 et s.
[331] F. Ost, « Jupiter, Hercule, Hermès, trois modèles du juge », in P. Bouretz (dir.), *La Force du droit. Panorama des débats contemporains*, éd. Esprit, Paris, 1991, p. 258.
[332] *Voy.* S. Bernatchez, « Briser la loi du silence sur le silence de la loi : de l'interprétation sémantique à l'application pragmatique du droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 56, n°3-4, 2015, pp. 233-255 : L'auteur étudie les deux niveaux d'indétermination du Droit.
[333] Des auteurs ont déjà montré que l'indétermination du Droit ne tient pas seulement à sa nature linguistique : *Voy.* J.-F. Thibault, « L'indétermination du droit et la culture du formalisme : remarques sur la posture critique de Martti Koskenniemi », in R. Bachand (dir), *L'état des théories critiques dans le monde francophone. Trajectoires comparées : relations internationales et droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 133-146, spéc. p. 136 : « *Je ne m'attarderai pas ici sur la question de l'indétermination sinon pour noter que, telle que la définit Koskenniemi, celle-ci ne doit pas être simplement rabattue sur la nature imprécise du langage lui-même qui serait susceptibles de faire l'objet d'interprétations variées. Pour Koskenniemi, l'indétermination est plus fondamentale et porte sur les prémisses mêmes du droit international qui repose sur des oppositions binaires profondes et contradictoires organisées autour de deux pôles, apologétique et utopique, qui sont antinomiques, mais qui se répondent l'un l'autre, étant étroitement liés dans une dépendance mutuelle l'un envers l'autre* ».
[334] P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, Paris, 2012, pp. 315-317.
[335] P. Amselek, « La teneur indécise du droit », *op. cit.,* pp. 1207-1209.
[336] *Voy.* P. Hurt, *Les hypothèses juridiques : une étude du raisonnement judiciaire*, thèse de Droit, Université Paris I, p. 182.
[337] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit.,* p. 66.

l'exemple le plus significatif/classique dans les études relatives à la conclusion de litiges – poussant le juge à être plus créatif et à se focaliser sur les circonstances de la cause.

56. Un bref regard historique. – Ces thèmes ne sont pas nouveaux puisque nous retrouvons dès l'Antiquité la figure de la *« Loi ignare »* posée par Platon. Selon lui, la Loi est un pis-aller, car elle « *ne pourra jamais embrasser exactement ce qui est le meilleur et le plus juste pour tout le monde à la fois, pour y conformer ses prescriptions : car les différences qui sont entre les individus et entre les actions et le fait qu'aucune chose humaine, pour ainsi dire, ne reste jamais en repos interdisent à toute science, quelle qu'elle soit, de promulguer en aucune matière une règle simple qui s'applique à tout et à tous les temps (…). Et cependant, nous le voyons, c'est à cette uniformité même que tend la Loi, comme un homme buté et ignorant qui ne permet à personne de rien faire contre son ordre, lors même qu'il viendrait à quelqu'un une idée nouvelle, préférable à ce qu'il a prescrit lui-même* »[338]. En d'autres termes, de par son mode déclaratif et impératif, le *logos* de la Loi ne serait pas dialogique, mais buté et répétitif, refusant l'alternance originaire des questions et réponses propres à l'intelligence de la dialectique. La plus célèbre des critiques reste néanmoins celle de Aristote dans le *Livre V* de *l'Éthique à Nicomaque* à travers l'utilisation de la notion *d'équité* comme correctif à la généralité des Lois, car il admet que la « *nature des choses* » l'empêche de tout prévoir[339]. Mais cette critique a survécu à la pression du temps puisque des auteurs plus contemporains, à l'instar de Saint Thomas d'Aquin dans la *Somme Théologique*[340], ont démontré combien les règles juridiques générales sont nécessairement inadaptées à leur application concrète. K. N. Llewellyn nous faisait même observer que la plupart des Lois touchent étonnamment peu de personnes[341]. Enfin, le juge strasbourgeois affirmait, il y a peu de temps encore, « *l'impossibilité d'arriver à une exactitude absolue dans la rédaction des lois* »[342].

57. Le paradoxe des règles juridiques. – À la suite de ces développements, force est de noter que la prescriptivité d'une règle juridique dans un cas donné dépend de sa plus ou moins grande ressemblance avec les circonstances de la cause, et donc de sa *complétude*. Il est certain que cette dernière facilite la concrétisation de la règle juridique. En effet, plus son contenu détaillera les circonstances spatio-temporelles dans lesquelles il pourrait être fait droit aux prétentions d'un individu, et plus il sera aisé pour le juge de trancher dans tel ou tel sens. Ainsi, nous découvrons que la complétude d'une règle juridique est le résultat d'une équation subtile mêlant *précision* et *concrétisation* de celle-ci. Assurément, l'extrême spécification de la règle de droit, en optant pour une rédaction dense et détaillée, serait la seule solution à la conclusion mécanique du litige et permettrait d'éviter les apories de l'incomplétude. Par là même, cela conduit à une "inflation juridique" puisque la multiplicité des cas devra être envisagée singulièrement par des règles juridiques afin de donner aux juges toutes les clés pour trancher n'importe quel litige. Nous notons donc que *l'abstraction* est l'ennemi de la *complétude* et de la *concrétisation* automatique de la règle dans une affaire. Or il ne fait nul doute que les règles juridiques, comme les Lois, se caractérisent par l'abstraction[343], la généralité[344] et l'impersonnalité, malgré leur rôle capital dans un procès – en effet, le législateur édicte des règles générales et abstraites pour statuer, *in fine*, sur des cas singuliers et concrets ; cependant, cette application de la volonté législative aux cas d'espèce semble exiger une activité d'intermédiation d'un interprète devant, pour ce faire, adopter un type de raisonnement différent de celui du législateur. Elles mènent à un appauvrissement de la réalité puisqu'elles sont le fruit d'une opération d'isolation de certaines caractéristiques d'un ensemble complexe. Et elles conduisent, par leur lettre et leurs termes très généraux, à une indétermination – notamment *sémantique* que nous reverrons par la suite. Effectivement, la Loi, notamment en France, ne concerne pas tel individu particulier, mais tous les justiciables se trouvant dans une situation générale donnée. La Loi est établie pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits[345]. Elle assure également l'égalité en ne permettant pas au législateur de faire des

[338] Platon, *Le Politique* (294b-c), , Garnier-Flammarion, Paris 1969, p. 227.
[339] *Voy.* A. Papaux, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsomption à l'abduction. L'exemple du droit international privé*, Bruxelles, Paris et Zurich, Bruylant-LGDJ-Schulthess Médias juridiques, 2003, p. 215.
[340] T. d'Aquin, *Somme théologique*, 4 t., éd. du Cerf, Paris, 1984-1986, Question 95, article 2 : L'origine de la loi humaine : « *Les principes généraux de la loi de nature ne peuvent pas s'appliquer à tous les cas d'une façon identique, à cause de la grande variété des affaires humaines. C'est de là que vient la diversité de la loi positive chez les peuples divers* ».
[341] K. N. Llewellyn, « A realistic jurisprudence – The next step », *Columbia Law Review*, vol. 30, n°4, avril 1930, pp. 431-465.
[342] CEDH, 25 mars 1985, *Barthold c. Allemagne*, n° 8734/79, § 47.
[343] *Voy*. G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t .1, 2e éd., n°78, p. 145 : « *Au point de vue du fond, la loi se définit comme une règle générale, et dès lors abstraite et permanente. Générale, parce qu'elle est destinée à régir non un cas particulier, mais une série de cas semblables qui se présenteront dans le temps. Abstraite, car par sa généralité même elle suppose une formulation fondée sur des situations typiques énoncées in abstracto. Permanente, en ce sens que la loi s'applique à tous les cas qui peuvent se succéder jusqu'à son abrogation* ».
[344] *Voy*. F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. "Précis", Paris, 7e édition, 2006, n° 246, p. 194.
[345] *Voy.* H. Mazeaud, *Cours de droit civil, Licence 1ère année (1954-1955)*, t.1, p. 35.

distinctions qui seraient établies sur des considérations religieuses ou politiques[346]. En d'autres termes, elle est une finitude « *par rapport à l'infinie extension virtuelle du champ du réel qu'il vise et régit, et invariant par rapport à une réalité en perpétuel mouvement* »[347]. Forcément, la généralité de ces règles produit des incertitudes, des lacunes qui doivent être complétées par le juge. Ce qui est incompatible avec l'idée du juge comme « *bouche de la Loi* ». Pourtant, des penseurs du Droit aussi antithétiques que Hans Kelsen ou Chaïm Perelman s'accordent sur l'idée que le juge a une faculté d'appréciation, qu'il n'est jamais une simple bouche[348]. Dans le même temps, il est certain que les règles n'ont pas non plus pour vocation d'appréhender l'infinité des cas possibles, cela relève de toute façon du domaine de l'impossible. Puis, cette ambition est d'ailleurs bien loin des représentations du rôle du Droit dans la société, en effet, ces dernières attestent de l'incomplétude ontologique des règles juridiques[349] et de leur caractère antinomique avec le syllogisme classique.

58. L'ontologie des règles juridiques. – Comme nous le disait un éminent artisan du droit français : « *l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application* »[350]. La Loi n'est qu'une grille de lecture, elle est avant tout, comme toutes les règles juridiques, un « *guide des conduites humaines* »[351], un étalon de mesure[352], qui admet naturellement des lacunes et une marge d'appréciation dans l'action. La racine latine du mot Droit – « *directum* » – nous informe de ce rôle joué par les règles de droit. Elles sont précisément « *(des) contenues de pensée finalisé(e)s, instrumentalisé(e)s, chargé(e)s de servir à diriger les conduites ; ces contenus de pensée fixent des marges de possibilité d'action en fonction des circonstances (…). Ces marges servent à encadrer la volonté de ceux auxquels elles sont adressées, à lui servir de support, d'étalon de mesure pour rester à l'intérieur de la droiture, de la rectitude, dans le tracé des lignes de conduite qu'elle arrête et qu'elle fait ensuite exécuter, dont elle déclenche le passage à l'acte* »[353]. Autrement dit, « *en prescrivant ce qui doit être, la règle constitue un "modèle", un "schème", qui permet de juger l'être par confrontation syllogistique, d'évaluer cet être, de lui donner une valeur* »[354]. Nous sommes alors avec les règles juridiques, non pas dans un rapport de conformité, mais dans un rapport de convenance, de correspondance qui est intimement lié à l'idée de généralité, de latitude. En effet, les règles juridiques exigent d'une conduite un rapport de convenance avec elles. « *Cette vocation instrumentale des règles est de donner la mesure de la possibilité d'avoir lieu de choses, de constituer un référentiel indicateur de marges ou degrés de possibilité ; les règles permettent par là d'étalonner les avoir lieu, les productions ou survenances de choses* »[355]. Il s'ensuit que la norme tiendrait lieu de compas ou de boussole[356]. Dès lors, en tant que modèle, elle se doit d'être générale afin de donner un semblant de direction dans des situations *idéaltypiques*. Elle donne une orientation[357] qui par nature est *générale* et *abstraite*. Elle n'entend d'ailleurs remplir qu'un rôle spécifique qui est essentiellement celui de *description* du contenu du Droit. Elle indique une préoccupation, une inspiration. Puis, de toute façon, en passant de l'outil physique à une proposition avec une signification de règle, le modèle devient plus abstrait. « *L'abstraction est constitutive du modèle, donc de la norme* » comme le résumait fort bien un auteur[358]. Qu'un élément concret soit pris comme terme de mesure, il deviendra nécessairement un abstract exemplaire, il embrassera une universalité. En définitive, il y aurait une véritable consubstantialité de règles juridiques avec *l'abstraction* et

[346] G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris 1955, n°125, p. 314.
[347] T. Ivainer, *L'interprétation des faits en droit*, LGDJ, Paris, t. 30, 1988, p. 19.
[348] H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, PUF, Paris, 1996, p. 5.
[349] H. L. A. Hart, *Le Concept de droit*, *op. cit*., p. 157 : « *la règle ne peut pas (…) aller jusqu'à énoncer ses propres cas d'application* ».
[350] J.-E.-M. Portalis, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil, présenté le 1er pluviose An IX par la Commission nommée par le Gouvernement consulaire », in *Jean-Étienne-Marie Portalis, Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, Aix-en-Provence, 1988, pp. 21-63, spéc. p. 26.
[351] P. Amselek, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », in *Fonction de juger*, revue *Droits*, n°10, 1989, p. 9.
[352] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit*., p. 25.
[353] P. Amselek, « La teneur indécise du droit », *op. cit.,* p. 1200 : « *Ces outils, dans le cas des règles de conduite, donnent la mesure - purement abstraite, intelligible - de la droiture ou rectitude des conduites humaines en délimitant, par la configuration même du contenu de pensée dont elles sont faites, une marge de possibilité ou latitude à l'intérieur de laquelle doit se tenir la ligne de conduite à suivre ou déjà effectivement suivie pour avoir valeur de ligne droite, régulière - à l'intérieur de laquelle elle doit se tenir, bien sûr, logiquement et non pas spatialement. Cette marge de possibilité est de degré 0 dans le cas des règles d'interdiction, qui défendent de faire telle chose dans telles circonstances; elle est de degré maximal, de degré 1 (ce qui correspond en même temps à un degré 0 d'impossibilité) dans le cas des règles d'obligation qui imposent de faire telle chose dans telles circonstances; et de degré intermédiaire dans le cas des règles de permission qui offrent, par définition même, aux intéressés la latitude de faire ou de ne pas faire ce qui est permis* ».
[354] P. Amselek, *Cheminements philosophiques*, *op. cit*., p. 61.
[355] *Ibid.,* p. 87.
[356] *Ibid*., p. 117.
[357] P. Ricoeur, *Du texte à l'action. Essai d'herméneutique II*, Cerf, Paris, 1986, p. 276 : la norme renvoie à « *l'idée de modèle-pour-agir, d'un programme meilleur ou préférable, d'une orientation qui donne sens* ».
[358] B. Mazabraud, *De la juridicité : Le droit à l'école de Ricoeur*, *op. cit*., p. 39.

l'incomplétude, imposant de revoir le rôle de la règle dans le procès et les modalités de réflexion du juge[359]. De plus, il est certain que l'imprécision qui en résulte permet de garantir l'effectivité de l'encadrement des conduites et de la protection des intérêts de chacun dans la majorité des cas connus.

59. L'amour français de l'abstraction. – De surcroît, cette généralité est inscrite dans l'ADN de la Loi française – mais aussi de la Déclaration de 1789 et des textes constitutionnels – qui a été fomentée par la Révolution ; elle est le produit de notre histoire constitutionnelle. En tant que norme fondamentale du système juridique postrévolutionnaire, elle se devait d'être générale et abstraite afin d'assurer la protection d'intérêts également généraux[360]. Les écrits de Jean-Jacques Rousseau nous permettent de comprendre le rôle qui lui est attribué. Il met en avant l'idée selon laquelle la Loi est fondamentalement abstraite en ce qu'elle émane de la volonté générale[361] – comme nous le rappelle l'article 6 de la Déclaration de 1789. Elle doit servir à l'accomplissement des plus grands intérêts de la Nation qui transcendent toutes les revendications individualistes. Cette abstraction participerait ici à la stabilisation de la matière juridique et à une certaine intelligibilité de celle-ci. Finalement, nous pouvons conclure que l'abstraction est un outil nécessaire et au fondement de la matière législative. Rappelons-nous, d'ailleurs, des mises en garde de Francis Bacon contre l'illusion de certitude que confère l'excès de précision : « *Il est temps de parler de cette obscurité des lois qui résulte de leur mauvaise expression. Le bavardage et la prolixité, qui sont passés en usage dans l'expression des lois, ne nous plaisent guère. Et loin que ce style diffus atteigne le but auquel il vise, au contraire, il lui tourne le dos ; car en prenant peine à spécifier et à exprimer chaque cas particulier en termes propres et convenables, on se flatte en vain de donner ainsi aux lois plus de certitude ; on ne fait au contraire par cela même qu'infanter une infinité de disputes de mots ; et, grâce à ce fracas de mots, une interprétation conforme à l'esprit de la loi, le meilleur et le plus sain de tous les guides, n'en marche que plus difficilement* »[362]. Il est certain que les règles dites « *claires* » n'échappent pas à l'interprétation. Leur application dans le cas concret ne donne simplement plus lieu à une controverse.

60. L'accentuation de l'incomplétude des règles modernes : un facteur supplémentaire d'incertitude. – Cependant, force est de constater que les caractéristiques des règles juridiques, surtout légales, modernes ne nous éloignent pas de ce constat. Au contraire, elles tendent à rendre absolue cette incomplétude, à entériner la perte de charge normative des règles juridiques[363]. « *Nombreux sont aujourd'hui les auteurs enclins à discerner sa déliquescence : un "désordre normatif", une "pathologie de la loi", une "crise de la loi", une "loi malade". Le Conseil d'État va jusqu'à discerner dans la complexité croissante des normes une menace pour l'État de droit* »[364]. De ce fait, la Loi irrite de plus en plus souvent le juge, car « *son information est, comme celle de tout citoyen, limitée, et il n'a pas toujours les informations dont dispose le législateur et qui expliquent parfois certaines lois* »[365]. Comme le disait A. Jacqmain : « *Le législateur dont une fonction principale est de satisfaire aux besoins de sécurité et de stabilité dans les rapports sociaux a, au contraire, favorisé une instabilité chronique, une méconnaissance de la règle, une imprévisibilité (...)* »[366]. En effet, dans notre société nous voyons de multiples phénomènes qui favorisent l'incomplétude, à commencer par le pouvoir politique qui, dans son activité législative ou réglementaire, procède davantage par « *délégation du juridique au judicaire* »[367]. Nous en avons des témoins avec l'adoption de textes normatifs au contenu flou, ouvert ou incertain – sémantiquement – et ne pouvant dès lors prendre sens qu'avec l'intervention du juge, ou encore avec la présence de législations ou de réglementations qui ne contiennent, pour ainsi dire, que des habilitations juridictionnelles à faire la loi au cas par cas. Assurément, par le recours à des *standards*[368] ou des *mots-valises*, le législateur délègue

[359] *Voy.* R. Errera, *Et ce sera justice : Le juge dans la Cité*, *op. cit.*, p. 36 : « *La loi et le droit peuvent différer. Le droit n'est pas l'addition des lois. Il peut arriver, dans certains cas, que le droit existe au-delà des lois et ait sa source dans l'ordre constitutionnel en tant que système général. Il incombe aux juridictions de trouver ce droit et d'en faire une réalité pour les décisions* ».

[360] J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, présentation par B. Bernardi, GF Flammarion, Paris, 2001, p. 73 : « *Quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière* ».

[361] *Ibid.*, pp. 64-65.

[362] F. Bacon, *De la dignité et de l'accroissement des sciences*, trad. M.-F. Riaux, Charpentier, Paris, Livre 8, aphorisme n° 66, 1843, p. 435.

[363] C. Pollmann, « Accumulation, accélération et individualisme juridique : Droit, société et politique dans l'emballement du monde », in J.-L. Autin et L. Weil (dir.), *Le droit figure du politique, Études offertes au professeur M. Miaille*, Université de Montpellier Montpellier, I, vol. I, 2009, pp. 425-426.

[364] A. Flückiger, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », Les *CCC* n° 21, janvier 2007, p. 1, disponible en ligne.

[365] I. Verougstraete, « Le juge, censeur de la Loi », in *Le rôle du juge dans la cité, Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Actes de colloque du 12 octobre 2001*, Bruxelles, Bruylant, p. 49.

[366] A. Jacqmain, « Crise du gouvernement de l'économie et pouvoir judiciaire », in *Le droit économique et financier en 1985*, Bruxelles, Bruylant 1986, p. 68.

[367] C. Panier, « Le juge et la société civile : quelques préliminaires pour un débat », in *Le rôle du juge dans la cité, Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Actes de colloque du 12 octobre 2001*, Bruylant, p. 135.

[368] S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, Paris, t. 135, 1980, 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 (...). Le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité (...)* ».

implicitement à l'autorité d'application le soin de trancher une situation selon une casuistique orientée par de grandes lignes directrices. « *Le déplacement vers les juges du "pôle normatif" n'est guère douteux et trouve incontestablement dans l'inflation législative au sens large (...) un coefficient multiplicateur non négligeable* »[369], notait un auteur. De plus, il y a une « *boulimie législative* »[370]. Notre société « *a perdu le sens des règles, le sens du droit. Les principes essentiels se dissolvent dans les réglementations pointillistes ; les finalités poursuivies par les lois se brouillent ou se contredisent. En cela, la multiplication des règles, loin d'aboutir à une plénitude du système juridique, le vide de sa signification, le rend dramatiquement lacunaire* »[371]. Il lui appartient, dans le dédale des textes, de rechercher le fil conducteur et de donner sens, rationalité et cohérence aux dispositions légales. Finalement, il y a un véritable effacement du législateur, se rendant compte qu'il ne peut plus réglementer adéquatement un nombre sans cesse plus important de matières, le législateur transfère ses pouvoirs au juge. Il se borne, dès lors, à fixer, quelques règles générales en laissant aux magistrats le soin d'en assurer l'application concrète dans chaque cas d'espèce. Elle n'est plus contraignante que par le but à atteindre, en fonction duquel le législateur arrêtera les dispositions qui lui paraîtront convenables à la défense des intérêts dont il a la charge. Ce mouvement législatif, qui n'entend plus fixer qu'un cadre permissif par le biais de normes floues dans le ressort duquel le juge peut se mouvoir presque librement, est en constante accélération.

61. Les résultats de la démocratie dite accélérée. – Quelques éléments de réponse proviennent de l'accélération du travail politique et juridique. Cette dernière est le totem d'une mutation de la démocratie où la dimension délibérative[372], pourtant fondamentale à celle-ci, est laissée au second plan. Il est indéniable que la démocratie est un processus chronophage : la formation de la volonté et la prise de décisions démocratiques nécessitent l'identification et l'organisation de tous les groupes concernés, la formulation de programmes et d'arguments, la formation de volontés collectives et, enfin, la recherche collective des meilleurs arguments. Dans un monde postmoderne marqué par le plurijuridisme[373], le communautarisme[374], le multiculturalisme[375], le relativisme culturel[376], la multiplication des revendications, la complexité[377], de plus en plus de gens et de groupes sont concernés, de moins en moins de choses peuvent être considérées comme acquises, et de plus en plus de points de vue et besoins divers doivent être pris en compte. Nonobstant, la spirale « *d'accélération sociale* » qui caractérise « *la modernité tardive* » selon Hartmut Rosa[378] conduit à de nombreuses apories même sur le terrain politico-juridique. Les ressources temporelles disponibles pour les *jurisdiseurs* diminuent, de plus en plus de décisions doivent être prises dans des laps de temps de plus en plus courts. Il en résulte une véritable modification du paysage démocratique ayant un fort impact sur le terrain juridique : désormais, les acteurs politiques sont élus pour leur image, ils développent de multiples règles juridiques construites et parfois déconstruites à une vitesse désarmante[379]. Une instabilité est tangible ainsi qu'une multiplication des sources normatives et la multiplication des interventions extérieures au législatif afin de donner une réponse rapide aux phénomènes contemporains. L'abstraction des règles, dans cette dynamique, apparaît alors comme un compromis satisfaisant. Elle assure une certaine stabilité tout en permettant une certaine adaptabilité du Droit aux exigences du temps. *In fine*, ce nouveau visage de la démocratie conduit à renforcer les traits caractéristiques des règles juridiques dans une mesure tout à fait différente à ce qui était connu jusqu'à présent. Il rénove leur utilisation et surtout leur rôle dans un litige.

---

[369] *Ibid*., p. 135 ; J. Van Compernolle, « Conclusion : Le rôle du juge dans la Cité : vers un gouvernement des juges ? », *op. cit.,* p. 155.
[370] J. Viguier, *La République doit-elle vraiment « guillotiner » ses juges ?,* Privat, Toulouse, 2014, pp. 65-66 : « *Dans les temps lointains, bibliques, les sociétés connaissaient un faible nombre de règles, toutes directement liées à des principes moraux et sociaux de survie du groupe. À l'inverse, dans nos vieilles démocratiques, en raison de l'ancienneté des bases sociales, morales et juridiques, le développement parfois anarchique et contradictoire des textes a entraîner une complexification extrême du système juridique (...)* ».
[371] H. Haenel et M.-A. Frison-Roche, *Le juge et le politique*, PUF, Paris, 1998, pp. 30-31.
[372] J. Habermas, « Drei normative Modelle der Demokratie. Zum Begriff der deliberativer Politik », in *Herfried Münkler (dir.), Die Chancen der Freiheit. Grundprobleme der Demokratie*, Piper, Munich, 1992, pp. 11-24.
[373] J.-L. Bergel (dir.), *Le plurijuridisme*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2005, 368 p. Il propose ce terme pour décrire un pluralisme qui « *ne se réduit pas au pluralisme des sources du droit. (Le plurijuridisme) s'attache plus précisément au pluralisme des systèmes juridiques, voire au pluralisme des ordres juridiques, susceptibles de coexister en un même lieu et en même temps* ».
[374] M. Maffesoli, « *Le temps des tribus, le déclin de l'individualisme dans les sociétés de masse* », Paris, La Table Ronde, 2000. L'individu trouve son identité grâce à son appartenance communautaire, ils choisissent leurs communautés pour mieux se singulariser, s'identifier. Dans un contexte de mondialisation où certains repères s'estompent, l'individu trouve son intérêt à s'insérer volontairement dans des communautés. Le communautarisme est souvent perçu comme une réaction à la mondialisation qui ébranle les repères, les valeurs, les symboles des sociétés. Paradoxalement, ce phénomène mondial fragmente le monde en communautés, qui, semblant menacées par des mutations rapides et brutales se cantonnent dans des identités particulières concurrentes les unes aux autres.
[375] A. Renaut, « Débattre du pluralisme culturel en France », *Le Débat*, 2015, n° 186, pp. 153-158.
[376] A. Finkielkraut, *La défaite de la pensée*, Gallimard, coll. "Blanche", Paris, 1987, pp. 115-122.
[377] E. Morin, « Penser la complexité » *Sciences humaines*, n°47, février 1995 ; D. De Béchillon (dir.), *Les défis de la complexité. Vers un nouveau paradigme de la connaissance ? Autour de Edgar Morin, Georges Balandier*, L'Harmattan, Paris, 1994, 214 p.
[378] H. Rosa, *Accélération. Une critique sociale du temps*, La Découverte, coll. "Théorie critique", Paris, 2010, pp. 90-130.
[379] H. Rosa, *Aliénation et accélération : Vers une théorie critique de la modernité tardive*, éd. La Découverte, Paris, 2014, p. 103.

62. Au bout du compte, si « *les règles tiennent sans doute, en droit, une place importance (…) ; la règle n'est qu'un véhicule, le moyen de se mettre en chemin, de laisser le droit venir à nous ; elle ne saurait être le but ou le bout du voyage. Elle aide à préparer l'itinéraire (…) (puis) la généralité qui les caractérise et qui est indispensable à la description du droit est incompatible avec la détermination du droit* »[380]. L'essence même des règles juridiques, et plus précisément législatives, conduit à enraciner l'abstraction, l'incomplétude et l'indétermination dans le paysage juridique ; *a fortiori* dans notre contexte. Il semble difficile de tenir un discours différent – surtout vis-à-vis du rôle du juge dans le Droit – et d'utiliser un mode de raisonnement ayant pour simple et unique postulat de départ la prescriptivité absolue de la règle législative pour le cas ainsi que l'absence d'intérêt pour les faits de l'espèce. Loin de nous l'idée de critiquer ces résultats, nous entendons simplement reconsidérer les éléments qui sont à l'origine du contrôle étudié et démontrer une chose qui n'est pas toujours évidente pour certains auteurs. Néanmoins, l'abstraction et l'incomplétude de la réglementation juridique ne sont pas les seuls facteurs qui postulent pour l'indécision de la règle juridique, l'absence de son caractère contraignant et l'indispensable travail interprétatif, *in concreto*, du juge. L'argument principal est bien évidemment celui de la nature *linguistique* – car « *tout mot est (aussi) une abstraction* »[381] – et *textuelle* des celles-ci. Précisément, cette nature est un véritable facteur d'équivocités qui conduit à dénigrer un raisonnement qui ne serait pas fondé sur le contexte du cas à trancher.

B) La périlleuse dimension linguistique et textuelle des règles juridiques

63. La règle juridique et la langue : l'« *histoire d'une intimité renforcée* »[382] au service d'une indétermination sémantique. – Le Droit est pour l'essentiel contenu, exprimé et mis en œuvre par des mots, ou pour être plus précis par des actes de langage. « *En droit, les mots "font" tout ou presque* », rappelait un auteur[383]. Cela se comprend, car la matière juridique est essentiellement une activité de communication qui a besoin, pour atteindre son but, de s'appuyer sur des signes – l'étymologie même du mot Loi renvoie à cette idée. Il est sûr que la norme est essentiellement un message, avec ses émetteurs et ses destinataires qui doivent lui accorder un sens identique. À cet égard, elle a développé son propre langage, elle utilise « *des moyens linguistiques* »[384], des termes et des énoncés qui la structurent ou, du moins, la servent[385]. Effectivement, le Droit donne aux mots du langage courant des sens qui lui sont propres ou en forge de nouveaux, inconnus hors du domaine juridique ; et, lorsqu'il ne recourt qu'à des termes issus du langage courant, il les agence souvent de manière originale. En somme, le Droit – plus précisément le discours du Droit[386] – entretient des connivences avec le Langage, il est parfaitement réductible à un ensemble d'entités linguistiques, à un acte linguistique[387]. Ce qui n'est pas anodin puisque cette dimension le fait tomber dans les travers classiques du langage, surtout lorsqu'il est appréhendé en lui-même, c'est-à-dire : *l'indécision et les conflits d'interprétations*[388]. En effet, la réception d'un message[389] est toujours ouverte à une multiplicité de lectures de par la diversité des expressions et des combinaisons qu'il propose. La pluralité des significations, l'hétérogénéité et la variabilité du langage sont des données fondamentales sur lesquelles insistent depuis de nombreuses années différents chercheurs[390]. Finalement, une certaine *indétermination* est induite par l'ontologie du langage et interdit, d'une certaine façon, l'univocité absolue des règles de droit de référence. Toute lecture littérale, toute signification *sémantique*, c'est-à-dire la signification d'un énoncé découlant de la seule signification de ses composantes littérales explicites – les mots –, est toujours vectrice d'équivocité. En définitive, « *le langage nous autorise*

[380] C. Atias, « Savoirs et pouvoirs juridiques : des ombres portées », in *RRJ* 2001-1, p. 69.
[381] J. Picoche, *Précis de lexicologie française*, Nathan, coll. "Nathan-Université", Paris, 1992, p. 32.
[382] F. Viangalli, « La norme juridique et la langue : histoire d'une intimité renforcée », *Revue Sens Public*, Dossier "Langues & Normes", 2 mars 2015, disponible en ligne.
[383] C. Grzegorczyk, « L'impact de la théorie des actes de langage dans le monde juridique : essai de bilan », in P. Amselek (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, Paris, 1986, pp. 165-194, spéc. p. 186.
[384] G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. "Domat droit privé", Paris, 1990, p. 24.
[385] *Voy*. P. Lerat et J.-L. Sourioux, *Le français juridique comme langue spécialisée*, Bruylant, Bruxelles, 1995.
[386] R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Paris, 2013, pp. 139-141 : « *Le droit apparaît comme un ensemble d'énoncés par lesquels une collectivité décline les éléments qui lui paraissent comme essentiels* ». C'est un « *discours de la collectivité sur elle-même* », un « *discours officiel* » par lequel une société « *se présente telle qu'elle voudrait être* », un « *miroir où la société se contemple* ».
[387] G. Cornu, *Linguistique juridique*, *op. cit.,* p. 211 : « *(…) par opposition au vocabulaire juridique, l'autre versant du langage du droit : c'est le langage du droit en action ou, plus exactement, le langage en action dans le droit. Le discours juridique est la mise en oeuvre de la langue, par la parole, au service du droit. (…) Le discours juridique est, tout à la fois, un acte linguistique et un acte juridique* ».
[388] F. Rastier, *Arts et sciences du texte*, PUF, Paris, 2001, p. 106 : « *Comme les autres signes, les signes linguistiques sont le support de l'interprétation, non son objet, et l'identification des signes comme tels résulte de parcours interprétatifs* ».
[389] Qu'importe ce message, une œuvre cinématographique est aussi soumise à ces mêmes considérations : L. Jullier, *Qu'est-ce qu'un bon film ?*, éd. La Dispute, Paris, 2002, 151 p.
[390] A. Janvier et J. Pieron, « "Postulats de la linguistique" et politique de la langue — Benveniste, Ducrot, Labov », *Dissensus, Revue de philosophie politique de l'ULg*, n°3 – Février 2010, pp. 138 et s.

des jeux de cache-cache infini avec nous-mêmes et avec les autres »[391], et cela pour différentes raisons explicitées par des auteurs.

64. La relativité inhérente au langage : les enseignements du paradigme sémiologique de Saussure. – Nous pourrions recentrer notre étude sur les réflexions de F. De Saussure dans son *Cours de linguistique générale*[392]. En effet, dans celui-ci, il nous démontrait que la langue est un système de signes qui n'ont qu'une valeur *relative*, c'est-à-dire un mot – au sens général du terme – ne valant que par le réseau de relations qui le situent par rapport aux autres. Mais il notait, surtout, que chaque mot se décompose en deux éléments constitutifs : le *signifié* – ce que la personne est à même de se représenter lorsqu'à travers ses capacités sensorielles elle perçoit le contenu du signifiant, c'est-à-dire la représentation "psychique" d'une chose – et le *signifiant* – ce que la personne entend ou voit. Et cette représentation est loin d'être identique pour tous, en réalité, elle est propre à tous les individus parce qu'elle dépend des circonstances spécifiques de l'apprentissage de la signification à laquelle renvoie le *signifié*. L'énoncé d'un mot particulier engendrera une représentation mentale fort différente suivant qu'il sera vu ou entendu par des personnes au destin particulier. Effectivement, les signes sont des contenants de la réalité que chaque individu comprend et interprète suivant son propre vécu. Il n'y a donc pas deux individus au monde qui se forment une même image mentale d'un même concept. Il faut donc être conscient que la signification d'un discours composé de signes linguistiques, et par conséquent d'une règle légale, est avant tout fonction des représentations mentales propres à un individu qu'il aura préalablement acquises au travers de son expérience personnelle. Ces représentations mentales seront immanquablement projetées sur le *signifié* de la règle pour l'inciter à porter un jugement dans un certain sens. Tout ceci induit une diversité d'interprétations d'une même règle juridique en raison d'une certaine structure des signes linguistiques et de leur lien avec la psychologie des individus.

65. La dimension polysémique du langage : les enseignements de la linguistique générale. – Mais nous admettrons que cette difficulté est plus ou moins liée à un constat général – que nous soyons au niveau de la sémiologie linguistique de Saussure ou de la sémantique structurale de Greimas, les auteurs aboutissent à la même – et propre aux signes linguistiques appréhendés en eux-mêmes, c'est-à-dire qu'« *il est d'innombrables et diverses sortes d'utilisation de tout ce que nous nommons "signes", "mots", "phrases". Et cette diversité, cette multiplicité n'est rien de stable ni de donné une fois pour toutes ; mais de nouveaux types de langage, de nouveaux jeux de langage naissent, pourrions-nous dire, tandis que d'autres vieillissent et tombent en oubli* »[393]. Il y a véritablement un problème dans le langage, celui du *sens multiple*, comme nous en informe P. Ricœur après une étude des différents niveaux d'analyses disponibles[394]. Le langage conduit indubitablement à une multitude de significations différentes, voire parfois antinomiques, lorsque nous interprétons. En effet, « *tous les mots du langage ordinaire ont (en eux-mêmes) plus d'une signification* »[395], d'autant plus qu'il y a une « *intention cumulative des mots* »[396], c'est-à-dire un processus d'expansion continue qui va jusqu'à la surcharge de sens. Les différentes unités du langage apparaissent souvent comme nimbées de mystère au lieu d'être éclairantes, et prises en elles-mêmes, elles ne sont que source d'équivocité – *a fortiori* le langage juridique[397]. « *Plus en effet nous nous éloignons du plan de manifestation pour nous enfoncer dans l'épaisseur du langage en direction d'unités sublexicales, plus nous réalisons la clôture du langage ; les unités que nous révélons par l'analyse ne signifient rien ; ce sont de simples possibilités combinatoires ; elles ne disent rien : elles se bornent à conjoindre et à disjoindre* »[398]. En somme, lorsque nous sommes face à un énoncé normatif, se dresse alors une infinité de combinaisons possibles et insécables – ce que certains appellent « *l'illimité du langage* »[399] – qui ne seront tranchées qu'après une compréhension relativement encadrée par notre *horizon d'attente* comme le dirait Gadamer ou Jauss. Autrement dit encore, lorsque nous passons à l'interprétation, le mot

[391] F. Affergan, *La pluralité des mondes. Vers une autre anthropologie*, Paris, Albin Michel, 1997, p. 84.
[392] F. De Saussure, *Cours de linguistique générale*, Payot, Paris, 1975, pp. 175-176.
[393] L. Wittgenstein, *Investigations philosophiques*, Gallimard, coll. "bibliothèque des Idées", Paris, 1961, pp. 124-125.
[394] P. Ricoeur, *Le conflit des interprétations,* Seuil, Paris, 2013, p. 101 : « *Par là je désigne un certain effet de sens, selon lequel une expression, de dimensions variables, en signifiant une chose, signifie en même temps une autre chose, sans cesser de signifier la première* ».
[395] *Ibid.*, p. 117.
[396] *Ibid*., p. 108.
[397] G. Cornu, « Linguistique juridique », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. "Quadrige-dicos poche", Paris, 2003, p. 954 : « *la polysémie est une marque essentielle du vocabulaire juridique. (…) En droit aussi, le nombre des signifiés est infiniment plus élevé que celui des signifiants, les notions juridiques beaucoup plus nombreuses que les mots pour les nommer (…) la pluralité des sens est potentielle (in intellectu)* ».
[398] P. Ricoeur, *Le conflit des interprétations, op. cit.,* p. 143.
[399] F. Marty, « La question de Pilate à Jésus : Qu'est-ce que la vérité ? », in F. Jacques (dir.), *La vérité une et plurielle. La vérité en question. La question de la vérité, Actes des journées de l'Association des philosophes chrétiens*, éd. Lethielleux, Paris, 2010, pp. 90-93.

apparaît toujours comme une unité éclatée et divisée dont la compréhension est toujours problématique, puisqu'elle est conditionnée par les autres mots avec lesquels celui-ci s'assemble pour former des énoncés particuliers qui sont finalement tout aussi polysémiques[400].

66. En fin de compte, la polysémie est une propriété constitutive et universelle de la langue, elle est consubstantielle au langage[401]. Que nous soyons au niveau des unités *lexicales*, unités *grammaticales* ou des constructions *syntaxiques*, les problèmes du sens sont toujours prégnants, certes, à des degrés différents – sûrement en raison de la réflexivité constante entre les différentes unités linguistiques. Par exemple, il est vrai qu'au plan sémantique, les unités *lexicales* – les noms, verbes, adjectifs, adverbes, les prépositions, déterminants, conjonctions, affixes, marques de temps, etc. – se caractérisent par leur plus grande capacité dénotative autonome et par leur possibilité de recouvrir une pluralité de sens[402]. Tandis que les unités *grammaticales* – le singulier, le pluriel, etc. sont des types d'unité grammaticale qui s'appliquent à la plupart des noms – semblent jouer un rôle plus fonctionnel, sans pour autant être capables d'évoquer à elles seules un élément spécifique d'une scène. Mais en réalité, il n'y a pas de coupure nette entre les unités *lexicales* et *grammaticales*, même si certaines méthodes semblent mieux appropriées au traitement des unes ou des autres. Ce qui conduit certainement à affirmer que ces dernières sont aussi polysémiques[403]. En somme, le phénomène de *l'ambiguïté* est propre au système de la langue[404]. Néanmoins, il convient de noter que le langage juridique porte cette propriété de la langue à un degré supérieur. Parce que la majorité des termes juridiques peuvent apparaître sous la même forme et avec des sens non juridiques dans des contextes divers[405]. Il faut rajouter à ces considérations tous les concepts ambigus et insolubles – façonnés le plus souvent par la doctrine – qui rajoutent de l'indétermination et qui mettent les acteurs juridiques face à des choix de signification qui ne sont pas toujours les mêmes. La polysémie du vocabulaire juridique est une réalité qui soulève de multiples difficultés quand il s'agit d'interpréter des textes juridiques et de les traduire[406]. Et même si la règle juridique tend à l'univocité de ses significations afin d'assurer une certaine prévisibilité et justification aux conduites de ses destinataires, elle est toutefois toujours sujette à l'équivocité, en raison d'une marge d'indétermination – *sémantique* – inhérente au langage. Le juge ne peut donc déduire automatiquement de la seule lettre de la norme de référence, le comportement à suivre de façon générale et universelle. Ce problème se reposera indéfiniment dès lors que les indices d'établissement de la signification n'auront pas été explicités ni véritablement déterminés. Il faut donc mettre en évidence l'« *incomplétude du locutoire* »[407]. La signification d'une phrase déborde le sens résultant de la combinaison des mots qui la constituent.

67. La synthèse du professeur Paul Amselek. – C'est ce que tend à nous démontrer le professeur Paul Amselek. Son approche phénoménologique du Droit[408] – sur laquelle nous n'apporterons aucune étude particulière – vient en partie corroborer cette présentation en démontrant le caractère nécessairement linguistique des règles juridiques, ses conséquences et la spécificité de l'interprétation en Droit. En effet, il a noté la « *la non-objectivité* »[409] ontologique des règles juridiques, c'est-à-dire qu'il s'agit de contenus de pensée, de choses purement intelligibles que les individus se représentent dans leur esprit, mais et qui n'ont de réalité qu'à l'intérieur de celui-ci. La norme serait donc un outil mental, une *res* de texture idéelle. Leur utilisation détermine certes nos comportements extérieurs, pour autant les règles elles-mêmes n'appartiennent pas au monde extérieur – le *Monde 1*[410]. Elles relèveraient de ce que Karl Popper appelle *Le Monde 3*[411], donc « *le monde des contenus objectifs de pensée* »[412] et qui postule pour la prééminence de

[400] *Voy*. M. Fruyt, « Nature et limites de la polysémie », in O. Soutet (dir.), *La polysémie*, Presses de l'Université Paris-Sorbonne, Paris, 2005, pp. 23-34, spéc. pp. 33-34.
[401] *Voy*. M.-C. Casper, « Du "double sens" à l'équivoque : l'inconscient sur les chemins de la langue », in *Cliniques méditerranéennes*, 2003, n° 68, p. 124 : « *La langue est éminemment polysémique* ».
[402] *Voy*. G. Jacquet, F. Venant et B. Victorri, « Polysémie lexicale », in P. Enjalbert (dir.), *Sémantique et traitement automatique du langage naturel*, Hermès, Paris, 2005, pp. 99-132.
[403] *Voy*. F. Cusin-Berche, « Le lexique en mouvement : création lexicale et production sémantique », *Langages*, vol. 136, 1999, pp. 5-26, spéc. p. 17.
[404] Selon R. Jakobson, « *l'ambiguïté est une propriété intrinsèque, inaliénable, de toute message centré sur lui-même, bref c'est un corollaire obligé de la poésie* », cité par M. Aquien et G Molinie, *Dictionnaire de rhétorique et de poétique*, Le livre de Poche, Paris, 1996, p. 450.
[405] *Voy*. M. Preda, « La polysémie des termes juridictionnels », *Studii şi cercetări de onomastică şi lexicologie*, V/1–2, 2012, pp. 193–203, disponible en ligne.
[406] *Voy*. J.-C. Gémar, « Traduire le droit ou le double langage de Thémis », *Hermès, La Revue*, 2007, n°49, pp. 149-155, spéc. p. 150.
[407] P. Amselek, « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *Revue de métaphysique et de morale*, 1990, n° 3, p. 388.
[408] P. Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit. Essai de phénoménologie juridique*, thèse de Droit, 1962, publiée sous le titre *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, Paris, 1964.
[409] P. Amselek, *Cheminements philosophiques*, Armand Colin, Paris, 2012 et « La teneur indécise du droit », *RDP*, 5, pp. 1202-1207, spéc. p. 1203 : « *je veux dire par là que cette réglementation ne nous fait pas face objectivement ; elle n'est présente qu'en nous-mêmes, et elle n'est présente en chacun de nous qu'au terme d'un processus intérieur de reconstitution, de décodage et d'analyse par notre esprit à partir des signes émis par le législateur* ».
[410] K. R. Popper, *L'univers irrésolu, plaidoyer pour l'indéterminisme*, Hermann, Paris 1984, p. 94 : « *Par "Monde 1", j'entends ce qui, d'habitude, est appelé le monde de la physique, des pierres, des arbres et des champs physiques des forces. J'entends également y inclure les mondes de la chimie et de la biologie* ».
[411] *Ibid*., p. 94 : « *Par "Monde 3", j'entends le monde des productions de l'esprit humain. Quoique j'y inclue les œuvres d'art ainsi que les valeurs éthiques et les institutions sociales (et donc, autant dire les sociétés), je me limiterai en grande partie au monde des bibliothèques scientifiques, des livres, des problèmes scientifiques et des théories, y compris les fausses* ».

l'individu dans le rôle de signification de la règle. Pour lui, ce serait une erreur de penser que le jurisdiseur adresse directement des commandements, par ses actes, à ceux auxquels il s'adresse. Il est tout bonnement impossible pour « *le législateur (...) (de communiquer) directement les contenus de pensée formant les règles juridiques qu'il a à l'esprit ; il les édicte, il émet des paroles, de la jurisdictio, du dire de droit, du dire porteur de règles de droit* »[413]. La communication avec autrui des choses de l'esprit doit donc être médiatisée, se faire par des signes sensibles susceptibles d'être perçus par lui. Ainsi, il insiste sur la dimension linguistique des normes[414]. Comme il le dit lui-même : « *pour qu'il y ait une norme, il faut qu'il y ait des "signes" par quoi "apparaisse" une norme (...). Une norme ou règle, c'est une proposition syntactique porteuse de signification en tant qu'elle est envisagée dans sa fonction de constitution de modèle* »[415]. Or, la norme, comme *res idéelle*, si elle n'est que véhiculée par la proposition, est néanmoins reconstruite par l'interprète. À partir de ces signes, qu'il capte, autrui va se livrer à une de *reconstruction* consistant à sauter du *signifiant* au *signifié*, c'est-à-dire qu'il va reconstituer dans son esprit le contenu de pensée qui lui a été indirectement communiqué au moyen de signes. Cette médiateté des communications de pensée, se basant sur des signes linguistiques, conduit nécessairement à des malentendus sur le sens à donner – en raison du *sens multiple* – et à faire de l'interprète l'artisan particulier de la chose du texte, c'est-à-dire de la norme[416]. *A fortiori*, la dimension essentiellement *pratique* des règles juridiques disqualifie toute opération d'application mécanique du texte au cas. Et la structure linguistique de l'énoncé normatif ne suffit pas à prévenir les mauvaises interprétations. L'interprète-pratique ne peut pas se borner à restituer le sens littéral de la règle[417]. En définitive, les développements de P. Amselek démontrent d'une certaine façon tous les enjeux qui gravitent autour de la nature particulière des règles juridiques, elles ne peuvent donner des normes en elles-mêmes, des orientations précises – affirmons par là que la règle donne des orientations fondamentalement générales et inopérantes –, rien que par les signes linguistiques. Elles doivent être interprétées, appréhendées par l'individu dans un contexte spécifique, mais surtout être décortiquée dans un cas précis par un juge pour lui donner un sens efficace. Comme il le résume fort bien : « *contrairement à nos façons courantes de parler, les codes juridiques qui peuplent nos bibliothèques ne sont pas des recueils de normes juridiques, mais des recueils de convoyeurs ou transbordeurs de normes (...). Les normes ne sont ni les signes scripturaux perceptibles ni le texte révélé par le premier déchiffrement qu'est la lecture ; elles sont le sens du texte, la pensée codée en lui et dégagée par un second déchiffrement, correspondant à la compréhension du texte, à la saisie de ce qu'il veut signifier à notre esprit* »[418]. S'inspirant de Paul Ricœur, selon lequel « *le sens d'un texte n'est pas derrière lui, mais devant lui* », il souligne que le Droit, en tant qu'œuvre de langage, fait l'objet d'un processus de déconstruction et de reconstruction chez ses récepteurs et que son sens n'est pas maîtrisé par son émetteur. C'est ainsi une autre des caractéristiques fréquemment attribuées au Droit, son hétéronomie, qui est remise en cause.

68. L'importance du contexte dans l'opération de compréhension et d'interprétation d'une règle juridique. – En fin de compte et eu égard à ces développements, c'est à un autre niveau que se trouvent les réponses à notre problème. N'importe quel type de discours ne peut être tenu pour une totalité refermable sur lui-même, il doit être appréhendé à la fois par ce que M. Pêcheux appelle *l'interdiscours* – c'est-à-dire l'ensemble des discours présents dans la mémoire des locuteurs et des récepteurs [419]– et par des référents extralangagiers[420]. En d'autres mots, c'est sur le plan de la *pragmatique*, comme le disent les philosophes du langage, plus que sur le plan de la *sémantique*, que tout se joue, que le sens devient fixe et univoque grâce à des cribles contextuels[421]. En somme, les mots – au sens général – ne prennent véritablement leur

[412] K. R. Popper, *La connaissance objective*, Flammarion, Paris, 1998, pp. 181-182.
[413] P. Amselek, « La teneur indécise du droit », *op. cit*., p. 1202.
[414] P. Amselek, « Les fonctions normatives ou catégories modales », *Philosophiques*, vol. 33, n°2, 2006, pp. 391-418, spéc. p. 395.
[415] P. Asmelek, *Cheminements philosophiques*, *op. cit*., p. 117.
[416] *Ibid*., p. 69.
[417] P. Amselek, « La teneur indécise du droit », *op. cit*., p. 1205 : « *Précisément, pour les besoins de la pratique d'une règle, il faut explorer de manière approfondie les arrière-plans du segment de pensée dont elle est faite: il est indispensable de déterminer toute la portée de cette règle, tout ce qu'elle porte en elle, toute sa "charge", tout son champ potentiel, par-delà sa configuration de façade : il est indispensable d'en faire l' "exégèse", c'est-à-dire, selon l'étymologie même du terme, d'en faire sortir tout ce qu'elle recèle en elle* ».
[418] P. Amselek, « Comment je vois le monde », *communication présentée au séminaire international organisé les 13 et 14 octobre 2016 à Milan par l'Università Statale di Milano et l'Università di Milano-Bicocca sur le thème "Qu'est-ce qu'une règle ? Perspectives ontologiques et pragmatiques",* disponible sur le site de P. Amselek, pp. 7-8.
[419] M. Pêcheux, « Analyse sémantique du discours », in D. Maldidier (dir.), M. *Pêcheux, L'inquiétude du discours* éd. Des Cendres, Paris, 1990, pp. 115 : « *il est impossible d'analyser un discours comme un texte, c'est-à-dire comme une séquence linguistique fermée sur elle-même, mais qu'il est nécessaire de le référer à l'ensemble des discours possibles à partir d'un état défini des conditions de production (...)* ».
[420] A. Rey, "*Révolution". Histoire d'un mot*, Gallimard, Paris, 1989.
[421] *Voy*. A. Marmor, « The Pragmatics of Legal Language », *Ratio Juris*, Volume 21, Issue 4, December 2008, pp. 423-452, spéc. p. 423 : « *It has long been noticed by linguists and philosophers of language, however, that the content of linguistic communication is not always fully determined by the meaning of the words and sentences uttered. Semantics and syntax are essential vehicles for conveying communicative content, but the content conveyed is very often pragmatically enriched by other factors. Recent literature on these issues makes it increasingly evident that the pragmatic determinants of communicated content are ubiquitous, and often play an essential role in determining what has been successfully communicated* ».

signification que dans l'usage effectif de ce que Wittgenstein appelle « *un jeu de langage* » particulier – en lien avec différentes « *formes de vie* » –, autant que les règles de droit ne prennent elles aussi leur signification que dans l'usage effectif de ce jeu de langage particulier qu'est la décision juridictionnelle. En effet, selon lui, « *l'interprétation et l'application des mots s'écoulent comme un fleuve, la signification des mots ne se faisant que dans les flots* »[422]. Finalement, les éléments du langage n'ont leur raison d'être que dans le tout qui les entoure, et que seul l'interprète permet de faire ressortir. L'ouverture du langage apparaît donc comme une nécessité, une dialectique doit être instaurée entre le signe et son emploi[423], en ce que seul le contexte permet l'univocité[424]. Effectivement, « *lorsque je parle, je réalise seulement une partie du potentiel signifié ; le reste est oblitéré par la signification totale de la phrase, qui s'opère comme unité de parole. Mais le reste des virtualités sémantiques n'est pas annulé, il flotte autour des mots, comme une possibilité non complètement abolie ; le contexte joue donc le rôle de filtre ; lorsqu'une seule dimension du sens passe par un jeu d'affinités et de renforcements entre les dimensions analogues des autres termes lexicaux, un effet de sens est créé, qui peut atteindre à l'univocité parfaite, comme dans les langues techniques ; c'est ainsi que nous faisons des phrases univoques avec des mots multivoques grâce à cette action de tri ou de crible du contexte (...)* »[425]. Il y a une virtualité au niveau de la sémantique *lexicale* et *structurale* que la contextualisation, induite principalement par la manifestation, permet d'éviter[426]. Comme le résume bien un auteur, « *tous nos mots étant polysémiques à quelque degré, l'univocité ou la plurivocité de notre discours ne sont pas l'œuvre des mots, mais des contextes (...). C'est la tâche du contexte d'occulter la richesse sémantique des motifs, de la réduire (...)* »[427].

69. La décontextualisation inhérente à la dimension textuelle du Droit : un élément au service de l'indétermination pragmatique. – Or, la textualité des règles juridiques implique une *décontextualisation*. Ce constat a étudié par de nombreux autres auteurs comme O. Cayla[428], qui réinvestit la théorie des actes de langage particulièrement apprêtée à ces considérations[429], ou encore Herbert Hart en parlant de la « *texture ouverte* »[430] des règles de droit, mais le principal auteur sur la question reste Paul Ricœur. Selon celui-ci, le texte est appréhendé comme tout discours fixé par *l'écriture*[431] et induit certains problèmes en termes de signification. En effet, « *écrire c'est renoncer à prendre la parole (...) renoncer à procéder soi-même à l'énonciation de l'énoncé* »[432]. L'énoncé d'un texte écrit est paradoxalement un *non-énoncé*, puisque par principe il n'a pas été énoncé. Il fait perdre la *signification pragmatique* de l'acte d'énonciation, qui permet d'éviter des écueils de sens. « *À la faveur de l'écriture, le discours s'affranchit de la tutelle de l'intention du lecteur, des circonstances de la production du discours, et de l'orientation vers le destinataire primitif* », nous disait-il[433]. Cette triple distanciation ouvrira à l'interprétation un champ considérable, il conduit à une plurivocité, c'est-à-dire une pluralité d'interprétations logiques résultant d'un énoncé juridique. En d'autres termes, avec le passage à l'écrit, le discours du Droit perd son contexte d'interlocution et acquiert une autonomie sémantique. Assurément, « *l'échange oral de la parole ne laisse pas apparaître une difficulté que seule l'écriture suscite, à savoir que le sens du discours, détaché de son locuteur, ne coïncide plus avec l'intention de ce dernier* »[434]. Une fois écrit, le texte commence alors une « *carrière de sens* »[435], il prend une certaine autonomie par rapport à son auteur historique, il s'inscrit dans un cycle d'échanges,

[422] L. Wittgenstein, *Investigations philosophiques*, *op. cit.,* pp. 125.
[423] P. Ricoeur, *Le conflit des interprétations, op. cit.,* pp. 138-139.
[424] G. Cornu, « Linguistique juridique », in D. Alland et S. Rials (dir.), *op. cit.,* p. 954 : « *In actu, dans un texte, la vocation du polysème est de revêtir un seul de ses sens et de s'actualiser, en contexte, dans un sens pertinent. L'ambiguïté ne surgit que si, dans un texte, un mot peut être pris en plusieurs sens ou revêt, en contexte, un sens non pertinent. L'ambiguïté n'est pas de l'essence de la polysémie, elle en est, pragmatiquement, l'accident* ».
[425] P. Ricoeur, *Le conflit des interprétations, op. cit*., p. 110.
[426] *Ibid*., p. 116.
[427] *Ibid.,* pp. 140-141.
[428] O. Cayla, *La notion de signification en droit. Contribution a une théorie du droit naturel de la communication*, thèse de Droit, Paris II, 1992 ; O. Cayla, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », in Les *CCC,* n° 7, décembre 1999, p. 1, disponible en ligne : « *Un texte écrit, quel qu'il soit, n'a jamais en lui-même de signification normative car tout texte écrit, quel qu'il soit, est pragmatiquement muet (...). Bien sûr, tout cela ne revient cependant pas à dire qu'un texte écrit soit dénué de toute signification : il est en effet, en lui-même, doté si ce n'est d'une signification pragmatique, du moins d'une signification sémantique. Mais ce sens textuel (ou linguistique, ou "locutoire"), marqué par les signes graphiques de sa lettre et appréhendable par application des règles lexicales et grammaticales fixées par l'usage linguistique, n'est inscrit, au stade de la seule écriture du texte, que de manière générale et indéterminée, si bien que, lui aussi, apparaît comme étant à ce stade bien plus potentiel qu'actuel. C'est en effet que la détermination par la lecture d'une force pragmatique (ou illocutoire) est indispensable, comme on va voir, à la fixation d'un sens sémantique (ou locutoire) univoque* » (souligné par nous).
[429] J.-L. Austin, *Quand dire, c'est faire,* Le Seuil, Paris, 1970. Comme le soutien S. Laugier, « Performativité, normativité et droit », *APD*, n°67, 2004, p. 607 : « *L'invention des actes de langage par J. L. Austin s'est faite sur un fond de réflexion juridique, comme l'atteste la tenue juste après-guerre d'un séminaire d'Austin à Oxford auquel H. L. A. Hart fut associé, séminaire qui fut un lieu d'élaboration de la théorie des actes de langage* ».
[430] H. L. Hart, *Le concept de droit*, *op. cit*., pp. 155 et s.
[431] P. Ricoeur, « Qu'est-ce qu'un texte ? » in *Du texte à l'action. Essai d'herméneutique II*, Cerf, Paris 1986, pp. 137-138.
[432] *Ibid*., p. 138.
[433] P. Ricœur, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », in *Interprétation et droit*, P. Amselek (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 178-179.
[434] P. Ricoeur, *Lectures 2. La contrée des philosophies*, Le Seuil, Paris, 1999, p. 488.
[435] F.-X. Amherdt et P. Secrétan, *L'herméneutique philosophique de Paul Ricœur et son importance pour l'exégèse biblique*, Cerf, coll. "La nuit surveillée", Paris, 2004, p. 625.

d'interrogations et d'interprétations qui échappent à la plume qui l'a vu naître. Il y a une véritable distanciation entre le texte et son auteur lui permettant d'être réactualisé dans une multitude infinie de contextes nouveaux. Au bout du compte, par le passage de la parole à l'écriture, le discours du Droit acquiert une véritable autonomie sémantique, les locuteurs ne sont plus présents aux circonstances du discours, de sorte que le discours s'abstrait de son milieu circonstanciel. Autrement dit, selon que le discours est oral ou écrit, non seulement les composantes de l'acte de langage ne s'extériorisent pas de la même manière, mais encore le rapport au monde n'est pas le même[436]. Effectivement, l'acte *locutoire* s'écrit sans modification dans une proposition. L'acte *illocutoire* n'est inscrit dans le texte que par le biais de marqueurs, bien que l'abstraction du contexte soit source d'équivoque. L'acte *perlocutoire* est moins encore propice à l'inscription. « *L'écriture rend le texte autonome à l'égard de l'intention de l'auteur. Ce que le texte signifie ne coïncidence pas avec ce que l'auteur a voulu dire* »[437]. Cette autonomie sémantique permettrait la communication à distance, mais également la distanciation dans la communication elle-même. Cependant, la perte de l'intention explicite de l'auteur et du contexte[438] amplifie l'équivocité du texte. Cette équivocité – au-delà de ce que nous avons déjà vu – est un risque inhérent à l'écriture qui s'oppose à la finalité de signification univoque des énoncés juridiques.

70. Il peut être tentant de céder aux sirènes qui chantent l'autonomie sémantique du texte et laisser à l'interprète le soin de lui donner sa signification. Avec cette conséquence qu'en Droit, le texte ne stabiliserait jamais ses significations, mais offrirait des lieux de combats entre interprétations politiques morales. Néanmoins, il apparaît davantage que l'intention de l'auteur ne peut être aussi radicalement congédiée. Le passage à la textualité, d'une part, n'atteint pas l'intention en faisant l'acte d'écrire et, d'autre part, n'efface pas totalement l'intention de communiquer tel ou tel contenu normatif. Effectivement, l'intention de l'auteur en faisant l'acte d'écrire doit pouvoir être identifiée comme telle, et d'autant plus en ce qui concerne les textes juridiques. La clôture sémantique du texte est conditionnée par le contexte d'écriture, et principalement par l'intention en écrivant. En effet, ce que fait l'auteur par l'acte d'écrire, il ne fait pas la même chose en écrivant une règle juridique ou un roman[439]. Pour éviter les équivoques, le contexte illocutoire des actes d'écriture du droit est juridiquement organisé de façon explicite par différentes références, toute la symbolique qui entoure des actes juridiques. Il est dès lors plus aisé que dans d'autres domaines d'identifier la qualité juridique du document écrit. Toutefois, ce n'est pas seulement l'intention en écrivant qui résiste à la thèse de la clôture sémantique du texte, mais bien le vouloir-dire de l'auteur. À cet égard, P. Ricœur, s'il insiste sur la clôture sémantique du texte, a aussi un propos plus nuancé mettant en avant la notion « *d'auteur impliqué* »[440]. Cet auteur guide plus ou moins la lecture du texte. Finalement, le sens littéral n'est certes qu'« *une base de départ* »[441], pour autant, l'interprète est soumis à un certain nombre de contraintes qui limitent sa liberté de manœuvre, à l'instar de celles que les textes juridiques eux-mêmes font peser, mais aussi celles – linguistiques et sociales – qu'impose la communauté de communication. Assurément, « *les textes juridiques jouent des usages communicationnels reçus de la tradition tant par le législateur que par les interprètes* »[442]. Il n'y a donc pas de liberté totale pour l'interprète, toutes les interprétations ne sont pas admises, mais encore faut-il trancher entre celles permises et qui peuvent être relativement nombreuses.

71. Effectivement, il est certain que l'écriture marque une abstraction du contexte d'interlocution par laquelle l'intention de l'auteur, si elle ne s'efface pas complètement, gagne en indétermination. Surtout, l'auteur réel ne peut plus intervenir immédiatement pour corriger les mésinterprétations des destinataires ou même ses propres erreurs. Si l'intention de l'auteur en écrivant le texte permet d'identifier le registre

[436] P. Ricoeur, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique II, op. cit*., p. 157 et p. 207.
[437] *Ibid*., p. 123.
[438] P. Ricoeur, *Le conflit des interprétations. Essais d'herméneutique*, réed., Le Seuil, coll. "Points Essais", Paris, 2013, pp. 140-141 : « *On comprend alors ce qui arrive quand le mot accède au discours, avec sa richesse sémantique. Tous nos mots étant polysémiques à quelque degré, l'univocité ou la plurivocité de notre discours ne sont pas l'œuvre des mots, mais des contextes. Dans le cas du discours univoque, c'est-à-dire du discours qui ne tolère qu'une signification, c'est la tâche du contexte d'occulter la richesse sémantique des motifs, de la réduire, en établissant ce que M. Greimas appelle une isotopie, c'est-à-dire un plan de référence, une thématique, une topique identique pour tous les mots de la phrase (…). Au lieu de cribler une dimension de sens, le contexte en laisse passer plusieurs, voire en consolide plusieurs, qui courent ensemble à la manière des textes superposés d'un palimpseste. La polysémie de mots est alors libérée (…). Bref, le langage est en fête* ».
[439] G. Gautier, « Texte, contexte et intention d'auteur », *Revue de métaphysique et de morale*, 2004, p. 190 : « *Le contexte, si nécessaire à la restitution d'une part des intentions illocutoires de l'auteur, est donc fait de conventions argumentatives, rhétoriques et linguistiques (…). Ce contexte est interne au monde de pratiques langagières* ».
[440] P. Ricœur, *Temps et Récit. Tome III, Le temps raconté*, Paris, Le Seuil, 2005, p. 289 : « *La thèse de l'autonomie sémantique du texte ne vaut que pour l'analyse structurale qui met entre parenthèses la stratégie de persuasion (…) lever cette parenthèse, c'est nécessairement prendre en compte celui qui fomente la stratégie de persuasion, c'est-à-dire l'auteur* ».
[441] P. Amselek, *Cheminements philosophies dans le monde du droit*, *op. cit*. p. 585.
[442] *Ibid*., p. 603.

juridique de ce dernier et si le texte – avec sa motivation explicite – contient des directives de compréhension[443], il n'en demeure pas moins que l'auteur réel n'est souvent plus là pour répondre[444]. Tout texte, même un texte réglé comme l'est le texte juridique encourt le risque de la mécompréhension. Dans cette hypothèse, le texte requiert une interprétation. Le Droit ne peut laisser les significations sociales errer de façon contradictoire, se disséminer, et tend – par le recours à des dispositifs d'interprétation officielle – à refixer les significations normatives. Il y a plus ! Le passage à l'écriture, selon P. Ricœur, affecterait également « *la fonction référentielle du discours* »[445], c'est-à-dire qu'en plus de l'effacement de l'intention du locuteur, le passage à l'écrit travaillerait la signification dans sa dimension référentielle, au point que le texte recélerait un « *monde (du texte)* »[446], comme il le disait, faisant contraste. Dans le discours oral, les interlocuteurs sont en présence les uns des autres, leur monde ambiant est commun, *hic et nunc*. Les divers participants à la scène de dialogue ont à disposition les éléments concordants du réel auxquels le discours renvoie, ce qu'il appelle « la *référence ostensive* ». Or, par l'écriture, une telle référence, si elle n'est pas perdue, est suspendue. Il s'agit d'une récréation du réel, d'une redescription de celui-ci par une référence de second rang, propre au texte. « *De la même manière que le texte libère sa signification de la tutelle de l'intention mentale, il libère sa référence des limites de la référence ostensive. Pour nous, le monde est l'ensemble des références ouvertes par les textes (...). Seule l'écriture, en se libérant non seulement de son auteur, mais de l'étroitesse de la situation dialogale, révèle la destination du discours qui est de projeter un monde* »[447]. Par l'acte d'écriture, le réel passerait à l'arrière-plan. Le texte ouvre la voie à des suggestions de mondes appelant des destinataires à exécuter ses propositions de monde. En bref, le texte en se libérant de la référence ostensive projette un Nouveau Monde, qui est transformant du monde ambiant de la vie quotidienne. Si d'un côté, l'écriture ouvre à un « *monde du texte* » distancié vis-à-vis du monde ambiant, d'un autre côté, la lecture rapatrie cette offre de monde en se l'appropriant. Pour autant, cette analyse n'est pas applicable en totalité au texte juridique puisqu'il viserait davantage à imposer un monde qu'à en suggérer un, mais dans le même temps, ces réflexions inhérentes aux textes n'en sont pas moins intéressantes pour le Droit. Tout bien considéré et comme nous le dit Andrei Marmor, s'agissant du Droit, il existe une incertitude quant aux règles qui gouvernent le contenu implicite des énoncés[448].

72. L'intérêt d'une autre méthode. – *In fine*, dans la réalité juridictionnelle, un raisonnement, fondamentalement *monologique* et *abstrait*, est impossible à mettre en œuvre de manière parfaite[449]. Il ne faut donc guère donner plus d'importance[450] à ce « *fétichisme* »[451]. En effet, le prescrit de la règle juridique est toujours chancelant, voire impotent. Il interdit donc, tout jugement « *primaire* » dans lequel, finalement, « *celui qui a (pour) mission de donner la solution juridique, se réfère à des normes subjectives plus ou moins intuitives, et informulées et essaye ensuite de faire "coller", si l'on peut dire, son jugement avec les instruments syntaxiques objectifs dont il dispose et qu'il a juridiquement mission d'appliquer* »[452]. Il résulte alors de notre analyse que la matière juridique n'est pas adaptée à un tel de raisonnement, mais plutôt à une méthode qui milite pour l'indétermination – à plusieurs niveaux – de la norme de référence ; pour sa reconstruction à travers des totems efficaces, c'est-à-dire le *dialogisme* et la *concrétude*[453]. Ces derniers permettent de pallier l'imprécision des règles en les mettant en corrélation avec des éléments qui sont occultés par la nature même de ces règles juridiques. En d'autres mots, l'idée est d'introduire, par une

[443] Cela est noté par F. Müller, *Normstruktur und Normativität*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966 et F. Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 2ème éd., 1994, pp. 211-212 : « *points de repère exploitables* » ou encore p. 45 : « *programme normatif* ».
[444] P. Ricoeur, *Temps et récit*, *op. cit.*, p. 210.
[445] B. Mazabraud, *De la juridicité, op. cit.*, p. 134.
[446] P. Ricoeur, « La fonction de distanciation », in *Du texte à l'action. Essai d'herméneutique II*, pp. 101-117, spéc. p. 102 ; P. Ricoeur, *L'herméneutique biblique*, Cerf, coll. "La nuit surveillée", Paris, 2001, p. 32 : « *Par monde du texte j'entends le monde déployé par le texte devant lui, pour ainsi dire, comme l'horizon de l'expérience possible dans lequel l'œuvre déplace ses lecteurs* ».
[447] P. Ricoeur, *Du texte à l'action*, *op. cit.*, p. 210.
[448] A. Marmor, *The language of law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 43-59.
[449] *Voy.* H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, Paris, 1948, p. 48 : « *il est évident que la déduction syllogistique (et abstraite) ne peut suffire, ni pour élaborer le droit, ni pour déterminer le contenu de ses règles, ni enfin, pour fournir, toute faite, la solution des conflits* ».
[450] *Voy.* E. Picard, « L'état du droit comparé en France », in X. Blanc-Jouvan (dir.), *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Société de législation comparée, coll. "Mélanges", Paris, 2000, p. 168 : « *la faute philosophique, épistémologique et juridique d'une certaine doctrine juridique est d'avoir pensé et laissé accroire que le droit était tout entier contenu et s'épuisait dans une certaine forme de droit, la forme légale et formellement posée par l'Etat, qui rejette donc, en dehors du droit, tous les phénomènes ne relevant pas de cette forme et de ces procédés ; elle est d'avoir pris une manifestation du droit, la volonté du souverain et de la loi positive, comme étant la nature même ou le fondement ultime du droit. (...) Elle a pris son orthodoxie, purement relative, pour absolument et exclusivement fondée, qui s'est donnée pour la totalité du vrai et du juste droit, alors qu'elle n'en était ainsi qu'une certaine représentation, historiquement transitoire* » (souligné par nous).
[451] M. Boudot, L*e dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, thèse de Droit, Aix-Marseille lll, 1999, p. 119.
[452] P. Amselek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, *op. cit.*, p. 66.
[453] P. Martens, « Sur le maniérisme judiciaire », *RTDH* 2002, p. 341 : « *aucun juge ne peut aujourd'hui croire que son jugement exprime la solution parfaite que la loi exige. Chacun sait que les jugements se forment au terme d'un échange argumenté, que la solution finale est celle qui a résisté à l'abandon progressif des solutions alternatives et que le mauvais jugement est celui qui n'exerce pas jusqu'au bout ce travail heuristique* ».

nouvelle méthode, des considérations contextuelles[454] et contradictoires, dévoilant un contenu implicite de l'énonciation ; de redonner une force *pragmatique*, éludée en partie par la textualité, car elle est le seul moyen de pallier l'imprécision. Plus précisément encore, il s'agit de renforcer *l'illocutoire* parce qu'il « *est ce qui donne en quelque sorte son relief, sa couleur au locutoire, ce qui lui donne sa "valeur"* »[455].

§II - Le caractère contextuel et combinatoire de la conclusion d'un litige

73. L'étude des caractéristiques de la règle de droit nous a permis de voir que l'utilisation d'un raisonnement syllogistique classique était incompatible purement et simplement avec le Droit ainsi qu'avec l'essence de l'activité juridictionnelle[456] – d'ailleurs, a-t-il déjà vraiment existé ? En effet, ce raisonnement conduit à adopter une démarche éludant toute instance critique qui permettrait au juge de sortir du *cercle herméneutique*[457], notamment par un débat orienté autour d'une pluralité de points de vue, et il abandonnerait définitivement le sens de l'énoncé normatif dans l'éther juridique. De plus, il laisserait les préjugés du juge prendre une place significative dans la démarche interprétative nécessaire à la conclusion du litige[458]. Finalement, ce raisonnement est une « *déformation de l'esprit juridique (...) qui a fait naître au sein d'une bonne partie de la société française une confiance sans bornes pour tout ce qui est consigné dans un texte* »[459], voire même un « *mythe* »[460], dont les effets sont l'incompréhension, et, subséquemment le sentiment d'injustice. C'est pourquoi une autre façon de juger[461] – qui n'est pas incompatible avec l'idée même du syllogisme[462] – est exposée depuis quelque temps dans les propos doctrinaux[463] ainsi que dans certains prétoires du monde[464], et qui tend à répondre spécifiquement au déficit significatif de la règle. Sans nous éloigner de ces quelques éléments et surtout à l'aune des derniers développements, nous affirmerons que le mode exemplaire – plutôt idéaltypique – de résolution des litiges semble se structurer autour de deux étapes complémentaires : une *verticale*, plus *abstraite*, et une *horizontale*, plus *concrète*. Effectivement, pour pouvoir rendre une solution, le juge devra contextualiser la règle pour trouver des *métadonnées* déterminantes et en conflit (*A*), dont la *mise en balance concrète dans les circonstances de la cause* permettra d'orienter le jugement (*B*). Autrement dit, afin d'éliminer l'imprécision ontologique des règles de droit, le juge va chercher à trouver des référentiels, des éléments d'orientation du sens qui ont été occultés par le texte juridique. Il va rechercher le contenu implicite de l'énoncé, ce que P. Grice nomme les « *implicatures conversationnelles* » au-delà des seules « *implicatures conventionnelles* »[465]. L'idée est que si le sens littéral de l'énoncé est imprécis, un certain nombre d'éléments contextuels contribuent pragmatiquement à enrichir sa signification de sorte à le rendre précis. Il en résulte que cette méthode est, dans sa mécanique interne, plus réflexive que déductive. En réalité, la conclusion du raisonnement juridique ne se construit pas par déduction, mais bien par confrontation, rapport, mise en perspective continue d'éléments tant factuels que juridiques. Et en dernière analyse, une telle approche caractérise spécifiquement le contrôle *concret* de proportionnalité qui permet aussi à l'organe juridictionnel « *de rendre (...) transparente sa situation herméneutique en faisant accéder à l'explication ses préconceptions*

---

[454] P. Amselek, *Cheminements philosophiques*, *op. cit.,* p. 315 : « *Ce sont ces intentions et le contexte dans lequel elles ont été conçues qu'il faut donc sonder et analyser pour comprendre en quoi les énoncés émis sont des énoncés de règles de conduite, destinées à encadrer des conduites humaines, et plus précisément encore en quoi ces énoncés sont des énoncés de règles de conduite juridiques* ».

[455] P. Amselek, « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », in P. Amselek (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit,* PUF, Paris, 1986, pp. 109-163, spéc. p. 111.

[456] *Voy.* P. Hurt, *Les hypothèses juridiques (...)*, *op. cit.*, pp. 37 et s. : il étudie le rôle du juge et son essence qu'est la concrétisation du Droit.

[457] Démarche qui est présente dans l'herméneutique de P. Ricoeur mais aussi dans la phénoménologique herméneutique de H.-G. Gadamer malgré l'utilisation du terme de « *tradition* » : D. Ipperciel, « Théorie des préjugés selon Descartes et Gadamer », *Horizons philosophiques*, vol. 7, n° 2, 1997, p. 49 : « *le traditionalisme de Gadamer "n'implique pas du tout une préférence accordée au coutumier et à laquelle on devrait se soumettre aveuglément", pour reprendre ses mots. Lorsque Gadamer affirme qu'il faut "se joindre" à la tradition, il entend par là "autant transformer ce qui existe que le défendre"* ».

[458] P. Martens, « Sur le maniérisme judiciaire », *op. cit.*, p. 340 : « *il est certain que l'esprit des juges est rempli de préjugés. Toute personne qui a exercé la fonction de juge sait que, dès lors qu'il aborde une affaire, dès qu'il lit les écrits de procédure, le juge sent se former au fond de lui-même le pressentiment de la solution qu'il adoptera* ».

[459] R. Perrot, « De l'empreinte juridique sur l'esprit de la société française », dans A. Siegfried, « Introduction générale », in *Aspects de la Société française*, LGDJ, Paris, 1954, p. 21.

[460] D. Lochak, « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », *AJDA*, 1981, pp. 387-392.

[461] *Voy.* P. Hurt, *Les hypothèses juridiques (...)*, *op. cit*., pp. 271 et s.

[462] *Voy*. N. Burniat et G. Delforge, « Le syllogisme dialectique : modèle pour une analyse structurelle des rapports entre fait et droit dans le cadre du raisonnement juridique endroit international public », *Revue belge de droit international*, 1999/2, pp. 435-474.

[463] *Voy*. P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit.,* pp. 51 et s. Un peu plus lointain intellectuellement, mais également très intéressant sur la restructuration du contrôle du juge : R. Posner, « Overcoming Law », *Harvard University Press*, 1995, p. 463 ; R. Posner, « What Has Pragmatism to Offer Law ? », *Southern California Law Review*, 1990, pp. 1653-1670 ; R. Posner, « Pragmatic Adjudication », *Cardozo Law Review*, vol. 18, 1996, pp. 1-20 ; F. Olsen, « Pragmatic interpretation by judges : Constrained performatives and the deployment of gender bias », in J. Giltrow et D. Stein (dir.), *The Pragmatic Turn in Law: Inference and Interpretation in Legal Discourse*, Boston/Berlin, Walter de Gruyter inc., 2017, pp. 205-231, spéc. p. 206.

[464] Une pluralité de documents disponibles en ligne démontre cela : G. Gentili, « Concrete Control of Constitutionality in Italy », *Comparing Constitutional Adjudication A Summer School on Comparative Interpretation of European Constitutional Jurisprudence*, Université de Trento, 3e édition, 2008 ; A. Riza Çoban, « Concrete Review of Norms by the Turkish Constitutional Court », *ibid.* ; G. Shani, « Concrete Control of Constitutionality : An Israeli Perspective », *ibid*. ; M. Protopapa, « Constitutional Control in Greece », *ibid.* ; N. Plavsic, « Abstract and concrete control of constitutionality and legality : Serbian model », *ibid*.

[465] P. Grice, « Studies in the way of words », *Harvard University Press*, 1989.

issues d'une situation existentielle antérieure qui circonscrit et oriente le cadre comme la prétention de validité de toute compréhension interprétative »[466].

A) La tentative de dépassement du discours explicite du texte pour le cas

74. La contextualisation verticale de l'énoncé normatif : une étape préalable à la conclusion juridictionnelle. – L'impossible conclusion du litige à la lumière de la seule règle juridique contraint le juge à chercher ailleurs des référents, à « *dépasser le discours explicite de la normativité* »[467]. En effet, comme nous avons pu le voir, le texte lui-même est souvent incapable de donner une orientation précise selon les cas, d'être concrétisé, et pousse de plus en plus le juge à chercher des explications dans des éléments exogènes[468]. Finalement, les véritables déterminants à la signification de la norme de référence et au jugement se trouvent dans l'environnement propre au juge. C'est ce que notait déjà T. Ivainer, magistrat de profession, dans sa thèse en alléguant qu'en *« cas de carence (très fréquente) de la loi, il (le juge) aura recours à un système de valeurs puisé dans sa propre conscience ou dans la conscience collective d'un groupe, le plus souvent sectoriel, parfois plus large, fédéré par une certaine vision commune du monde* »[469]. Il s'agit donc de plonger dans un bain chaud l'énoncé normatif pour voir les réactions. À l'image d'un chimiste, le juge s'attelle à chercher des réactions chimiques selon les différentes solutions chimiques existantes, à trouver des éléments qui sont propres à l'ambiance générale, à l'environnement du texte et qui sont susceptibles de le faire se déplacer. En d'autres termes, le juge va concrétiser – d'une manière relativement *abstraite*, c'est-à-dire qu'il ne s'attache qu'à trouver de grandes lignes, de grandes significations possibles et pertinentes à l'aune d'un contexte pour resserrer déjà une partie des significations[470] – l'énoncé normatif. C'est ce que notait déjà F. Müller en affirmant que le texte de Loi est un simple « *énoncé linguistique* », un texte comme n'importe quel autre, « *de nature non normative* »[471]. Son rôle consiste uniquement à fournir les données linguistiques à partir desquelles s'amorce le processus menant à la normativité. Il établit « *les paramètres pertinents, le programme normatif, c'est-à-dire "la dynamique qui préside(ra) à la structuration (de la norme)"* »[472]. En somme, le texte est une « *porte de départ* »[473] qui indique au juriste quels éléments de la réalité prendre en compte dans la concrétisation de la norme[474]. Mais la normativité proprement dite ne provient pas de données sises dans le texte de Loi, mais plutôt de « *données extralinguistiques, de nature sociopolitique* », des données « *qui, quand bien même on le voudrait, ne sauraient en aucune façon être fixées dans le texte de norme* »[475]. Ce dernier n'est alors que « *la partie émergée de l'iceberg* »[476]. Ainsi, contrairement aux théories réalistes[477], le législateur ne dicte certes pas le contenu de la norme, mais il détermine un éventail d'interprétations possibles qui devront être questionnées à l'aune d'éléments externes[478].

75. Une approche largement partagée par les penseurs américains. – Cette proposition retrouve un écho probant dans la doctrine constitutionnelle américaine notamment dans l'œuvre de R. Dworkin. Ce dernier démontre, en effet, que le Droit n'est pas réductible aux règles valides, mais comprend des principes moraux sous-jacents aux règles, et que ces principes doivent eux-mêmes être compris à l'aune d'une *théorie sur le droit*, interprétant l'histoire institutionnelle d'une communauté. Autrement dit, le Droit ne serait pas qu'une collection de règles valides, il contiendrait aussi des principes politiques (*policies*) et moraux (*principles*), aux poids relatifs, non décisifs, mais directifs, qui sous-tendraient les règles valides et

[466] P. Legrand, « Analyse différentielle des juriscultures », *RIDC*, 1999, p. 324.
[467] 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, Cologne, 2001, p. 1198.
[468] P. Legrand, « Comparer », *RIDC*, vol. 48, n°2, Avril-Juin 1996, p. 290 : « *C'est naturellement ailleurs que dans les textes eux-mêmes qu'il faut aller chercher des explications aux textes : celles-ci leurs sont exogènes* ».
[469] T. Ivainer, *L'interprétation des faits en droit*, *op. cit*., p. 79.
[470] W. Ben Michaels, *Southern California Law Review,* vol. 58, 1985 : « *Suivre les règles, cela n'existe pas. Il n'y a pas quelque chose qui serait "la signification du langage", il n'y a que des significations dans des contextes* » cité par P. Amselek, « La teneur indécise du droit », *op. cit.,* p. 1199.
[471] F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, PUF, Paris, 1996, p. 168.
[472] P. Moor, « Norme et texte : logique textuelle et état de droit », in A. Auer (dir.), *Aux confins du droit : essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2001, p. 386.
[473] P. Muzny, *La technique de proportionnalité (...), op. cit.,* p. 76 : « *la norme légale applicable n'est pas la destination finale. Elle est une porte de départ, un indice plus ou moins précis de direction au-delà duquel seule sa raison d'être, la raison d'être du voyage est à même de dicter le lieu d'arrivée* ».
[474] B. Jeand'Heur, « Science du langage et science du droit : problèmes communs du point de vue de la théorie structurante du droit », *Droits,* 1999, n° 28, p. 151.
[475] F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, *op. cit.*, p. 169.
[476] B. Jeand'Heur, « Science du langage et science du droit », *op. cit.,* p. 149.
[477] F. Ost, « Retour sur l'interprétation », in A. Auer (dir.), *Aux confins du droit : essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2001, pp. 114-115 : Il ne s'agit pas d'« *emboîter le pas aux théories "réalistes" de l'interprétation qui finissent par considérer que les textes ne présentent par eux-mêmes aucune signification a priori, celle-ci leur étant conférée par les seuls interprètes* ».
[478] C. M. Stamatis, *Argumenter en droit : une théorie critique de l'argumentation juridique*, Publisud, Paris, 1995, p. 276.

en guideraient leur application dans tous les cas[479] – surtout les *hard cases*. Ce qu'il appelle les *principes* sont en quelque sorte la part éthique du Droit et sont liés à son *intégrité*. Précisément, ils sont appréhendés comme « *un standard qu'il faut appliquer, non parce qu'il assurera la survenue ou la protection d'une situation économique, politique ou sociale jugée désirable, mais parce qu'il est une exigence dictée par la justice, l'équité ou quelque autre dimension de la morale* »[480]. Puis, « *un principe fournit une raison d'argumenter en faveur d'une solution particulière, mais ne la dicte pas* »[481]. En somme, ceux-ci ne sont pas hors-sol, ils sont ancrés dans une réalité en évolution. Ils réfèrent non seulement aux principes juridiques, mais également à une « *communauté* » et à ses pratiques. Effectivement, « *nous défendons un principe, ou le poids de celui-ci, en invoquant un amalgame de pratiques et d'autres principes dans lesquels se mélangent les implications de l'histoire législative et judiciaire et l'évocation de pratiques et d'accords communautaires* »[482]. Donc, ils caractérisent la doctrine éthique et politique implicite qui constitue le fondement et la justification du droit en vigueur[483], sa cohérence, mais qui se fonde sur l'idée de *justice*, *d'équité*. Le juriste devrait être capable, par un raisonnement inductif, de tirer cette doctrine du droit écrit existant pour dégager des principes qui vont « *diriger l'interprétation des dispositions indéterminées ou ambiguës (…) (ou) engendrer (en les justifiant) un nombre indéfini de normes spécifiques aptes à offrir des solutions correctes pour chaque controverse possible* »[484]. En définitive, comme nous le montre cet auteur, il faut dépasser le discours explicite de la règle de droit, qui ne permet pas de trancher les litiges[485], et trouver ailleurs des données – à la nature particulière[486] – qui favorisent la concrétisation de la règle.

76. L'appui de l'herméneutique de Paul Ricœur. – En outre, même l'herméneutique juridique de P. Ricœur – fondée sur *l'argumentation* et *l'interprétation* – commanderait un tel dépassement. En effet, l'étape de *l'interprétation* d'une règle, qui serait le moment poïétique et fondamental de son herméneutique, consisterait en une compréhension inventive visant à chercher une solution juste dans le procès. Et comme il le dit lui-même : « *l'application (…) implique l'interprétation (… et) un choix doit être fait entre les lois disponibles et plus précisément entre les interprétations préalables accumulées tout au long de l'histoire de la jurisprudence* »[487]. Sa réflexion démontre une contextualisation, une induction – d'« *imagination productrice* »[488] – qui est inhérente au processus d'interprétation, mais dans un environnement relativement juridique, afin d'établir un sens pertinent pour le procès. Néanmoins, si les significations d'un texte juridique ne sont saisies qu'à travers la médiation de la tradition jurisprudentielle, constitutive d'une « *communauté d'interprétation* »[489], il faut tout de même déterminer les rapports entre cette communauté et la « *communauté de vie* » – des données *métajuridiques*. Les textes juridiques en vigueur sont appliqués à l'aune d'intérêts et de circonstances actuelles. Il s'ensuit que la jurisprudence doit opérer comme une traduction entre les mœurs et les textes juridiques. « *Il y a toujours, entre l'évolution des données du réel et les aggiornamentos du droit, un décalage qu'il incombe aux interprètes de combler* »[490].

77. L'introduction subséquente de l'idée de normalité dans le raisonnement du juge. – De tout cela nous retenons la chose suivante : l'incapacité des règles à trancher un cas doit être supplée par des considérations particulières, *extrajuridiques/parajuridiques/métajuridiques* principalement, qui permettent d'orienter le sens de la solution du litige. Nous voyons donc que l'ordre des valeurs, des mœurs fournit au juge les topiques en faveur de la prise de décision. Comme le disait J. Mekhantar, « *il semble qu'au-delà de son contrôle juridictionnel (le juge) cherche à protéger les valeurs fondamentales de notre régime démocratique libéral. Il ne contrôle plus l'action administrative du point de vue de sa légalité ou même de sa licéité, mais il se prononce en fait sur la légitimité de l'action administrative au regard de ces valeurs.*

[479] R. Dworkin, *Prendre les droits aux sérieux*, Paris, PUF, 1995, pp. 77-80.
[480] R. Dworkin, *Prendre les droits aux sérieux*, *op. cit.,* p. 80.
[481] *Ibid*., p. 142.
[482] R. Dworkin, *L'empire du droit*, *op. cit.,* p. 96.
[483] E. Lestrade, *Les principes directeurs du procès dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse de Droit, Université de Bordeaux, p. 22 : « *Dworkin a mis en évidence deux critères principaux d'identification des principes, qui permettent de les distinguer des autres catégories normatives. Le premier a trait à leur nature : les principes sont des normes fondamentales, en ce sens qu'ils fournissent un fondement axiologique à d'autres normes qui appartiennent au même système juridique. Tel est le cas, quand une juridiction se réfère à un principe pour édicter une règle nouvelle. Inversement, les principes, parce qu'ils sont eux-mêmes des axiomes indispensables à l'identification du profil axiologique d'un système, ne nécessitent aucun fondement en amont de leur discernement* ».
[484] R. Guastini « Théorie et Ontologie du Droit chez Dworkin », *Droit et société*, n° 2, 1986, pp. 15-22.
[485] *Voy.* J. Allard, « Interprétation, narration et argumentation en droit : le modèle du roman à la chaîne chez Ronald Dworkin », in E. Danglon et autres (dir.), *Argumentation et narration*, Éd. De L'Université de Bruxelles, Coll. "Philosophie et société", Bruxelles, 2008, p. 75.
[486] *Voy.* W. Mastor, « Les rapports entre le droit et la morale dans l'œuvre de Ronald Dworkin : la force d'Hercule et le talon d'Achille », *ADP*, t. 53, 2010, pp. 442-465.
[487] P. Ricoeur, *Le Juste 2*, *op. cit.*, pp. 261-262.
[488] *Ibid*.
[489] *Ibid*., p. 490.
[490] P. Amselek, *Cheminements philosophiques*, *op. cit.,* p. 500.

Ainsi, même lorsque l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, le juge se reconnaît le droit de censurer l'action disproportionnée qui, si elle est illégitime, devient illicite »[491]. Notons, par ailleurs, qu'il ne juge pas qu'à partir des valeurs, car elles ne constituent pas des normes en soi. Dire que le juge prend une décision en fonction des valeurs qui prévalent dans un ordre social donné signifie simplement qu'il apprécie un litige en fonction d'une norme dont il résultera une certaine valeur, acception avalisée par l'ordre social. Dans tous les cas, c'est en fonction d'une norme de référence que l'organe juridictionnel rendra un jugement. Simplement cet impératif se réalise, non du point de vue de la norme apparente, qui remplit uniquement le rôle d'un outil de questionnement, mais celle, invisible, qui lui est subsumée : la *norme extrajuridique* ou *sociétale*. Partant, tout jugement entraîne donc nécessairement un glissement référentiel de la règle vers ce que nous pourrions appeler des « *métadonnées* », une « *métarègle* ». En fin de compte, ce raisonnement se fonderait sur l'idée, relativement moderne et qui gagne du terrain, de *normalité*. Il y aurait le passage de la *normativité* à la *normalité* comme l'avait anticipé S. Rials dans son étude sur les *standards*[492], car comme le disait E. Bernard, l'idée d'une appréciation en termes de *normalité* implique l'importation d'un système de valeurs dans le champ du Droit pour régler l'indétermination d'un contenu fantoche[493].

78. Par conséquent, il y a un « *dépassement de la norme formelle, et (…) le juge puise à la source du "normal" ses directives normatives* »[494], ce qui affirme le lien nécessaire entre la norme et son contexte, ainsi que les valeurs et la morale. Mais qu'est-ce qu'implique sérieusement le *normal* ? Pourquoi parler de *normalité* alors même que cette notion semble être problématique[495] et totalement liée au *standard* ? Parce que la *normalité* correspond à une norme – la normalité renvoie à la « *(c)onformité à une norme* »[496] – et le *normal* est une règle – car selon le *Littré en ligne*, le normal s'entend tout à la fois de ce qui est « *conforme à une moyenne* » et ce « *qui sert de règle* » – qui permet de trouver des explications et dont la consistance est particulière. Il est vrai que l'étymologie de ces termes *normalis*, *norma* renvoie au principe, à la règle, à la loi, au modèle et laisse poindre une véritable ambiguïté du vocabulaire entre *normativité* et *normalité*[497]. Le terme « *norme* », originairement destiné à dénoter un instrument de mesure, un cordeau ou une équerre dont se sert l'architecte, se divise en « *normalité* » et « *normativité* »[498]. Cependant, c'est tout à fait logique, car la différence est mince, en effet, « *la notion de normalité exprime une valeur dégagée de la généralité. Formuler un jugement en termes de normalité, c'est exprimer "ce qui doit être" au vu de "ce qui est" (…). Ce concept relève du langage appréciatif, non du langage neutre. Il exprime un jugement de valeur, non un pur jugement de réalité* »[499] tout comme le Droit. La *normalité* est retenue dans notre étude, car, à la lumière de ces éléments, « *les normes juridiques ne sont qu'une variété particulière de normes éthiques, c'est-à-dire d'instruments de direction des conduites humaines, de règles de conduite indiquant la ligne à tenir* »[500]. Et la propension normative de la normalité amène ce concept à pénétrer la sphère du droit[501]. De surcroît, *normalité* et *normativité* s'inscrivent dans une relation d'interdépendance et de réciprocité. Il apparaît que la *normativité* juridique se nourrit de la *normalité*, cette dernière est donc première par rapport à l'ordre juridique[502]. Néanmoins, le Droit n'est pas une retranscription servile de cette règle normale, il en est la réécriture. « *La normalité est inspiratrice, non un modèle à reproduire. L'emprise de la normalité sur le processus d'élaboration de la norme, bien qu'effective et efficiente, n'en est pas moins clandestine et diffuse. La normalité demeure une notion sous-jacente au droit* »[503] – il exprime même une certaine *normalité*[504]. Surtout, ce que nous en retenons, c'est que la normalité apparaît comme un élément structurant pour la règle juridique, notamment en l'absence de réelle précision de celle-ci. La *normalité* telle que nous l'employons correspond « *à un système normatif extra ou parajuridique, c'est-à-dire un corpus structuré qui mélange ou alterne les mœurs, la morale, l'économie, la technologie, – avec aussi, le*

[491] J. Mekhantar, *Le contrôle de proportionnalité dans l'action unilatérale de l'administration*, thèse de Droit, Paris II, 1990, p. 118 cité par P. Muzny.
[492] S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, *op. cit.*, pp. 87, 120 et 213-214.
[493] E. Bernard, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 44 et s.
[494] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit.,* p. 55.
[495] *Voy.* M. Foucault, *Les anormaux. Cours au Collège de France*, Seuil, Paris, 1999, p. 150.
[496] D. Lochak, « Normalité », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 22e édition, 1993, p. 392.
[497] D. Lochak, « Droit, normalité et normalisation », in *Le droit en procès*, PUF, Paris, 1983, pp. 51 et s., spéc. p. 52 : « *Car le mot (norme) n'est par simplement polysémique : il est ambigu, comme sont ambigus les concepts de normal et de normalité* ».
[498] M. Foucault, *Surveiller et Punir*, Gallimard, Paris, 1975, p. 355 : il le démontre par sa définition ambivalente de la *normativité*.
[499] S. Chassagnard, *La notion de normalité en droit privé français*, thèse de Droit, Université Toulouse 1 Capitole, 2000, t. I, p. 10.
[500] P. Amselek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 295.
[501] *Voy.* Y. Radi, *La standardisation et le droit international : Contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 49.
[502] J. Chevallier, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, CURAPP, Paris, 1983, pp. 7 et s., spéc. p. 34.
[503] S. Chassagnard, *La notion de normalité en droit privé français*, *op. cit.*, p. 13.
[504] D. Lochak, « Droit, normalité et normalisation », *op. cit.*, pp. 65-77, spéc. p. 66 ; E. Bernard, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.,* pp. 35-43.

cas échéant, un zeste de juridique extraétatique »[505]. La présente définition, englobante et générale, justifie le choix d'utiliser cette notion au-delà des différents éléments visés par les penseurs. Finalement, la recherche de la signification concrète d'une règle s'opère donc au mètre de la *normalité*, parce que « *la règle de droit n'est-elle, elle-même, rien de plus qu'un standard généralement (mais pas nécessairement) fortement restreint tant il est vrai que la normalité et la moralité qui lui sont liées sont des composantes irréductibles de la juridicité* »[506].

79. La présence de la normalité dans la jurisprudence française. – Pour forcer la conviction, une brève analyse du droit prétorien français démontre combien la *normalité* irrigue tout le contentieux et l'ordre juridique français[507]. Il suffit de voir la multiplication de notions à contenu variable[508], de « *faits juridiques évaluatifs* »[509] comme « *raisonnable, exceptionnel, spécial, sérieux, suffisant, normal, etc.* ». Des éléments donc se référant explicitement ou directement à la conscience sociale du juge. Nous en avons un exemple probant avec juge administratif qui parle de « *tradition républicaine* »[510], mais également avec le juge constitutionnel, notamment dans une décision du 11 février 2010, où il parle de « *principes d'ordre constitutionnel qui impliquent que les électeurs soient appelés à exercer selon une périodicité raisonnable leur droit de suffrage* »[511]. En somme, il y a une croissance exponentielle des adjectifs « *raisonnable* », « *normal* », « *particularité* », « *excessif* », qui démontrent l'emprise de la normalité dans le processus décisionnel du juge et le Droit[512].

80. La naturelle principielle de la normalité. – Au total, la règle qui fonde le "*normal*", et qui n'appartient pas à l'ordre du fait brut[513], procède alors d'une construction issue d'une pluralité de données relatives aux expériences vitales du juge dans laquelle sa volonté trouve les repères nécessaires pour diriger son action. Comme le disait P. Muzny, « *le normal est la matière première en vue de la prise de décision de l'individu. Il exprime donc le principe ou plutôt l'ensemble des principes propres à un individu que ce dernier tire du milieu dans lequel il se trouve* »[514]. L'usage du terme « principe » est intéressant si nous l'appréhendons comme ce qui est à la base de quelque chose, ce qui est originaire, une « *cause première* », conformément à la lettre du *Littré en ligne* – sans faire d'amalgame avec la théorie dworkinienne ni avec les principes généraux et directeurs en droit. Ce lien entre *normal* et *principe* n'est pas tout à fait surprenant[515], et surtout particulièrement opportun. D'un point de vue philosophique, le principe « *est aussi bien l'acte de connaissance le plus supérieur que l'objet essentiel et premier de cette connaissance. (…) Cette dualité demeurera toujours gravée dans la pensée philosophique (…), elle lie l'induction à la question des principes* »[516]. Il représente donc cet élément originel, principiel à partir duquel les choses s'organisent – comme le *normal*, qui bien que mouvant, constitue une réalité *préjuridique*, un élément originel, mais fluctuant –, « *ce qui est conçu comme le premier dans la composition des choses matérielles, ce dont les choses sont composées" ; à ce titre, "selon quelques philosophes, les atomes sont les principes de tout...". Les principes sont alors les primordia elementa, les principes actifs et passifs et les atomes des corps chimiques. Par extension, le principe s'entend de tout élément constitutif* »[517]. Le jugement des comportements humains se réalise par renvoi direct à plusieurs axiomes de principe qui déterminent la valeur de l'action.

81. Au bout du compte, pour trancher un litige, il convient de trouver des éléments de référence dans un ordre hétérogène à celui du Droit. Il faut dépasser le discours explicite de la règle et développer une réflexion fondée sur la *normalité*. Pourtant, cette étape, aussi essentielle soit-elle, n'est pas unique. Elle

[505] P. Jestaz, « Rapport de synthèse », *RRJ*, 1988-4, p. 1188.
[506] P. Dubouchet, « La théorie normative du droit et le langage du juge », *RRJ*, 1994, p. 672.
[507] C. Vimbert, *La tradition républicaine en droit public français*, LGDJ, Paris, t. 72, 1992, pp. 257-261, spéc. p. 257 : « *Le principe fondamental sur lequel est bâti tout ordre juridique est le principe de normalité* ».
[508] C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, coll. "Travaux du Centre national de recherches de logique", Bruxelles, 1984, 377 p.
[509] S. El Boudouhi, *L'élément factuel dans le contentieux international*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 251 et s., spéc. p. 251 : « *le fait juridique évaluatif doit donc être entendu comme un raccourci pour désigner les concepts juridiques renvoyant à une valeur* ».
[510] CE ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374508, cons. 6.
[511] Décision n° 2010-603 DC du 11 février 2010, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*, cons. 12.
[512] J. Michel, « Normal ou pathologique. L'espace du droit pénal », in *Milieux*, n°34, 1988, pp. 59-69.
[513] G. Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, Quadrige-PUF, Paris, 5e édition, 1994, p. 25 : « *Définir l'anormal par le trop ou le trop peu, c'est reconnaître le caractère normatif de l'état dit normal. Cet état normal ou physiologique, ce n'est pas seulement une disposition décelable et explicable comme un fait, c'est une manifestation d'un attachement à quelque valeur* » ; A.-J. Arnaud (dir.), « Normalité », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 2e édition, 1993 : « *en matière de normalité les faits bruts n'existent pas, parce qu'il n'y a pas d'objets ou de situations intrinsèquement normaux* ».
[514] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit*., pp. 55-56.
[515] *Ibid*., pp. 56-57.
[516] P. Morvan, *Le principe de droit privé*, thèse de droit, Université Paris Panthéon-Assas, 1999, p. 8.
[517] *Ibid.,* p. 9.

n'est que la phase *verticale* du processus, les prémices du raisonnement utilisé par le juge en ce sens qu'il va tirer de cette induction/réflexion une multiplicité de principes – tout découpage d'une réalité conduit à mettre en exergue une diversité de données en raison de la complexité qui le caractérise[518] – qui sont déterminants, mais également relatifs et insusceptibles de donner une solution précise. Néanmoins, ils ont permis de donner des orientations plus précises que l'énoncé normatif appréhendé indépendamment de tout contexte. Cette contextualisation pragmatique donne plusieurs significations possibles, certes moins importantes quantitativement et plus intéressantes qualitativement, mais qu'il faudra trancher par les circonstances concrètes[519]. En effet, « *ce n'est que lorsqu'il sera confronté aux cas concrets que l'interprète pourra déterminer (...) ce qu'il considère comme normal* »[520]. Seule une appréciation *concrète* et *dialogique* va permettre d'orienter le juge sur le sens de la décision à prendre, ce qui donne à ce raisonnement la parure du contrôle *concret* de proportionnalité – du moins dans le sens idéaltypique développé. Le juge va s'atteler ici à trouver la prescriptivité de la norme en fonction des circonstances de la cause. Cette phase se caractérise donc par *l'horizontalité* et la *concrétisation-contextualisation* extrême.

B) L'établissement d'une orientation explicite selon le cas

82. La relativité inhérente à la normalité. – Comme nous avons pu le dire auparavant, des *principes* sont extraits de la démarche du juge en lien avec les valeurs sociales et constituent la traduction de la *normalité*. Cependant, ces mêmes principes sont marqués par le « *relativisme* », comme nous le disait un auteur[521], c'est-à-dire qu'un principe n'a de signification que vis-à-vis d'un autre. Finalement, la signification du principe est dépendante du contexte d'énonciation. Sa détermination est fonction d'une mise en relation des données d'une réalité déterminée. Indubitablement le découpage d'un cadre bien plus vaste induit l'existence d'une infinité de données, d'éléments, de principes. En effet, un principe ne peut expliquer en lui-même le fonctionnement d'une réalité qui se compose en réalité d'un enchevêtrement de principes. La résolution d'un litige par référence à un *principe* implique donc la mise en corrélation d'une multitude de principes. L'invocation d'un principe dans une démonstration constitutive du raisonnement requiert l'existence d'un principe en sens opposé. Seule leur mise en jeu commune dans les circonstances précises d'un cas donné permettra de dégager sa signification, un équilibre opératoire. Et en fonction de ces circonstances, un principe se voit magnifié par rapport à d'autres. Comment se voit-il primé en fonction du cas ? Parce que les principes sont également causaux, selon le même auteur[522], le juge qui fonde son raisonnement sur un principe sous-tendant une norme légale est tenu de se référer au but initiateur de cette norme. Elle a une raison d'être qui doit guider l'interprétation[523]. Ainsi, selon les cas, les principes « *commandent la sélection des objectifs ; l'objectif, c'est le but de l'action choisi préférentiellement à un autre parce qu'il est davantage apprécié, attirant, convoité* »[524]. Autrement dit, l'interprète porte un jugement d'opportunité sur les effets possibles de la règle selon le cas d'espèce et l'attente sociale, ainsi que sur *l'ipséité* de la norme. Il recherche l'interprétation de la règle s'inscrivant dans le cours normal des choses. Nous voyons parfaitement ici la figure de la *proportionnalité lato sensu* dans le raisonnement du juge. Il existe un véritable dialogue et une mise en balance téléologique – définition *idéaltypique* – comme nous avons pu le présenter antérieurement, mais qui est *a fortiori* concrète puisque donnant une place certaine aux éléments de l'espèce. Elle ne peut être que concrète pour une raison simple, toute réalité admet une pluralité de principes dont l'équilibre, *in abstracto*, n'est pas réellement explicatif et déterminant. En se détachant du cas *concret*, l'équilibre est flou, voire insécable, il n'est même appréhendé que d'un point de vue qui est celui de l'auteur de la mesure. Seule une méthode concrète permet d'exacerber un équilibre véritable et susceptible de donner un sens tangible. Dans l'abstrait, la signification utile n'est pas trouvable, car elle n'a aucun repère précis si ce n'est celui de l'auteur de la norme.

83. Les enseignements de Paul Ricoeur. – C'est ce que nous affirmait, d'une certaine façon, P. Ricoeur. En effet, dans son herméneutique, *l'interprétation* essentielle dans *l'application* repose également

[518] Ce couple est clairement identifié par des auteurs : E. Morin, *La Méthode 1. La nature de la nature*, Seuil, Paris, 1981, p. 51.
[519] R. Sullivan, *Statutory Interpretation*, Irwin Law, Toronto, 2e édition, 2007, p. 39 : « *In the pragmatic account of interpretation, the judicial goal is not to determine what the legislature intended, but to identify the outcome that is most appropriate in the circumstances, taking into account what the legislature enacted and anything else that is relevant* ».
[520] E. Bernard, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 72.
[521] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit*., p. 56.
[522] *Ibid*., pp. 59-62.
[523] P. Amselek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, *op. cit.,* p. 67.
[524] R. Rezsohazy, « Valeurs fondamentales et valeurs relatives », in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 55 cité par P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit.,* p. 60.

sur un autre pilier : les circonstances de la cause ; elle est donc duale et successive. Comme il le dit lui-même – et pour compléter nos précédentes citations – : « *l'application (...) implique l'interprétation de deux façons complémentaires. D'un côté un choix doit être fait entre les lois disponibles et plus précisément entre les interprétations préalables accumulées tout au long de l'histoire de la jurisprudence. Ce choix est gouverné par la présomption de l'affinité, disons de convenance, entre les lois sélectionnées et le cas considéré. D'autre part, le cas lui-même doit être décrit de façon appropriée en fonction de la norme mise en jeu dans le cas donné. Cette description met à l'épreuve ce qui constitue en fait une interprétation narrative du cas considéré* »[525]. Il ne manque pas de souligner qu'« *il y a ici un travail d'interprétation de la loi en fonction du cas* »[526]. L'interprétation des textes juridiques pour inventer la norme applicable n'est pas séparable de l'interprétation des faits dont il est possible de les narrer de plusieurs façons. Les faits et le cas concret sont essentiels afin de sélectionner une interprétation possible parmi celles qui ont été explicitées par la première *interprétation* relative au contexte extrajuridique du texte. *L'argumentation* jouera, par ailleurs, un rôle fondamental pour convaincre l'auditoire de sa pertinence. Il s'agit du moment rhétorique qui intervient dans une situation de « *rivalité entre des discours opposés entre lesquels il importe de choisir* » [527], le raisonnement se fonde sur le probable et conviction d'un auditoire. En bref, « *l'argumentation c'est le raisonnement probable de nature controversable* »[528] qui démontre l'aspect dialogique du contrôle du juge.

84. La contextualisation verticale des éléments normatifs. – En d'autres mots, il est certain que la référence inévitable aux éléments premiers et directeurs du raisonnement, que sont les principes, conduit, implicitement mais nécessairement, à leur dialogue contextualisé à l'aune des éléments circonstanciés – le cas et les effets sur celui-ci – qui sont capables de déterminer la limite respective de leur prescription. Dès lors, les faits de l'espèce deviennent des éléments essentiels[529] dans l'équation juridictionnelle[530] quand bien même ils relèvent de la construction du juge. Il y aura nécessairement une hypercontextualisation qui est déterminante. Par là même, cette dynamique tend à donner une place particulière à la preuve et aux raisonnements des parties au litige vis-à-vis des faits de l'espèce[531]. Comme le notait un auteur, ce mode « *réintègre les éléments de fait dans le raisonnement et en fait des facteurs déterminants de la décision* »[532]. Ils seront capables de donner des arguments militants pour la prééminence dans cette espèce d'un principe ou d'un autre, et, *in fine*, d'élaborer des critères d'orientation et de prescription. Assurément, F. Müller nous enseignait déjà que les faits aussi servent à préciser le Droit[533]. Ils sont des éléments qui permettent une contextualisation approfondie des sens tirés du texte juridique et qui permettront de cribler, *horizontalement* cette fois-ci, différents sens pour n'en retenir qu'un. « *Les faits ne se tiennent pas, dans le processus de décision, comme simplement ce à quoi serait, passivement, appliquée une "norme" considérée comme pur Sollen ; le travail sur le segment de réalité sociale concerné par la décision fournit lui aussi des arguments motivant la solution du cas* »[534]. Ce raisonnement fait donc intervenir une mise en rapport des principes concernés dont le départage s'effectue nécessairement de manière contextualisée et circonstanciée. Cette mise en rapport, existant sous la forme d'une tension entre plusieurs pôles, fonde la recherche de leur équilibre, mais exprime également la *proportionnalité* du contrôle effectué par le juge.

85. En effet, il est clair que la résolution de la prétendue conflictualité des principes passe par la recherche d'une voie médiane où chacun des points de vue agit de concert dans une « *intime articulation – comme si, à raison même de leur opposition, ils tentaient ensemble de dire quelque chose de la complexité d'un réel qui ne réduit ni à l'un ni à l'autre* »[535]. Et comme le soulignait M. Villey : « *Où réside le cœur de l'opération (de jugement) ? Non pas dans l'argumentation personnelle de chaque partenaire, mais dans l'entrechoc de leurs thèses. Il ne s'agit pas d'un raisonnement vertical – comme la déduction qui procède des prémisses à leurs conséquences, des causes aux effets, ou réciproquement –, mais d'une rencontre*

[525] P. Ricoeur, *Le Juste 2*, *op. cit.*, pp. 261-262.
[526] P. Ricoeur, *La critique et la conviction*, *op. cit.*, p. 179.
[527] P. Ricoeur, *Lectures 2*, *op. cit.*, p. 480.
[528] B. Mazabraud, *De la juridicité (...)*, *op. cit.*, p. 143.
[529] F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, PUF, Paris, 1996, p. 209.
[530] S. El Boudouhi, *L'élément factuel dans le contentieux international*, *op. cit.*
[531] P. Ricoeur, *La critique et la conviction*, Calman-Levy, Paris, 1995, p. 179 : « *Un "cas" (...) est en réalité l'interprétation d'une histoire : quelqu'un raconte ce qui s'est passé. Or nous savons qu'il y a toujours plusieurs façons de raconter les mêmes choses* ».
[532] J.-C. K. Dupont, « Établir, qualifier, argumenter : le "fait" et le "droit" à la Cour européenne des droits de l'homme », in *Argumentation et narration*, *op. cit.*, p. 87.
[533] F. Müller, *Discours de la méthode juridique, op. cit.*, pp. 209 et 222.
[534] O. Jouanjan, « Présentation du traducteur », in *F. Müller, Discours de la méthode juridique*, PUF, Paris, 1996, p. 14.
[535] F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 37.

horizontale entre les opinions confrontées »[536]. Une véritable joute se tient dans les prétoires afin de déterminer le sens de la décision, où l'argumentation deviendra essentielle pour convaincre[537]. Et dans cette bataille, ce dialogue, l'interprétation des faits et l'interprétation de la norme s'enchevêtrent[538] afin de ne plus être "l'homme" kafkaïen. En effet, dans le chapitre *Devant la loi* – tiré de son ouvrage *Le Procès* –, F. Kafka semble nous dire ce que nous avons noté jusqu'à présent : la Loi ne dit rien, et telle semble être son essence[539]. Seuls les acteurs du Droit semblent la comprendre, du moins relativement. Elle est une pure lacune, jusque dans la mort, puisqu'à la fin la porte se referme sans laisser filtrer la moindre lueur. Dorénavant, une véritable *éthique de la discussion* s'installe et laisse les individus participer à la construction du sens de la norme de référence. D'ailleurs, « *la fin du métier juridique n'est pas d'être utile au bonheur de tel ou tel individu, d'une classe ou collectivité, mais de chercher le partage le plus juste entre ces divers intérêts* »[540].

86. Le retour de la doctrine américaine. – Ce constat avait été déjà admis, dans une certaine mesure, par R. Dworkin qui affirmait, dans le cadre de sa réflexion sur les *hard cases* et les *principles*, que le juge doit mesurer l'importance de ces principes au cas par cas, car n'est pas le même principe qui prévaudra à chaque fois[541], et cela toujours dans l'optique de donner « *the best interpretation* » et de respecter la *chaîne*[542]. Dès lors, si le juge peut choisir plusieurs interprétations toutes compatibles avec le droit dans son ensemble, il faudra tout de même choisir celle qui fera apparaître le droit « *sous son meilleur jour* ». L'interprète *doit* produire la meilleure interprétation possible pour le cas. À cette occasion, nous devons interpréter le Droit, notamment dans les *hard cases*, à l'aide de *principes*, qui sont les meilleurs arguments auxquels le juge peut avoir recours pour justifier son interprétation. Les principes sont incapables par essence de donner le sens d'une solution, ce sont des arguments. Les principes « *peuvent guider le juge dans son interprétation des règles* », mais « *ne permettent pas de trancher à tous les coups entre le bien et le mal, le vrai et le faux, le juste et l'injuste* »[543]. Selon lui, il se peut que dans un cas précis deux principes soient concurrents sans que l'un rende l'autre obsolète. Et là est tout le travail du juge, un travail olympien – d'où l'assimilation à Hercule et ses travaux[544] –, de mesure de l'importance des principes au cas par cas et qui lui donneront les arguments pour justifier sa propre interprétation des règles[545].

87. L'idée de vraisemblance dans l'activité juridictionnelle et ses conséquences. – De sus, cette recherche d'équilibre démontre le passage d'un mode de jugement binaire, qui fonctionne en termes de répulsion à un mode graduel, qui fonctionne en termes de corrélation ; d'un raisonnement en termes de vrai-faux à celui en termes de pluralité, de *vraisemblables*[546]. Il est clair, comme le disait J. Carbonnier que « *dans l'univers juridique, on ne prétend pas atteindre à la vérité* »[547]. C'est là l'un des éléments de ce nouveau mode de raisonnement, de la proportionnalité : la vérité n'est que « *fonctionnelle* »[548]. Il y a un

[536] M. Villey, *Philosophie du droit*, *op. cit.,* n°159.
[537] G. Mounier, *Traité du caractère*, Seuil, Paris,1946, p. 663 : Dans convaincre, « *il y a vaincre et, dans la conduite de persuasion, le goût de terrasser peut devenir plus puissant que la joie de communiquer* ».
[538] J. Allard, « Interprétation, narration et argumentation en droit », *op. cit.,* p. 71 : « *Chez Dworkin, l'interprétation de la norme influence l'interprétation des faits, et réciproquement : le juge interprète toujours la norme à la lumière des faits. Dworkin nous contraint ainsi de dépasser la distinction radicale entre fait et droit* » ; P. Ricœur, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », *op. cit.*, pp. 177-188, toujours dans sa logique de *l'arc herméneutique* et de la sortie du *cercle herméneutique* par *l'explication*.
[539] F. Kafka, *Le Procès*, trad. A. Goldschmidt, Pocket, Paris, 1989, pp. 242-243 : « *Devant la Loi, il y a un gardien. Un homme de la campagne arrive devant ce gardien et le prie de le laisser entrer dans la Loi. Mais le gardien dit qu'il ne peut le laisser entrer maintenant (...). L'homme de la campagne ne s'attendait pas à de telles difficultés ; la Loi doit pourtant être accessible à chacun et à chaque instant* ».
[540] M. Villey, *Philosophie du droit*, *op. cit.,* n°153.
[541] R. Dworkin, « Law as interpretation », *Texas Law Review*, vol. 60, 1982, p. 549: « *How far can principles of political morality actually count as arguments for a particular interpretation of a particular work or for a general approach to artistic interpretation? There are many possibilities and many of them are parasitic* ».
[542] G. Timsit, « Le roman à la chaîne. Les limites d'une métaphore », *Revue internationale de philosophie*, 2005, n° 233, pp. 393-411 et J. Allard, « Interprétation, narration et argumentation en droit : le modèle du roman à la chaîne chez Ronald Dworkin », in *Argumentation et narration Ed. E. Danblon,* Éditions de l'Université de Bruxelles, coll. "Philosophie et société", Bruxelles, 2008, pp. 67-80.
[543] J. Allard, « Interprétation, narration et argumentation en droit », *op. cit.*, p. 73.
[544] A.-M. O'Connell, « Hercule sur l'Olympe ou comment Ronald Dworkin pense la continuité en droit », in *La (dis)continuité en droit*, Presses Universitaires des Sciences Sociales de Toulouse, Toulouse, pp. 259-271.
[545] R. Dworkin, *Justice pour les hérissons. La vérité des valeurs*, Labor et Fides, Genève, 2015, p. 433 : « *le droit ne comprend pas seulement des règles spécifiques édictées en accord avec les pratiques acceptées de la communauté, mais aussi les principes qui fournissent la meilleure justification morale de ces règles* ».
[546] E. Seignobos, « Le vraisemblable : grandeur et décadence de la rhétorique judiciaire », in *La parole judiciaire*, De Boeck Supérieur, "Médias-Recherches", Bruxelles, 2011, *Chapitre 2. Justice et vérité : L'impossible idéal de la parole judiciaire,* pp. 33-64 ; M. Van de Kerchove, « La vérité judiciaire : quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ? », *Déviance et société*, 2000, vol. 24, n°1, pp. 96-97 ; M. Van de Kerchove, « Vérité judiciaire et para-judiciaire en matière pénale : quelle vérité ? », *Droit et société,* 2013, n° 84, pp. 421-425.
[547] J. Carbonnier, *Droit civil : Introduction*, PUF, Paris, 1991, p. 318, n°173.
[548] P. Amselek, « La teneur indécise du droit », *op. cit.,* p. 1214 : « *De ce fait, et comme l'ont magistralement montré Toulmin et Perelman, on est ici dans le domaine d'élection de la logique non formelle (de la logique "fonctionnelle", comme on l'appelle parfois), productrice seulement d'arguments plus ou moins persuasifs, étayés sur des raisonnements dialectiques qui ne peuvent emporter que des convictions relatives en fonction des données circonstancielles et, en particulier, de l'auditoire même auquel on s'adresse. On ne peut démontrer en quelque sorte la "véracité" ou "exactitude" de la représentation que l'on se fait du droit applicable à partir des textes législatifs ; on peut seulement présenter des justifications au soutien de cette représentation et à l'encontre de représentations différentes, des justifications poussant à faire admettre sa position mais n'y contraignant pas purement et simplement. Des justifications dont la force persuasive est variable selon le contexte et selon les variations du contexte, -selon l'évolution des faits, des idées, de l'état général du droit lui-même, selon aussi le changement des hommes à qui ces justifications sont destinées* ».

délitement de l'ontologie absolutiste et unique[549] de la vérité qui dérive des sciences exactes[550]. Elle est loin d'être exacte et singulière, elle est plurielle *a fortiori* sur le terrain judiciaire[551]. Par les arguments des parties, « *le juge ne découvre pas une vérité préexistante, il établit une vérité nouvelle – et désormais incontestable – dans le monde du droit, un monde artificiel même s'il est bien évidemment en prise avec la réalité. Pour ce faire, toute juridiction est appelée à combiner, dans un ensemble souvent complexe, des éléments de fait et des éléments de droit. Par exemple, l'établissement d'une filiation – avec toutes les conséquences juridiques de ce lien de droit – ne peut se résumer à la preuve biologique de la maternité et de la paternité : l'examen de multiples faits (le traitement donné à l'enfant, la charge de son entretien et de son éducation, une adoption à la suite d'un abandon, etc.) est souvent nécessaire pour créer une filiation de caractère beaucoup plus social que physique* »[552], faisant ainsi une place particulière à *l'argumentation* et la *justification*. En effet, la validité d'une solution juridique exige ainsi qu'elle soit « *la mieux justifiée* »[553]. Une interprétation sera considérée comme étant la mieux justifiée dès lors qu'elle sera apte, au même titre peut-être que d'autres interprétations éventuelles à répondre à l'exigence d'acceptabilité rationnelle. Précisément, une interprétation sera acceptée par une communauté juridique dans la mesure où elle satisfera, d'une part, à des conditions procédurales de rationalité *stricto* et *lato sensu* et, d'autre part, à des conditions substantielles d'acceptabilité. Par ailleurs, cette motivation favorise l'introduction d'un élément de fixité. Au travers des motifs exposant les circonstances d'utilisation de ces notions, des constantes apparaissent. Par des applications répétées dans des cas spécifiques émergent des *fixités* permettant de circonscrire, plus que de définir, le référent. « *Il élabore ainsi ses propres directives d'interprétation qui sont autant de limites à la liberté d'appréciation* »[554]. La part d'indétermination se réduit, le juge, bien que guidé par certaines directives, fait œuvre de droit. Il précise le contenu sans pour autant la fixer par des critères rigides[555]. C'est le propre de l'idée de *proportionnalité* de montrer la complexité du système ainsi que sa flexibilité. Cette dernière est, en effet, nécessaire à l'adaptation du Droit à une réalité sociale mouvante.

88. *In fine*, parce que les principes sont relatifs et relativement abstraits, la résolution du litige implique une appréciation concrète et circonstanciée des éléments factuels de l'espèce. L'approche concrète apparaît ainsi comme une nécessité dans la matière juridique – et surtout dans l'activité juridictionnelle –, et comme le disait B. Pelligrini, « *les droits se présentent comme une structure relationnelle entre leurs éléments constitutifs. Un droit est : – un pouvoir – d'une personne – garanti – à l'égard des tiers en général ; tous éléments éminemment variables dans leurs contenus et leurs combinatoires (...). Un droit ne peut s'imposer le cas échéant qu'en fonction de la façon particulière concrète dont se présente la combinaison de tous ces éléments dans chaque cas d'espèce et au regard d'un contexte donné* »[556]. Tout compte fait, nous avons pu voir que le juge ne peut plus maintenir le raisonnement syllogistique classique. Les règles juridiques de référence apparaissent comme souvent incapables de trancher le litige, elles poussent plus spécifiquement le juge à trancher selon des normes subjectives et intuitives qui n'amènent pas grand-chose si ce n'est du flou et de l'injustice. La méthode la plus appropriée pour trancher un litige, de façon générale, en fonction d'une norme de référence postule pour le dépassement de la normativité et le dialogue dans les circonstances concrètes de la cause. La proportionnalité – dans son acception de mise en balance – concrète trouve aujourd'hui une particulière acuité, elle semble être le mode de raisonnement le plus adapté. Il

[549] B. Louvel, « La vérité … sans doute. Vérité scientifique, vérité judiciaire », *Discours prononcé lors du colloque, commémorant le trentenaire de la Compagnie des experts agréés par la Cour de cassation*, disponible en ligne sur le site de la Cour de cassation, p. 1 : « *Certes, n'en déplaise à notre désir d'absolu, la vérité ne se conjugue que rarement au singulier. Elle est question de points de vue ; se veut tantôt pragmatique, tantôt révélée, positive ou historique ; elle est pour les uns scientifiques, pour nous autres, judiciaire, figure construite nécessaire, garante de l'ordre social, que la chose jugée aura pu, par son autorité, transformer en acquis d'une justice définitive et incontestable* ».

[550] M. Van de Kerchove, « La vérité judiciaire : quelle vérité, rien que la vérité, toute la vérité ? », *op. cit.,* p. 95 : « *Une première particularité réside dans le fait qu'à la différence de la vérité scientifique qui, à l'exception des jugements purement analytiques, concerne des jugements de réalité, la vérité judiciaire concerne, en tant que telle, des jugements normatifs, même si ceux-ci sont partiellement fondés sur des jugements de réalité* ».

[551] S. Goyard-Fabre, « Dire la vérité, toute la vérité, rien que la vérité », in *La vérité une et plurielle. La vérité en question. La question de la vérité, Actes des journées de l'Association des philosophes chrétiens*, F. Jacques (dir.), éd. Lethielleux, Paris, 2010, pp. 29-47, spéc. p. 45 : « *cet idéal reste inaccessible parce que la vérité est toujours au-delà de la réalité dont même le meilleur d'entre tous les récits possibles ne peut rendre compte* » ; V. Klaus, « Quelques vérités sur la vérité, la réalité et la justice », *Déviance et société*, 2000, vol. 24, n°1, pp. 103-108, spéc. p. 106 : « *Aujourd'hui, l'on ne remet plus en doute le fait qu'il n'y ait pas seulement une "construction sociale de la réalité" mais aussi une construction juridique. Cette construction intervient pendant la procédure ; vu que la plupart du temps, l'on ne sait pas comment les choses se sont passées en réalité, l'on s'en tient à la plausibilité de plusieurs alternatives. Ce qui a déjà été mentionné dans l'exemple de l'expertise de crédibilité, est toujours d'actualité – lorsque l'histoire est suffisamment plausible, elle est tenue pour vraie. En décidant que toute l'histoire, le déroulement des faits doivent être tenus pour "réalistes" (et partant pour vrais), les faits séparés contenus dans cette histoire sont également considérés comme exacts. Soyons très précis - la réalité suit la vérité. (...) Dans la décision de considérer l'histoire comme plausible, la conviction joue évidemment un rôle, que déterminent les faits isolés* ».

[552] J.-L. Halperin, « La preuve judiciaire et la liberté du juge », in *Communications*, 84, 2009, Figures de la preuve, p. 21.

[553] A. Aarnio, *Le Rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, LGDJ, coll. "La pensée juridique moderne", Paris, 1992, p. 228.

[554] S. Chassagnard, *La notion de normalité en droit privé français*, *op. cit.,* p. 153.

[555] M. O. Stati, *Le standard juridique*, Libraire de jurisprudence ancienne et moderne, E. Duchemin, Paris, 1927, p. 333 : « *Si les éléments de fait arrivent à donner plus de précision (...), il ne faut pas s'attendre cependant à ce qu'ils aient le caractère de fixité et d'invariabilité que présentent ceux d'une règle de droit générale et uniforme* ».

[556] B. Pellegrini, « La portée structurante des droits fondamentaux », *Vie sociale et traitements*, 2/2005 (n° 86), p. 150.

semble donc "naturel" de voir le *concret* et la *proportionnalité* rentrer dans l'office du juge administratif. Cependant, le processus actuel de fondamentalisation du Droit n'est-il pas aussi un facteur de bouleversement ? Cette question est légitime dans une société où les droits fondamentaux deviennent omniprésents, voire omnipotents, leur introduction se fait nécessairement avec une logique adaptée à eux. D'autant que dans ce champ, l'indétermination est intrinsèquement liée aux droits fondamentaux. Elle est mise en exergue d'une façon tout à fait extrême. Nos précédentes analyses, sur la norme de référence, ne sont donc pas totalement inutiles, elles méritent d'être réinvesties ici. Mais est-ce là la seule raison qui milite à la *concrétisation* et la *proportionnalisation* du processus décisionnel du juge ?

Section 2
Le contrôle concret de proportionnalité comme aboutissement logique de la fondamentalité

89. La fondamentalisation progressive du Droit : un facteur de mutations[557]**.** – Le système juridique français, comme tant d'autres, est depuis quelques années mis à l'épreuve des droits fondamentaux. La fondamentalisation du droit est une évidence ! Ce mouvement transversal est d'ailleurs ce qui caractérise spécifiquement la société moderne. En soi, ce phénomène est relativement récent, mais il a pris une dimension tout à fait particulière avec le développement de grands textes internationaux qui mettent sur le devant de la scène une nouvelle vision du monde[558]. C'est ce qui explique que cette notion de droits fondamentaux était « *ignorée, il y a peu de temps encore, de l'ensemble de nos droits positifs* »[559]. Désormais, avec le poids du temps, les droits fondamentaux sont partout et ils deviennent le centre de toute l'activité juridique[560]. Ils invitent surtout, de par leur nature, les juristes à penser au-delà des grandes dichotomies que sont le droit public et le droit privé, le droit interne et le droit international. Ils donnent une nouvelle saveur au Droit, ils en modifient même la teneur[561]. En somme, il est limpide que les droits fondamentaux sont des objets révolutionnaires qui réinterrogent tous les pans du Droit, et notamment l'activité juridictionnelle. Effectivement, c'est bien dans la sphère des droits fondamentaux que la *proportionnalité concrète – lato sensu* – reçoit une vitalité toute singulière[562] ; ce sont eux qui conduisent à faire du contrôle *concret* de proportionnalité la seule manière de juger[563]. À tel point que ce dernier serait vu, par certains, comme consubstantiel aux droits fondamentaux[564]. Selon les propos de la Cour de Karlsruhe, « *le principe de proportionnalité découle directement de l'essence des droits fondamentaux* »[565] et de « *l'État de droit* »[566]. Mais surtout, il est certain que les droits fondamentaux ne produisent des effets et ne deviennent des objets contraignants que dans la sphère du *concret*, c'est-à-dire que seuls les faits d'un environnement précis permettent de les réaliser[567]. Au final, ce contrôle serait l'aboutissement logique de la fondamentalité pour des raisons qui tiennent à leur essence. En effet, les droits fondamentaux *lato sensu* présentent de nombreuses spécificités, ils ont une ontologie étonnante en ce que tant la philosophie originelle qui les anime que leur singularité – donc l'idée de *fondamentalité* – poussent à faire du contrôle *concret* de proportionnalité le mode spécifique d'expression et de réalisation des droits fondamentaux (**§I**). *A fortiori* pour les droits fondamentaux européens, plus précisément les droits de la Convention – qui est le socle de l'arrêt commenté –, en raison d'une lecture particulière par la CEDH de l'essence et des objectifs de ces droits (**§II**). Finalement, il est évident que la dynamique contemporaine tendant à assurer l'intégration et la protection des droits fondamentaux doit s'accompagner de modifications qu'il serait bien

[557] *Voy*. C. Le Bris, « Les droits fondamentaux de l'Homme dans l'ordre juridique international : la fin du droit anarchique ou nouvelle anarchie juridique ? », in C. Bertrand, R. Brett, F. Pulliero et N. Wagener (dir.), *Droit et anarchie*, L'Harmattan, coll. "Presses Universitaires de Sceaux", Paris, 2013, pp. 171-186, spéc. p. 174.
[558] *Voy*. E. de Jonge, « La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme comme l'expression d'une vision du monde : une approche topique et génétique », *Argumentation et Analyse du Discours* [En ligne], 4 | 2010, mis en ligne le 15 avril 2010.
[559] J. Rivero, « Rapport de synthèse », in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux,* Economica, Paris, 1982, p. 517.
[560] *Voy*. R. Cabrillac, « Avant-propos », in R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 23e édition, 2017.
[561] Pour des réflexions qui montrent cette évolution notamment en lien avec la place prise par la *soft law* dans la construction du Droit et des droits fondamentaux : *Voy*. M. Ailincai, « La soft law est-elle l'avenir des droits fondamentaux ? », *RDLF* 2017, chron. n°20, disponible en ligne, pp. 1-17.
[562] H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit (…) », *op. cit*, p. 1376 et H. Fulchiron, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? » *op. cit.*, p. 1472.
[563] P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *op. cit.,* p. 579 : « *(…) Le contexte des droits fondamentaux permet donc de ramener la proportionnalité dans un cadre qui suppose la faillibilité de la loi, l'emprise de la subjectivité du juge et la mise en balance permanente* ».
[564] C. Jamin, « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *RTDC*, 2015, pp. 263 et s. ; G. Huscroft, B. W. Miller, et G. Webber, « Proportionality and the Rule of Law : Rights, Justification, Reasoning Introduction », *Cambridge University Press*, 2014 ; S. Tsakyrakis, « Proportionality : An assault on human rights ? », *International Journal of Constitutional Law*, Volume 7, Issue 3, July 2009, pp. 468-493, spéc. p. 468 : « *There are theories that claim not only that balancing is the proper way of resolving human rights issues but also that it is the only way ; this, according to such theories, is because the very concept of human rights implies balancing and is inseparable from it* ».
[565] BVerfGE 65, I [44] I.
[566] BVerfGE 19, 342 [348 et s.] I.
[567] *Voy*. S. Besson, « The Law in Human Rights Theory », *Journal for Human Rights*, 2013, vol. 7, n° 1, pp. 120-150, spéc. p. 124.

regrettable – plutôt paradoxal – de contester. Comme l'estimait Bossuet, il est toujours bien délicat de chérir les causes et de déplorer les conséquences[568].

§I - L'ontologie étonnante des droits fondamentaux

90. Les droits fondamentaux ne sont qu'une face de droit positif des droits de l'Homme[569]. Si cela relève du truisme bien plus que de la novation – encore que des débats sont permis sur la question –, ce constat permet d'identifier un élément structurant de ceux-ci : *la philosophie politique des droits l'Homme (à la française)*. Cette dernière est porteuse d'enjeux clairs qui se trouvent désormais au centre de l'objet "droits fondamentaux". Assurément, elle importe un impératif *d'abstraction* des énoncés, communément admis comme contenant ces droits ou nous pouvons rencontrer la locution « droits de l'Homme » ou « droits et libertés fondamentaux » – des énoncés que nous qualifierons de « *fondamentaux* » pour ces raisons –, mais également un impératif, lié à ce premier, *d'effectivité* de ces droits qui conduit, en dernière analyse et paradoxalement, à la nécessité d'une activité de *concrétisation-précision* par le juge devant alors produire un nouvel énoncé aux caractéristiques singulières par l'intermédiaire d'une méthode spéciale. Le lecteur comprendra donc que cette analyse se limitera aux sources des caractéristiques des énoncés qui entendent consacrer explicitement ces droits ainsi qu'à leurs effets. Nous partirons ici d'un point de vue semi-interne au Droit en développant des considérations relatives à la philosophie de la matière "droits et libertés", il ne s'agit que d'un premier niveau stratégique d'étude de notre objet qui révèle tout de même des liens logiques avec le contrôle *concret* de proportionnalité (*A*). Cependant, la « *fondamentalité* » de ces droits, sujette à équivoque, pourrait être appréhendée d'une façon particulière qui souligne l'importance de la proportionnalité concrète comme mode de détermination de ces droits, indépendamment des analyses relatives aux énoncés "*fondamentaux*". Ce point-ci démontre toute la singularité des droits fondamentaux – par rapport à tout autre objet juridique – et participe à rendre encore plus pertinente l'introduction d'un contrôle *concret* de proportionnalité dans la sphère juridictionnelle. Nous sommes ici à notre deuxième niveau stratégique d'étude de l'objet dont l'ambition est déjà de créer une rupture avec le discours du Droit (*B*).

A) L'ambiguïté foncière des énoncés "fondamentaux" et de leur application : un élément au service d'un raisonnement concret et de proportionnalité

91. L'indétermination singulière des énoncés relatifs aux droits fondamentaux : un constat largement partagé. – « *En eux-mêmes, les droits fondamentaux ne prescrivent aucune solution. Ils constituent uniquement des instruments de mesure, d'évaluation* »[570]. Cet avis est aujourd'hui partagé par une grande partie de la doctrine. Les droits fondamentaux se caractérisent par la généralité, l'abstraction, l'imprécision et corrélativement l'indétermination[571] – du moins, nous parlons ici des énoncés normatifs édictés par les jurislateurs qui affirment que des valeurs existent comme des droits, ou devraient exister comme des droits, c'est-à-dire des énoncés qui attribuent des droits ; des énoncés qui revendiquent des droits ; des énoncés qui décrivent des droits. Certes, « *l'indétermination est consubstantielle aux textes (notamment) normatifs* »[572], écrivait P. Moor, et nous avons pu en attester au fil de nos divers développements, mais cela vaut tout particulièrement pour ceux relatifs aux droits fondamentaux[573] et qui deviennent la norme de référence. Ils portent à leur paroxysme tous les écueils que nous avons pu appréhender jusqu'à maintenant. À tel point que pour beaucoup d'auteurs l'indécision serait consubstantielle à la catégorie des droits fondamentaux[574], elle dériverait de la singularité de celle-ci, mais surtout de la logique générale des droits de l'Homme[575] – qui consacre certains impératifs – dont les droits fondamentaux sont une sorte de traduction locale. C'est bien cette dernière donnée qui nous permettra

[568] Citation attribuée à Bossuet : « *Dieu se rit des hommes qui déplorent les effets dont ils chérissent les causes* ».
[569] *Voy*. M.-L. Pavia, « Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », *LPA*, n° 54, 1994, pp. 6-13, spéc. p. 6 ; P. Wachsmann, « L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux" », *RUDH*, 2004, pp. 40-49, spéc. p.43
[570] F. Marchadier, « Le juge judiciaire face à la multiplication des sources des droits fondamentaux », *RLDF* 2017, chron. n°14, p. 4.
[571] L. Favoreu, O. Pfersmann, et autres, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, 7e édition, 2015, pp. 80-81.
[572] P. Moor, *Pour une théorie micropolitique du droit*, PUF, Paris, 2005, p. 81.
[573] *Ibid.,* p. 70 : « *la construction pyramidale au sommet de laquelle sont normés les droits de l'Homme présente la configuration paradoxale que, plus on monte dans la hiérarchie, plus la densité normative est faible. Plus la norme est, par son rang, impérative, plus elle est, dans sa substance, indéterminée* ».
[574] *Voy*. A. Gelblat, « Appréhender l'imprécision des droits : approche stratégique », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 7 | 2015, mis en ligne le 02 juin 2015 : « *ce domaine des droits et libertés se caractérise par l'intense concurrence interprétative à laquelle donnent lieu ces énoncés* » ; D. Terré, *Les questions morales du droit*, PUF, Paris, 2007, pp. 93-96.
[575] *Voy*. J.-J. Sueur, « Imprécision des droits de l'Homme : quelle imprécision ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 7 | 2015, mis en ligne le 02 juin 2015.

d'appréhender tous les paradoxes inhérents aux droits fondamentaux. Nous partirons donc d'un postulat clair : celui de la connivence entre la philosophie générale des droits de l'Homme et celle des droits fondamentaux – nous utiliserons donc la mention "droits fondamentaux" comme la version actuelle et positive de ces droits, sans pour autant négliger les réflexions doctrinales qui traitent des « *droits de l'homme* », cette dernière notion sera employée pour viser une philosophie générale ainsi que certains enjeux dans l'histoire juridique de la France. En somme, elle nous permettra de trouver des explications aux caractéristiques formelles de certains énoncés consacrant explicitement des droits et libertés, qui semblent alors conditionner leur application pratique. Il est certain que la seule étude des caractéristiques de ces énoncés ne nous permet pas nécessairement de comprendre toutes les raisons qui sont à leur base et qui doivent conditionner leur mise en œuvre ni toutes les évolutions sur le terrain du régime juridique des droits fondamentaux en lien avec ces exigences.

92. La complexité des rapports entre les notions de droits de l'Homme et de droits fondamentaux. – Cependant, ce point de départ peut paraître totalement ambigu, voire insoutenable[576], la doctrine entend bien aujourd'hui distinguer clairement et catégoriquement les deux expressions pour ne faire qu'une part belle aux droits fondamentaux. Il est certain que la question de la distinction entre "droits fondamentaux" et "droits de l'Homme" est relativement complexe[577]. Si nous pouvons développer largement ce point en explicitant, la dimension jusnaturaliste[578] ou fondamentalement extrajuridique[579] des droits de l'Homme et la dimension positive des droits fondamentaux[580], nous nous abstenons de le faire, car nous serions tombés face à certaines ambivalences[581] et incohérences qui sont propres à ces concepts[582]. Il en va de même si nous regardions la lettre du discours du droit positif[583]. La réalité de la différence de ces termes n'est pas toujours bien décelable, elle relèverait souvent de choix académiques[584], idéologiques ou encore des considérations d'opportunité[585] plus que d'une véritable distinction philosophique. Pour autant, une chose est claire, ces expressions ont été souvent considérées comme interchangeables[586]. Le *Vocabulaire juridique* par G. Cornu considère ainsi le terme de droits fondamentaux comme « *parfois synonyme de droits de l'Homme* »[587]. De même, selon le Dictionnaire juridique des Communautés européennes, « *dans le contexte communautaire cette formule est généralement utilisée comme synonyme de "droits de l'Homme"* »[588]. Par conséquent, pour B. Mathieu et M. Verpeaux, la « *substitution terminologique* » entre droits de l'Homme et droits fondamentaux « *répond probablement à un effet de mode* »[589]. Pourquoi donc ? Parce que les droits de l'Homme semblent constituer un objet tout à fait particulier, un objet qui finalement transcende les différentes expressions. Il constitue un concept protéiforme/multidimensionnel qui tend à retranscrire une ambition particulière, un esprit général[590] et des impératifs qui se retrouvent, d'une certaine façon, dans les autres notions. Il témoigne d'une préférence pour qu'un certain nombre de valeurs – relatives à l'être humain – que nous cherchons soient garanties et protégées, et qui dessine le modèle de société dans laquelle nous voulons vivre, selon un certain type de rapports entre les différents membres de

[576] P. Fraisseix, « Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturation des droits de l'homme ? », *RDP*, 2001, pp. 531-553.
[577] S. Platon, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, *op. cit.*, pp. 20-22 ; C. Girard, *Des droits fondamentaux au fondement du droit : Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2010, p. 32 : « *Il semblerait que rien de neuf n'émerge par rapport aux droits de l'Homme. Et pourtant, le recours remarqué à cette expression ne pourrait pas être insignifiant* ».
[578] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*
[579] L. Favoreu, O. Pfersmann, et autres, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 7e édition, Paris, 2015, p. 75 ; O. Dord, « Libertés publiques ou droits fondamentaux ? », in *Les libertés publiques, Cahiers français* n°296, mai-juin 2000, La documentation française, Paris, p. 11.
[580] J. Mouly, « Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'homme », *Dr. Soc.*, 2002, p. 799 ; et O. Dord, *op. cit.*, p. 11 : « *avec les notions de "libertés publiques" ou de "droits fondamentaux", on quitte le droit naturel pour le droit positif* ».
[581] G. Peces-Barba Martinez, *Théorie générale des droits fondamentaux*, trad. I. A. Pelé, LGDJ, Paris, 2004, p. 23 : « *en utilisant le terme "droits de l'Homme" nous pouvons faire référence à une prétention morale ou à un droit subjectif protégé par une norme juridique, mais dans le premier cas, la prétention morale, qualifiée de "droit", est alors revêtue des atours juridiques. En d'autres termes, ce mot est d'un usage ambigu qui peut signifier deux choses distinctes, lesquelles ont exprimé l'affrontement permanent, dans l'histoire de la pensée juridique, entre deux points de vue, jusnaturaliste et positiviste* ».
[582] *Voy*. R. Guastini, « À propos des droits de l'Homme », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 8 | 2015, mis en ligne le 17 septembre 2015.
[583] M. Levinet, *Théorie générale des droits et des libertés*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 59 : « *en réalité, les droits de l'homme son pleinement intégrés dans une perspective juridique. Ils ne relèvent pas d'une rêverie propre à des juristes égarés mais sont dotés d'un statut juridique qui les transforme en une catégorie juridique à laquelle est attachée un statut protecteur* ».
[584] *Voy*. V. Champeil-Desplats « Des "libertés publiques" aux "droits" : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum*, n° 5, disponible en ligne : « *L'importance acquise par l'expression "droit fondamental" en France est donc essentiellement le fruit d'un effort doctrinal. Celui-ci a moins consisté à décrire un phénomène qu'à l'instituer, en se livrant parfois à un travail de redéfinition des terminologies juridiques classiques, dont les déformations ne sont sans doute pas étrangères à la vigueur du vent de réaction suscité* ».
[585] *Voy*. V. Champeil-Desplats, « La notion de droit "fondamental" et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, p. 323 ; E. Dreyer, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, p. 748 ; C. Coudert, *Réflexions sur le concept de fondamentalité en droit public français,* thèse de Droit, Faculté de droit et de science politique de Clermont-Ferrand, 2011, pp. 207 et s.
[586] Pour un exemple : F. Viangalli, « Les droits de l'Homme sont-ils vraiment du droit ? », *RDLF* 2011, chron. n°18, disponible en ligne.
[587] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige-PUF, Paris,8e édition, 2007.
[588] V. Di Bucci, « Droits fondamentaux », in A. Barav et Ch. Philip (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, Paris, 1993.
[589] B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2002, p. 14.
[590] J. Habermas, *La Constitution de l'Europe*, Gallimard, Paris, 2012, pp. 133 et s. : il développe « *l'utopie réaliste des droits de l'homme* ». « *Parce qu'ils trouvent leur origine dans la dignité humaine* », écrit-il, « *les droits de l'homme traduisent quelque chose qui a l'explosivité politique d'une utopie concrète* ». Et il poursuit : « *Les droits de l'homme forment une utopie réaliste, loin d'un idéalisme qui n'engage à rien et d'une posture cynique des prétendus réalistes, parce qu'ils poursuivent un idéal de société juste inscrit dans les institutions mêmes des États constitutionnels* ».

cette société – ce qui inclut les autorités qui régissent cette Cité. Si nous parlons de "droits de l'Homme", c'est déjà qu'au rang de ces valeurs figure celle de *prééminence du droit*, et donc la positivation juridique des valeurs qui font l'objet de cette philosophie politique est nécessaire à la réalisation de cette philosophie. Parler de droits pour ces valeurs démontre bien que cette philosophie revendique sa réalisation effective par l'inscription dans le droit positif des valeurs qu'elle défend, elle n'entend pas s'arrêter à un stade esthétique. Finalement, de façon un peu stipulative, nous affirmerons comme le professeur Bioy, que « *l'expression "droits de l'homme" renvoie à une dimension politique et philosophique qui sous-tend le droit positif, lequel institutionnalise et formalise les prérogatives individuelles fondées en raison ou sur des droits naturels (…). Ils peuvent (et doivent même) servir de point de départ au droit des libertés fondamentales, mais ils ne forment pas une catégorie juridique au sens d'un groupe de normes répondant au même régime juridique. Cela n'exclut pas bien sûr qu'ils appartiennent au discours du droit positif (…)* »[591].

93. La complémentarité de ces éléments. – Si l'expression "droits fondamentaux" induit un certain nombre de choses[592], et est associée à certains effets juridiques – en effet, ils sont protégés par une multiplicité d'organes, surtout juridictionnels, qui utilisent des méthodes particulières et sont marqués par des éléments comme « *l'équivalence des protections* » –, ils restent néanmoins étroitement liés à l'esprit des droits de l'Homme[593], surtout à leur lecture française, que nous venons d'en faire ; ils ne sont qu'une traduction locale et particulière de la philosophie des droits de l'Homme. Cela se voit de par la volonté d'assurer une protection effective de valeurs qui gravitent autour de l'individu, de l'être humain[594] – en témoigne la prééminence du concept de dignité humaine[595] –, la volonté d'imposer aux États la reconnaissance et la garantie de droits dont tout individu à vocation à bénéficier[596] – c'est aussi cette dimension qui explique que les textes conventionnels restent très imprécis, il faut arriver à obtenir l'adhésion de la plupart des États qui chacun ont des cultures différentes. Il y a « *une dimension "hétéro-intégrative"* »[597], une volonté *d'effectivité*[598] de ces droits. De plus, l'accent est parfois mis sur le lien qu'ils entretiennent avec l'Homme, « *fondement de tout droit* », et sur le fait que « *les conséquences de sa reconnaissance traversent tout l'ordre juridique* »[599]. Pour d'autres auteurs, « *au sens profond et initial, un droit fondamental mérite son nom lorsqu'il est constituant de l'identité de l'homme dans une société démocratique déterminée* »[600]. « *Serait fondamental un droit qui garantit l'existence (…) du sujet de droit comme individu douter de volonté et de libre arbitre* »[601]. Enfin, l'argument principal relève de l'appréhension de la *fondamentalité* de ces droits – débat sur lequel nous aurons le temps de revenir par la suite. Si cette notion reste ambivalente, nappée de mystère, elle témoigne toutefois de l'aspect *axiologique* des droits fondamentaux[602] – comme les droits de l'Homme qui en sont le meilleur étendard[603] –, ainsi que

[591] X. Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrestien, Lextenso, Paris, 2013, p. 74.
[592] J. Andriantsimbazovina « L'enrichissement mutuel des droits fondamentaux en Europe au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ? », *RFDA*, 2002, pp. 124-139, spéc. p. 124. : « *à la différence des droits de l'homme qui font de l'homme individu le dépositaire des droits de l'homme, les droits fondamentaux feraient du groupe le dépositaire de droits fondamentaux ; ceux-ci seraient vecteur alors d'une quête communautaire destructrice de l'universalisme des droits de l'homme* » ; V. Champeil-Desplats « Des "libertés publiques" aux "droits" : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *op. cit*.
[593] L. Favoreu et a., *Droit des libertés fondamentales*, *op. cit*., pp. 2 et ., spéc. p. 3.
[594] *Ibid.,* p. 78 ; M. Levinet, « Droits et libertés fondamentaux », in *Que sais-je* ?, PUF, Paris, 2010, n°3888, pp. 8-10.
[595] Pour B. Mathieu, la dignité serait un « *principe matriciel* ». Elle est même « *la raison d'être de l'ensemble des droits de l'homme* » : B. Mathieu, « Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, chron., p. 211.
[596] *Voy*. L. Favoreu et O. Pfersmann, *op. cit*., pp. 74 et 75 : « *le libéralisme politique exige que certains comportements (…) ne puissent faire pas l'objet d'une réglementation restrictive (…) l'idée que les individus possèdent des droits qui doivent bénéficier d'une protection juridique forte* » et il y a des droits fondamentaux s'« *il existe des "permissions" au bénéfice des classes de toutes les personnes en règle générale, et au bénéfice de classes les plus générales de personnes à titre exceptionnel* » ; J. Chevallier, « Propos introductif », in D. Lochak (dir.), *Mutations de l'État et protection des droits de l'Homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, Nanterre, 2007, pp. 17-19
[597] V. Champeil-Desplats, « Des "libertés publiques" aux "droits fondamentaux" : (…) », *op. cit*.
[598] E. Millard, « Précision et effectivité des droits de l'homme », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 7 | 2015, mis en ligne le 26 mai 2015.
[599] B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : Principes directeurs*, éd. STH, Paris, 1988, n° 314, p. 189 : les droits fondamentaux sont « *un ensemble de droits et de garanties que l'ordre constitutionnel reconnaît aux particuliers dans leurs rapports avec les autorités étatiques. Ils sont "fondamentaux", d'une part, parce qu'ils se rapportent à l'homme qui est le fondement de tout droit et, d'autre part, parce que les conséquences de leur reconnaissance traversent ou devraient traverser tout l'ordre juridique. Les droits fondamentaux englobent à la fois les libertés constitutionnelles (…) y compris les droits dits sociaux et les différentes composantes du principe d'égalité* ».
[600] M.-L. Pavia, « Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental », *LPA*, 6 mai 1994, n° 54, spéc. p. 13.
[601] X. Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques, op. cit.,* p. 80.
[602] J.-M. Sauvé, « Y-a-t-il trop de droits fondamentaux ? », Conférence prononcée par Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État lors de la Rentrée solennelle de la Faculté de droit de Montpellier, le 18 septembre 2012, disponible en ligne : « *en matière de droits fondamentaux, il est difficile de penser la dimension juridique en dehors d'une perspective axiologique ; à propos du droit international des droits de l'homme, le professeur Sudre n'hésite d'ailleurs pas à qualifier ce droit de "droit idéologique"* » ; L. Lalonde, « L'application de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux – Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu » in A. R. Nadeau (dir.), *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, éd. Yvon Blais, Montréal, 2006, p. 335 : « *Les droits fondamentaux recèlent, dans leur essence, une intention de reconnaissance de valeurs plurielle* » ; D. Gilles et S. Labayle, « L'irrédentisme des valeurs dans le droit : la quête du fondement axiologique », *RDUS*, n° 42, 2012, p. 351 : « *Le domaine privilégié du recours aux droits et principes est toutefois le domaine des droits et libertés de la personne. L'évidente proximité entre droits fondamentaux, valeurs et principes transparaît évidemment au sein des instruments juridiques qui les expriment de la manière la plus éclatante, comme les chartes ou les textes fondamentaux* » ; X. Bioy, Drois fondamentaux et libertés publiques, *op. cit*., pp. 71-72.
[603] J. Andriantsimbazovina et autres. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Paris, 1ère édition, 2008, p. 971 : « (*v)aleurs et principes sont des termes qui au premier abord n'appellent respectivement aucune spécification tant ils subissent, dans le langage juridique, une commune utilisation pour qualifier les droits de l'Homme* » ; I. Kuçuradi, « Les droits de l'homme, en tant que principes éthiques et fondements de la loi », in *Philosophie et droits humains*, UNESCO, coll. "1ère

de leur dimension *structurelle*[604]. Tout cela montre clairement une donnée importante, et qui est la résultante d'une filiation avec les droits de l'Homme [605] : l'aspect transcendantal des droits fondamentaux[606].

94. La nature fondamentalement abstraite et imprécise des énoncés relatifs aux droits fondamentaux : le résultat de la philosophie qui anime ces droits. – En effet, il est certain que les droits fondamentaux expriment un ensemble de valeurs, normalement partagées par toute une société, et constituent des métaconcepts qui sont attachés à l'Homme, à son être même, au « *libéralisme politique* »[607] associé à un régime juridique particulier. La dimension morale, politique, juridique [608] ainsi que transcendantale des droits de l'Homme a déteint sur les droits fondamentaux[609] – ils oscillent entre un point de vue *juspositiviste* et *jusnaturaliste*. La philosophie politique des droits de l'Homme transparaît clairement ici et elle conduit à un truisme : l'abstraction multilatérale de ces droits[610], et donc l'imprécision pathologique[611] ainsi que la généralité des énoncés juridiques qui sont censés en être les dépositaires[612], du moins les textes qui consacrent de manière explicite une liberté. Nous aurions pu penser le contraire, car comme le disait Karal Vasak, « *la positivisation progressive des droits de l'homme a enlevé à ceux-ci ce caractère programmatique que les textes qui les consacraient semblaient leur attribuer par le langage percutant peut-être, révolutionnaire même, mais étranger au style du droit classique. Aujourd'hui, les déclarations des droits qui précèdent les constitutions deviennent de plus en plus une source du droit où le juge est tenté de puiser l'argument ultime, celui qui emporte la conviction* »[613].

95. Mais la réalité est toute autre. Les droits fondamentaux doivent, effectivement, consigner dans des textes des valeurs, naturellement *abstraites*, protéiformes, fluctuantes, et surtout déliquescentes, qui sont relatives à la protection des individus – également ambigu. Nous imaginons bien que la transcription est ardue. Il suffit de lire l'article 8 de la CESDH pour comprendre : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». Ces énoncés doivent précisément correspondre à des intérêts individuels objectifs suffisamment importants pour donner naissance à des obligations. À chaque droit abstrait correspond en effet une quantité indéterminée d'obligations concrètes selon les circonstances. Les droits fondamentaux se situent donc entre les intérêts qu'ils protègent, d'abord, de manière abstraite et les obligations concrètes auxquelles ils donnent droit, ensuite. Ils sont essentiellement des droits abstraits qui n'ont pas vocation à la rester. De plus, ils cherchent précisément à susciter l'adhésion généralisée par l'énonciation à un très grand degré d'abstraction d'un cadre normatif supposément légitime. Ils visent un assentiment général et cet assentiment repose justement sur la relative imprécision de leur formulation[614]. Confrontés à un énoncé imprécis, nous serons en désaccord sur la manière de l'interpréter. Pour autant, l'énoncé en lui-même, justement parce qu'il permet plusieurs interprétations, pourra faire l'objet d'un assentiment généralisé. À l'inverse, un énoncé précis est

journée de la philosophie à l'UNESCO (21 novembre 2002)", Paris, n° 7, 2004, p. 20 : « *Les droits de l'homme sont avant tout un ensemble de principes éthiques, négatifs ou positifs, sur la façon dont les individus doivent être traités. Ils constituent une tentative (...) d'introduire des exigences éthiques dans l'organisation de la société, dans la loi et dans la politique* ».

[604] A. Viala, « Droits fondamentaux (notion) », in D. Chagnollaud et G. Drago (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux,* Dalloz, Paris, 2006, p. 307 : « *la fondamentalité des droits suppose que c'est l'homme et non la société qui figure au fondement du droit* » ; G. Drago, « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnels et européens », *Droit administratif*, juin 2004, p. 7 : « *la notion de droit fondamental renvoie aux fondements de l'ordre juridique* » ; J.-M. Sauvé, *op. cit*. : « *Les droits fondamentaux expriment un peu de cette nature de l'homme ; ils sont ce que l'homme "croit qu'il est" et, par conséquent, ce qu'il convient de protéger (la liberté, la dignité…) pour qu'il reste homme. Ainsi pensés, les droits fondamentaux s'inscrivent comme l'assise même de nos sociétés, en tant que principes essentiels qui fondent la civilisation. Si la doctrine du droit naturel a perdu de son éclat, ils se sont inscrits comme des éléments structurants de nos Etats de droit* ».

[605] M. Troper disait « *les droits de l'Homme doivent être considérés (…) comme des principes transcendants* » cité par L. Parisoli, « La nature ontologique des normes fondamentales », *Persona y Derecho*, n° 43, 2000, p. 258.

[606] V. Champeil-Desplat, « La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, Chron., p. 325 : « *(les droits fondamentaux) sont ceux sans lesquels un système juridique, un sous-système ou un élément du système perdrait non-seulement sa cohérence, son mode de fonctionnement mais surtout son existence spécifique, son identité* ».

[607] L. Favoreu, O. Pfersmann, *op. cit*., p. 74.

[608] S. Besson, « L'effectivité des droits de l'homme : du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'homme », in *L'homme et son droit : mélanges en l'honneur de M. Borghi à l'occasion de son 65e anniversaire*, Schulthess, Zürich, 2011, pp. 56-58 ; C. Wellman, « The Moral Dimensions of Human Rights », *Oxford University Press*, 2011.

[609] *Voy.* F. Viangalli, « L'Essence des droits de l'Homme : rêve de droit ou réalité ? », *op. cit.*, p. 4 : « *les droits de l'homme et leur avatar contemporain, les droits fondamentaux, sont eux aussi un alliage de morale et de politique. Leur origine morale est prépondérante puisque, comme chacun sait, ils furent forgés initialement pour alimenter la lutte contre l'absolutisme de la monarchie française, et novés en instrument contraignant au lendemain de la seconde guerre mondiale pour servir de rempart contre le fascisme et les crimes de masse que les États européens ont commis au nom de principes abstraits délirants* » (souligné par nous).

[610] *Voy*. E. Xilakis, « Abstraction : le défaut des droits de l'Homme », *Revue des femmes philosophes*, n°1, 2011, pp. 86-90, disponible sur le site de l'UNESCO ; A. Mrejen, « Hannah Arendt et les droits de l'homme », *Revue en ligne Droits fondamentaux*, n° 8, janvier 2010-décembre 2010, pp. 1-19, spéc. pp. 8-11.

[611] C. Cerda-Guzman, « Une recodification des droits fondamentaux pour un nouveau contrôle de constitutionnalité ? », Paris, *VII*ème *Congrès de l'Association Française de Droit Constitutionnel les 25, 26 et 27 septembre 2008*, disponible en ligne, pp. 1-14, spéc. p. 13 : « *Les droits fondamentaux se veulent les plus généraux possibles* ». L'auteur parle ici des énoncés relatifs aux droits fondamentaux puisque son étude porte sur une recodification des droits fondamentaux et fournit une étude riche sur l'abstraction des énoncés relatifs aux droits fondamentaux.

[612] V. Champeil-Desplats, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in V. Champeil-Desplats et D. Lochak (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, Nanterre, 2008, p. 24.

[613] K. Vasak, *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, UNESCO, Paris, 1978, p. 1.

[614] T. Acar, « Appréhender l'imprécision des droits : approche linguistique », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 7 | 2015, mis en ligne le 02 juin 2015.

susceptible de provoquer rejet et contestation. Ils peuvent s'analyser comme des « *compromis dilatoires* »[615] qui consistent à formuler les énoncés du droit à partir de prédicats épais, suffisamment vagues pour provoquer le consensus, *a fortiori* quand il s'agit de conventions internationales qui doivent faire face aux États. Dès lors, toujours dans ce but, « *les droits de l'homme internationaux sont habituellement garantis de manière abstraite et minimale de manière à permettre la spécification nationale de leur contenu* »[616].

96. Par conséquent, l'abondance et la généralisation des terminologies imprécises ne sont pas nécessairement des aberrations dans cette matière, elles sont liées à la philosophie qui anime ces droits. Au sens littéral, les énoncés de référence des droits fondamentaux comportent de nombreux termes et concepts imprécis. Il suffit de se pencher sur les déclarations de droits ou les préambules des constitutions pour relever une fréquence élevée de concepts vagues et contestés, comme de termes ambigus. Il n'est nul besoin de se livrer à un relevé exhaustif de ces occurrences pour reconnaître que leur densité apparaît sans commune mesure avec celle des autres branches du droit. Les « *standards* » n'ont point été autant développés que dans les énoncés relatifs à ces droits. Nous pensons aux termes « *inhumains* », « *dignité* », « *dégradant* », ou plus simplement au terme « *droit* » dont nous cessons de soulever le caractère problématique. Que nous soyons sur le plan des droits sociaux, trouvant une place de choix dans le préambule de la Constitution de 1946, la signification littérale des différentes dispositions qui les consacre apparaît largement indéterminée, mais pas plus indéterminée que les dispositions relatives aux droits civils et politiques. Effectivement, force est de constater que les énoncés relatifs aux droits civils et politiques posent le même type de problème du point de vue de la signification littérale. Ainsi, l'article 6 de la Déclaration de 1789 qui prévoit le nécessaire concours des citoyens à la formation de la loi, demeure largement contesté. L'énoncé ne fournit pas les modalités d'une telle participation, il n'indique ni la forme ni la fréquence de la participation citoyenne. La disposition n'apparaît définie, ici encore, ni en qualité ni en quantité. Puis l'imprécision des énoncés serait une qualité de ces droits, elle permettrait également leur adaptabilité et partant, il faudrait la favoriser[617].

97. Plus encore, l'imprécision et l'abstraction des énoncés relatifs aux droits fondamentaux participeraient, dans une certaine mesure, à un autre impératif inhérent à la philosophie des droits de l'Homme – à la française, c'est-à-dire les choix politiques opérés dans l'histoire constitutionnelle et qui sont liés à une idéologie spécifique – qu'est leur *effectivité*[618]. Cette dernière exigence est vivifiée, portée à un autre niveau par rapport au Droit en général. En effet, comme nous le rappelle E. Millard : « *la notion d'effectivité (…) joue un rôle dans le statut de la proposition affirmant qu'il existe des droits de l'homme (…). Les droits de l'homme n'existent comme droits qu'à partir du moment où ils sont effectivement consacrés et protégés (…). À défaut d'être effectifs, les droits de l'homme ne sont pas des droits, mais de simples prétentions* »[619]. Avant d'étudier le propos, il faut comprendre que la définition cette notion est un enjeu en soi, au demeurant complexe. Les incertitudes s'accroissent dès lors que nous adossons cette notion à d'autres telles que celles d'« *efficacité* », de « *mise en œuvre* », « *concrétisation* » ou encore de « *garantie* ». Si les usages de ces notions, plus ou moins réfléchis ou intuitifs, sont en définitive assez rarement explicités, les éléments de définition parfois avancés mettent en avant des divergences, qui tiennent à certains présupposés théoriques, ontologiques et épistémologiques sur le Droit et l'objet de la science du droit. De tels enjeux ne peuvent ici qu'être effleurés. Effectivement, il appert que celle-ci peut être appréhendée dans plusieurs perspectives. Une première approche inscrit la question de l'effectivité dans le cadre de l'application du Droit. Ce qui est au centre ici c'est le processus par lequel les énoncés ou normes situés dans les strates les plus élevées de la « *hiérarchie des normes* » sont précisés au sein des strates inférieures du droit positif, par les multiples acteurs. L'effectivité renvoie donc au « *degré de mise en œuvre* » d'un énoncé général et abstrait au sein du droit positif inférieur. À cette première approche vient

[615] C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, PUF, Paris, 1993, p. 162.
[616] S. Besson, « L'effectivité des droits de l'homme (…) », *op. cit*., p. 62.
[617] M. Pichard, « Les juges ordinaires et les lois reconnaissant les droits de l'homme », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 7 | 2015, mis en ligne le 26 mai 2015.
[618] J. Andriantsimbazovina, « Une force qui va ? Tendances générales de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en 2003 », *Cahiers de droit européen*, 2004, p. 429 : le souci d'atteindre l'effectivité « *se situe bien dans la logique de la doctrine des droits de l'Homme. Tout en ayant une dimension philosophique, cette doctrine ne se désintéresse pas, au contraire, de la réalité de la protection des droits de l'Homme* » ; Dans une autre sens : T. Meindl, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGDJ, coll. "Bibliothèque constitutionnelle et de science politique", Paris, t. 112, 2003, pp. 102-108.
[619] E. Millard, « L'effectivité des droits de l'Homme », in J. Andriantsimbazovina et a. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2008, pp. 349-352.

s'en ajouter une seconde renvoyant à la réalisation d'une règle juridique dans la réalité sociale[620]. Classique, cette conception développée par les travaux de sociologie du droit rapporte donc l'effectivité au respect d'un modèle de comportement par les destinataires de la norme et, dans son autre versant, à la jouissance du droit par les individus. Il est certain que la question générale de l'effectivité est relative « *au passage du devoir être à l'être (...) ou, en d'autres termes, de l'énoncé de la norme juridique à sa concrétisation ou à sa mise en œuvre dans le monde* »[621]. Nous retiendrons donc une définition relativement large et consensuelle, celle de J. Bétaille, qui définit l'effectivité comme « *le degré d'influence qu'exerce la norme juridique sur les faits au regard de sa propre finalité* »[622], nous permettant de développer une réflexion sans nous astreindre à des ergotages trop abscons – quand bien même, elle a le mérite de ne pas se mêler avec des termes concurrents tout en témoignant de leur proximité[623]. L'objet de notre production nous conduira à naviguer dans une perspective qui s'intéressera tant sur la façon dont a été pensée la mise en œuvre des énoncés que sur la production des effets sur la réalité sociale[624]. Ces deux éléments se conditionnent mutuellement.

98. Comment garantir ou mettre en œuvre les droits et libertés sur le plan juridique pour, à terme, produire des effets dans la réalité sociale ? Face à cette problématique, il convient de mettre en avant une mutation fondamentale en raison du déplacement du centre de gravité de la garantie de ces droits de la Loi à la Constitution[625]. En réalité, pour les révolutionnaires, « *la garantie des droits devait résulter, en quelque sorte mécaniquement, d'un bon agencement constitutionnel* »[626]. C'est d'un certain agencement entre les organes et les fonctions que devait résulter la protection contre l'arbitraire, et la garantie des droits de l'Homme. Et, en particulier, la compétence attribuée au législateur pour concrétiser des droits dits *naturels*[627]constitue le cœur du système de garantie, de la manifestation des droits et libertés pensé par les amoureux du *rationalisme*. À cette époque, la garantie des droits n'implique pas de penser les énoncés de la Déclaration de 1789 comme des vraies normes juridiques[628]. C'est la médiation de la Loi qui permet de conférer ce statut aux droits et libertés proclamés par ce texte[629].

99. Concernant cette dernière question, il est certain que la pensée révolutionnaire attribue à la norme législative un rôle à la fois central et ambivalent, en effet, la Loi a tant pour fonction d'assurer la garantie effective des droits et libertés que fixer des limites à leur exercice[630]. Bien que ces droits soient perçus et présentés comme des axiomes universaux[631], les acteurs de la constituante ne se désintéressaient pas de la problématique de l'« *effectivité* » des droits et libertés[632]. Bien au contraire, les révolutionnaires français étaient « *poursuivis et tenaillés par la question du rapport de leurs "théories abstraites" à la réalité* »[633]. En particulier, ils sont conscients qu'il ne suffit pas de les proclamer pour que ces déclarations produisent des conséquences. C'est cette problématique qui les a conduits à faire des droits de l'Homme un objet de la norme législative, cette dernière serait précisément le moyen de faire descendre les droits « *dans la réalité vécue par les hommes* », comme nous le disait J. Rivero[634]. Réputée exprimer la « *volonté générale* » et en raison de ses différentes qualités – généralité relative des énoncés, adaptabilité, légitimité, etc. – cette source a alors été naturellement privilégiée. Néanmoins, le légicentrisme et l'obéissance qui l'accompagne

[620] « Effectivité » in P. Lascoumes, *Dictionnaire encyclopédique de sociologie et de théorie du droit*, LGDJ, Paris, 1993, p. 130 : l'effectivité renvoie au « *degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* ».
[621] V. Champeil-Desplats, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, pp. 14-15 ; « *le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* » comme le montre F. Rangeon, « Réflexion sur l'effectivité du droit », in D. Lochak (dir.), *Les usages sociaux du droit*, PUF-Publications du CURAPP, Paris, 1989, pp. 126-149, spéc. p. 127.
[622] J. Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, thèse de droit, Université de Limoges, 2012, p. 22.
[623] *Ibid.,* pp. 19-20 : « *on retiendra que les notions de respect, d'effectivité et d'efficacité relèvent de trois types d'interrogations différentes. Tout d'abord, s'interroger sur le respect d'une norme implique de se demander si celle-ci a été violée ou non, ou encore si les comportements des destinataires de la norme ou les normes qui lui sont inférieures sont conformes à la prescription qu'elle induit. Ensuite, s'interroger sur l'effectivité de la norme conduit plus largement à examiner son degré d'influence sur les faits, étant entendu que le respect de la norme ne correspond pas systématiquement à son effectivité. Enfin, s'interroger sur l'efficacité d'une norme consiste à se demander si ses effets atteignent l'objectif qu'elle vise* ».
[624] E. Millard, « L'effectivité des droits de l'Homme », *op. cit*., p. 349 : « *comprise au sens large comme réalisation sociale, jusqu'à un certain degré, de ce que (les) notions de droits recouvrent* ».
[625] En ce sens et particulièrement intéressant : C. Roulhac, « Les droits de l'homme sans la loi ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 5 | 2014, mis en ligne le 26 mai 2014.
[626] S. Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, coll. "Pluriel", Paris, 1988, p. 375.
[627] Pour une analyse sur cette question : P. Wachsman, « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 », *Droits*, n° 2, 1985, p. 17.
[628] Certains relativisent cette affirmation : T. Meindl, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, *op. cit*., p. 107.
[629] *Ibid*.
[630] Cela est noté par : C. Roulhac, « Les droits de l'homme sans la loi ? », *op. cit*.
[631] *Voy*. M. Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, Gallimard, coll. "Bibliothèque des histoires", Paris, 1989, p. 136.
[632] T. Meindl, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, *op. cit*., p. 107.
[633] M. Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme, op. cit*., p. 93.
[634] J. Rivero, « Déclarations parallèles et nouveaux droits de l'homme », *RTDH*, n°2, 1990, p. 329.

s'effritent depuis quelque temps[635]. Cette conception légicentriste de l'« *effectivité* » des droits et libertés est donc remise en cause. La montée en puissance de la Constitution a participé à modifier les rapports de force avec le législateur[636]. Il est clair que la norme constitutionnelle focalise l'attention du droit (post)moderne – certainement en raison de l'influence de grands noms[637]. L'avènement progressif de l'idée de l'État de droit n'a cessé de renforcer sa position centrale à tel point qu'il n'est plus possible d'aborder le droit sans songer à la matière constitutionnelle. Conçu pour protéger les citoyens contre l'éventualité d'un pouvoir oppressif[638], le *constitutionnalisme* a permis que la Constitution soit érigée en norme véritablement "fondamentale", c'est-à-dire que tout doit s'y conformer[639]. Par voie de conséquence, elle devient le dépositaire privilégié de la protection de ces droits. Enfin, la croyance en la force *performative* des énoncés a pris des tournures particulières en matière de droits et libertés en France, et cela se voit encore actuellement[640]. Une grande partie des acteurs juridiques a conçu la proclamation des droits comme un moyen de parfaire la réalisation des grandes libertés et leur respect dans la société. Ainsi, des auteurs soulignent que les droits n'ont pas été formulés en France en vue d'une application par les juridictions[641].

100. Les paradoxes inhérents aux impératifs d'abstraction et d'effectivité : l'évolution contemporaine de la mise en œuvre de ces énoncés. – Toutes ces considérations ont amené les acteurs du monde politico-juridique à intégrer ces droits dans les normes les plus importantes de chaque époque, encore aujourd'hui d'ailleurs – le paradigme *formel* de la fondamentalité en est une belle illustration. Mécaniquement, cela a conduit à renforcer *l'imprécision* et *l'abstraction* des énoncés qui contiennent ces droits. Cette imprécision – à l'aune notamment de termes ambigus qui composent ces énoncés – était appréhendée comme un élément certain d'« *effectivité* ». La volonté de consacrer au plus haut niveau de la hiérarchie des normes les droits paraît favoriser des énoncés imprécis car larges et conciliables, supposés être mieux respectés, et couvrant plus facilement l'immensité de champs concernés par les droits fondamentaux. Or, l'attribution d'un droit par un texte n'entraîne pas nécessairement sa réalisation ou sa protection, surtout lorsqu'ils sont relativement indécis. Les penseurs contemporains ont compris – avec la montée en puissance du juge et son rôle notamment sur le plan constitutionnel[642], afin d'éviter les ignominies du passé – l'incapacité des seuls énoncés à produire des effets et, donc, à assurer leur propre effectivité, au sens sociologique, comme celle d'autres énoncés juridiques. L'énoncé d'une peine d'amende, d'emprisonnement, d'une aide financière ne produit des effets qu'à la condition que les destinataires aient des raisons de croire à son exécution par des mécanismes ancrés dans le monde empirique. Certes, l'existence et l'institution de ces mécanismes, notamment procéduraux, sont liées à l'énoncé de la sanction, et justifiées par celui-ci, mais ils en sont matériellement distincts. Il est clair que « *les droits de l'homme n'existent comme droits qu'à partir du moment où ils sont effectivement consacrés et protégés, c'est-à-dire à partir du moment où une action attentatoire aux droits de l'homme peut effectivement, par des voies juridiques, être prévenue ou si elle a eu lieu, donner lieu à une réaction juridique par la sanction positive (satisfaction équitable) ou négative (condamnation des auteurs, annulation des actes)* »[643].

101. L'effectivité ne peut reposer que sur des organes spécifiques, notamment juridictionnels – mais pas que[644]. « *Il faut (…) rappeler que cette consécration est insuffisante pour une réelle effectivité des droits de l'homme (…), car quand bien même les énoncés seraient extrêmement précis (…) ils n'échappent pas à la nécessité de l'interprétation (…). Or c'est ce deuxième énoncé (de concrétisation) qui est la réponse juridique à la question effective des droits de l'homme : empêcher leur violation par une action*

[635] *Voy*. X. Bioy et P. Raimbault, « La puissance de la loi en question », in P. Raimbault (dir.), *La puissance publique à l'heure européenne*, Dalloz, 2006, p. 101 ; Pour d'autres éléments : P. Albertini, *La crise de la loi - déclin ou mutation ?*, LexisNexis, coll. "Essais", Paris, 2015, 360 p.
[636] *Voy*. L. Favoreu, « Le droit constitutionnel : droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, pp. 71-89 et D. Rousseau, « Une résurrection : la notion de constitution », *RDP*, 1990, pp. 5-22.
[637] T. Hochmann, « Les droits fondamentaux, la grenouille française et le bœuf allemand (II) : Louis Favoreu et la constitutionnalisation du droit », in P. Cossalter et C. Witz (dir.), *60 ans d'influences juridiques réciproques franco5allemandes : Jubilé des 60 ans du Centre juridique franco5allemand*, Société de Législation Comparée, Paris, 2016, pp. 183-195.
[638] En ce sens : B. Constant, « Discours, Chambre des députés, 2 mai 1828 », in *Archives parlementaires*, 2e série, t. 53, p. 614.
[639] C. Bidegaray, « Constitutionnalisme », in O. Duhamel et Y. Meny (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, Paris, 1992, p. 212 : Le constitutionnalisme traduit « *l'acceptation à la fois juridique et politique de la supériorité de la Constitution sur tout autre norme. Politiquement, le constitutionnalisme signifie que la loi fondamentale est la traduction du pacte social conclu entre toutes les composantes du pays. Parce qu'elle incarne l'adhésion de l'immense majorité des éléments du corps social, la Constitution bénéficie d'une légitimité érigée en mythe sacralisé (…)* ».
[640] *Voy*. J.-S. Boda, « L'effectivité problématique des normes constitutionnelles : l'exemple de la charte de l'environnement », in À la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme, *op. cit*., pp. 77-88.
[641] *Voy*. A.-M. Le Pourhiet, « Définir la démocratie », *RFDC*, 2011, p. 462.
[642] *Voy*. V. Champeil-Desplats, « La théorie générale de l'Etat est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus politicum*, n° 8, disponible en ligne, p. 13.
[643] E. Millard, « L'effectivité des droits de l'Homme », *op. cit*., pp. 349-352.
[644] D. Löhrer, *La protection non juridictionnelle des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé : L'exemple de l'ombudsman spécialisé portugais, espagnol et français*, thèse de Droit, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2013.

procédurale aboutissant à la production de cet énoncé de concrétisation pourvu d'une autorité particulière, celle de la chose jugée »[645]. Tout cela a conduit à exalter la fonction juridictionnelle actuellement[646]. Les acteurs juridictionnels sont ainsi perçus comme les meilleurs garants de l'effectivité des valeurs consacrées – au sens de la mise en œuvre de l'énoncé –, jusqu'à en devenir un élément constitutif des droits fondamentaux[647]. « *La question de la garantie juridictionnelle est donc bien centrale dans la définition des droits fondamentaux* »[648]. En effet, dès H. Kelsen, il a été admis que l'introduction d'un catalogue de droits fondamentaux au sein de la Constitution n'est efficace que « *si est instituée la possibilité de les (Lois) attaquer et d'obtenir leur annulation* »[649]. Nous pouvons donc voir dans le contrôle juridictionnel l'instrument de la sauvegarde d'un droit, mais également le moyen de faire produire leurs effets aux droits fondamentaux ainsi que les développer[650]. De cette manière, la garantie d'un droit serait une condition *sine qua non* à son effectivité, davantage que sa présence dans le droit positif par des énoncés d'une certaine valeur. L'effectivité d'un droit et sa garantie seraient interdépendantes, l'un étant difficile à concevoir sans l'autre. Pour certains auteurs, l'existence de ces droits serait dépendante de leur effectivité[651]. C'est un lieu commun, la seule existence d'un catalogue de droits et libertés, aussi complet soit-il, ne saurait suffire à assurer l'exercice des droits de la personne humaine[652]. La vérité, ce n'est qu'à partir du moment où les droits et libertés se trouvent assortis de mécanismes de protection de nature à en garantir l'effectivité qu'ils peuvent se réaliser. La simple proclamation des droits et libertés « *les laisse à l'état de virtuel. Pour qu'il s'agisse de droits réels et effectifs et non pas de droits formels et virtuels, il faut que la Constitution définisse un certain nombre de règles juridiques et mette sur pied un certain nombre de mécanismes destinés à en garantir le respect* »[653]. Mais également, l'idée derrière ces mécanismes est de permettre « *une réelle protection (en) anticipant autant que faire se peut les violations* »[654] et d'encadrer suffisamment les comportements des individus par la compréhension de ce que ces droits impliquent – ce serait le gage d'une effectivité plus générale de ces droits sur le plan sociologique.

102. La pertinence d'un contrôle concret de proportionnalité en lien avec l'impératif d'effectivité : l'importance de la production d'un nouvel énoncé. – Nonobstant, face à de tels énoncés *imprécis* et *abstraits*, la tâche est ardue pour le juge de trancher des litiges, de garantir la sauvegarde de ces droits fondamentaux et donc de participer à leur effectivité. D'autant plus, qu'en raison des caractéristiques propres à ces énoncés en termes de positionnement hiérarchique, ce contentieux est marqué par la *conciliation*. En effet, ces droits sont souvent opposés à d'autres droits et libertés ou à des exigences de l'intérêt public de même valeur juridique qui entrent rarement dans un rapport de temporalité. Il faut alors départager des éléments fortement indéterminés. D'ailleurs, dans certains cas, l'imprécision peut apparaître comme un obstacle insurmontable mettant à mal l'existence de certains droits. Assurément, elle aurait parfois un effet contre-productif, comme nous le montre une étude sur le droit allemand et suisse qui conclut que « *les caractéristiques formelles des énoncés relatifs aux droits de l'Homme ont bien un impact sur leur effectivité, dans la mesure où les droits de l'Homme "imprécis", ou encore une fois "réputés imprécis", ne bénéficient que d'une effectivité a minima (…). L'imprécision de certains énoncés juridiques ne constitue plus un obstacle à leur normativité, mais bien plutôt une potentielle limite à leur portée, à leur effectivité* »[655]. Les juges se refusant à appliquer, d'admettre l'invocabilité ou de trancher en faveur de certains droits consacrés par des dispositions, car trop générales dans un procès. Un grand nombre de dispositions ne constitueraient pas, de prime abord, des prescriptions suffisamment rigoureuses et incontestables pour être de véritables règles de droit dans un procès. Finalement, pour contourner ces maux

[645] E. Millard, « Précision et effectivité des droits de l'homme », *op. cit.,* pp. 3-4.
[646] A. Troianiello*, op. cit.,* p. 71 : « *la fondamentalité des droits fondamentaux est en définitive une affaire d'interprétation. Et, pour l'essentiel, cette dernière est laissée à la discrétion de juges dont le rôle politique se trouve alors exalté* ». Par conséquent « *le juge qui est appelé à jouer le rôle du Léviathan garant de la cohésion sociale* » (p. 66).
[647] Il doit y avoir des organes juridictionnels de contrôle et des personnes habilitées à les saisir : L. Favoreu et O. Pfersmann, *op. cit.,* p. 75.
[648] M.-J. Redor, « Garantie juridictionnelle et droits fondamentaux », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°1, 2002, p. 94.
[649] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit*., p. 226.
[650] J.-M. Sauvé, « La dynamique de protection des droits fondamentaux en droit national et en droit européen », Conférence Université Jagellone de Cracovie (Pologne), lundi 22 octobre 2012, disponible en ligne : « *La dynamique de protection des droits fondamentaux s'est construite, durant le dernier demi-siècle, sur l'expansion des déclarations de droits (en droit interne, européen et international), sur la pluralité des traditions constitutionnelles et des ordres juridiques (à la fois nationaux et européens) ainsi que sur la diversité des juges et des interprétations données aux droits fondamentaux* ».
[651] V. Champeil-Desplats, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *op. cit.*, pp. 22-23 : « *Depuis quelque temps, il semble que le lien entre la proclamation d'un droit et sa réalisation tende à s'inverser. S'affirme ainsi de plus en plus l'idée selon laquelle un droit n'existe pas s'il n'est pas garanti ou effectif. Autrement dit, ce n'est plus l'existence normative ou l'attribution du droit qui conditionne son effectivité, mais l'effectivité qui conditionne l'existence du droit* » ; J. Chevallier, « Présentation », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 5 | 2014, mis en ligne le 11 mai 2014, p. 2.
[652] *Voy*. G. Burdeau, *Les libertés publiques*, LGDJ, Paris, 1972, p. 35.
[653] P. Bon, « La protection constitutionnelle des droits fondamentaux : aspects de droit comparé européen », *in* D. Maus et P. Bon (dir.), *La nouvelle république brésilienne*, Economica-PUAM, coll. "Droit public positif", Paris, 1991, p. 223.
[654] E. Millard, « Précision et effectivité des droits de l'homme », *op. cit.,* p. 2.
[655] C. Fercot, « Précision et droits de l'Homme dans les ordres juridiques allemand et suisse », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 7 | 2015, mis en ligne le 16 juillet 2015, pp. 1-22, spéc. pp. 12-13.

et remplir la mission qui lui est dévolue, le juge semble donc obligé de fournir un travail intense adossé à une méthode singulière. En d'autres mots, l'exigence *d'effectivité*, préalablement étudiée et réactualisée, commande presque, paradoxalement, au juge de préciser de façon convaincante ces énoncés "fondamentaux", de les concrétiser en produisant un autre énoncé marqué par certaines caractéristiques, à travers une méthode qui est susceptible de les introduire.

103. En effet, il va falloir trouver des méthodes qui permettent d'extraire un contenu normatif pour trancher les procès, de trouver un sens *concret* et *effectif*, au-delà de ce que semblent dire les énoncés "fondamentaux" fortement indéterminés. Puis, il faut adopter des solutions convaincantes – puisqu'elles « *ne sont pas auto-exécutoires : (elles) sont (...) reçues et compris(es) par ceux qui doivent les exécuter (...)* »[656] – en se fondant sur des éléments précis et concrets de persuasions. Avec ces quelques idées, nous comprenons que son *énoncé normatif de concrétisation*, et donc le raisonnement préalable, doit être précis et contextualisé, ce qui serait à terme le meilleur moyen d'assurer l'effectivité des droits invoqués. Effectivement, il est limpide que pour pouvoir respecter et rendre effectif un droit ou une liberté consacrés encore faut-il connaître ce qu'il implique, c'est-à-dire tant la présupposition que les effets juridiques de la norme – même si tout est sujet à interprétation, le terrain est ici relativement bien balisé. C'est ce que tend à faire l'énoncé du juge en se fondant et explicitant le contenu des énoncés "fondamentaux" qui servent de référence. Il exhibera son contenu à la société, tout en protégeant un droit lors d'un procès. Et comme nous avons pu le voir dans nos précédents développements, un tel résultat n'est pas atteignable par un raisonnement *monologique* et *abstrait*. Une *mise en balance concrète* – nous retenons encore une fois la définition idéaltypique du contrôle de proportionnalité – apparaît comme satisfaisante pour ternir l'indétermination des énoncés qui servent de norme de référence du contrôle, *a fortiori* avec des énoncés qui favorisent l'indécision, les incursions axiologiques et métajuridiques[657] ainsi que la conciliation. F. Rigaux faisait déjà cette remarque que « *le concept juridique de vie privée ne saurait donner lieu à une application de type syllogistique permettant au juge d'identifier par une opération purement logique la situation appréhendée par ce concept. La méthode de pondération des intérêts est la seule appropriée, mais, comme ce terme l'indique, le juge pèse les intérêts respectifs des parties en présence à la lumière de l'intérêt général* »[658]. C'est la confrontation des thèses en présence selon différents principes, une mise en balance d'éléments dans un environnement *concret* qui permet de trancher utilement le conflit, de ne retenir qu'une interprétation suffisamment pragmatique et de renforcer la prescription des normes de référence. Comme le notent certains auteurs : « *un même droit peut avoir un degré de fondamentalité fort dans certains cas et plus faible dans d'autres, selon la nature particulière concrète du litige concerné dans le cas d'espèce ou en fonction des autres droits auxquels il est opposé (...). Les droits en général, fondamentaux ou pas, sont par nature et essentiellement relatifs, car ils s'inscrivent toujours nécessairement en une série de relations qui les constituent comme droits. Ils sont d'une contexture plurirelationnelle* »[659].

104. En définitive, il convient d'affirmer que « *seule une approche concrète permet d'illustrer la mise en œuvre d'un intérêt légitime à attenter aux droits fondamentaux* »[660]. Si ce contrôle apparaît comme nécessaire en raison de l'indétermination des énoncés relatifs aux droits fondamentaux, et surtout de la philosophie qui les fonde, la persistance d'un tel contrôle trouve des éléments de réponse dans l'essence des droits fondamentaux, c'est-à-dire leur *fondamentalité*. Jusqu'à présent, nous nous sommes limités à l'analyse des éléments qui intègrent explicitement ces droits. Mais l'élément « *fondamentalité* », appréhendé en lui-même indépendamment de la lettre des textes, peut nous amener à dépasser les réflexions sur ces quelques énoncés afin de nous faire admettre que ces droits tissent des liens inextricables avec un raisonnement *concret* et de *proportionnalité*.

[656] E. Millard, « Précision et effectivité des droits de l'Homme », *op. cit.,* p. 4.
[657] *Voy.* A. Cortes et T. Violante, « Concrete Control of Constitutionality in Portugal : A Means Towards Effective Protection of Fundamental Rights », *Penn State International Law Review*, vol. 29, n°4, article 3, 2011, pp. 759-776.
[658] F. Rigaux, *La proportion de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1990, p. 770.
[659] B. Pellegrini, « La portée structurante des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 150.
[660] J. Raynaud*, Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, thèse de Droit, Université de Limoges, 2001, p. 193.

B) Une fondamentalité des droits caractérisée par la controverse juridictionnelle et la proportionnalité

105. La controverse sur l'étendue du concept de droit fondamental. – « *Le discours juridique véhicule (...) une incertitude terminologique qui concerne tant la définition que la portée de son objet même* », voilà ce qui est noté par de nombreux observateurs sur l'idée de "fondamentalité" propre aux droits fondamentaux[661]. Nous avons abordé la définition des droits fondamentaux dans la partie antérieure dans une optique toute particulière et relativement restrictive. En effet, nous n'avons pas appréhendé à juste titre ce que pouvait signifier la *fondamentalité* de ces droits – au-delà de la seule dimension axiologique et structurelle – et les traits caractéristiques de ces droits. Il ne s'agit que de balbutiements d'une théorie sur les droits fondamentaux. L'ambivalence de l'épithète « *fondamental* » produit une pluralité d'acceptions doctrinales[662]. Le concept de « *droit fondamental* » apparaît alors comme un label incontrôlé et rebelle à toute systématisation[663]. Compte tenu « *du défaut de concordance entre les "lignes de la Constitution", les "conclusions des théoriciens" et les "mots du juge"* »[664], ce concept se révèle, de toute évidence, particulièrement délicat à manipuler. Néanmoins, deux types de définitions des droits fondamentaux se démarquent et semblent être privilégiées : l'approche *formelle* et l'approche *matérielle*[665]. Un droit devient fondamental, lorsqu'il est consacré par l'organe étatique dans des normes à caractère *supra-législatif* et lorsqu'il bénéfice de mécanismes de garantie de leur primauté[666] (critère *formel*) ou lorsqu'il contient une valeur reconnue comme fondamentale dans la société et relative à la personne humaine (critère *matériel* ou *substantiel*).

106. La prise de position dans cette querelle. – En réalité, ni l'une ni l'autre ne semble emporter une totale conviction[667]. Le choix est ici purement idéologique, disciplinaire[668] – en effet, des Écoles de pensée sont en concurrence dans ce domaine, notamment *l'École aixoise* qui est la principale vectrice de la lecture *formelle* de ces droits –, il marque l'affection à différents paradigmes qui existent dans la discipline juridique. De plus, la combinaison des deux n'est pas une aberration et serait une clé de sortie en apparence satisfaisante ; surtout largement analysée par la doctrine[669]. Pour autant, sans négliger les apports de cette approche œcuménique, nous affirmerons que dans ce couple, la vision *matérielle* apparaît comme essentielle – une approche purement *positiviste* de ces droits conduit elle-même à des inclusions *matérielles*, comme en témoignent les multiples références au « *libéralisme politique* », au projet « *démo-libéral* » dans les écrits de cette École, ses auteurs déduisent cela des textes qui protègent explicitement les droits fondamentaux alors même que l'objet de leur définition *stipulative* et de leur paradigme/épistémologie *formelle* est de couper avec son objet, de se situer d'un point de vue *externe*[670], et cela pour une raison simple, cette lecture, seule, ne permet de rendre compte de la *raison d'être* de ces normes supra-législatives consacrant ces droits – afin d'entrevoir plus précisément la consubstantialité de ces droits avec le contrôle *concret* de proportionnalité. Pourquoi un tel choix ? Si un droit fondamental est un « *acte de raison* » qui peut être, et est le plus souvent, rattaché à la hiérarchie des normes[671], il ne se confond pas toujours avec elle. Les droits fondamentaux sont « *hors norme* », disait un auteur[672]. Un droit

---

[661] O. Dord, « Droits fondamentaux », in J. Andriantsimbazovina et a. (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 332 ; S. Etoa, *Le passage des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : Analyse des discours juridiques français*, thèse de Droit, Université de Caen Basse-Normandie, 2010, p. 207 : « *Depuis maintenant plus de vingt ans que le problème des contours et de l'étendue du concept de droit fondamental se trouve posé à la doctrine, on ne trouve toujours pas d'acceptions satisfaisantes de celui-ci* ».

[662] *Voy*. V. Champeil-Desplats, « Les droits et libertés fondamentaux en France. Genèse d'une qualification », in A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 25-30 ; « la notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *D*, 1995, pp. 324-325. Outre l'approche *matérielle* et *formelle*, le professeur Véronique Champeil-Desplats recense une conception *structurelle*, selon laquelle *« les droits ou principes fondamentaux sont (...) ceux sans lesquels un système juridique, un sous- système ou un élément du système perdrait non seulement sa cohérence, son mode de fonctionnement mais surtout son existence spécifique, son identité »* et une conception *commune* ou *comparative*, où le caractère fondamental des droits et libertés est déduit des similitudes de qualification dans différents systèmes juridiques nationaux ou internationaux (*op. cit*, p. 325).

[663] *Voy*. N. Molfessis, « Droit fondamental, un label incontrôlé », *JCPG,* 2009, n° 25, p. 58.

[664] M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, coll. "Droit et justice", 2e édition, 2008, p. 68.

[665] B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit*., pp. 12-13.

[666] P. Gaïa, « La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *op. cit.,* pp. 240-241 : les droits fondamentaux sont des « *normes de permission situées à un rang hiérarchiquement supérieur et autorisant le déclenchement de sanctions appropriées consistant notamment en l'invalidation (annulation) des normes* ».

[667] *Voy*. X. Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques, op. cit*., pp. 72-74 ; É. Ballot, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, Mare & Martin, coll. "Bibliothèque des thèses", Paris, 2014, pp. 40-89.

[668] X. Bioy, « Qu'appelle-t-on "droits fondamentaux" ? », *Revue Politeia* n°30, Autonome 2016, « Les droits fondamentaux, horizon indépassable du droit constitutionnel ? », pp. 215-226, spéc. p. 217.

[669] S. Platon, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, *op. cit*., pp. 13-14.

[670] F. Ost et M. Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit,* Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1987, p. 78 : qui est selon eux le « *seul moment méthodologique, et donc scientifique du savoir. Il suppose la prise de distance à l'égard de la réalité (...), la rupture épistémologique génératrice de l'objectivation du donné étudié* ».

[671] B. Beignier, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs. Les principes généraux du droit et la procédure civile », in *Le droit français à la fin du XXe siècle, Études offertes à P. Catala*, Litec, Paris, 2001, pp. 153-170, spéc. p. 165.

[672] E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, pp. 8 et s.

n'est pas fondamental parce qu'il est formellement consacré, mais il est formellement consacré parce qu'il est fondamental[673]. « *La fondamentalité ne s'épuise dans aucune norme formelle* »[674] – ce critère n'est pas antagoniste avec l'acception *matérielle*, au contraire, la fondamentalité *formelle* constitue le bras armé de la fondamentalité *matérielle*, elle serait même un indice d'identification de cette dernière[675]. Pourrions-nous affirmer, par exemple, que le droit consacré par l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 n'est pas un droit fondamental, car il n'est pas rattaché à une norme supra-législative ? Les manifestations de la fondamentalité ne se situent pas uniquement, dans la vision structurelle de la hiérarchie des normes, au niveau du sommet que forment la Constitution et les conventions internationales répondant aux exigences constitutionnelles[676]. Si les normes supérieures assurent la protection des droits individuels et consacrent par l'intermédiaire de leur juge la prépondérance de droits fondamentaux sur d'autres droits, cela ne signifie pas que tous les droits des normes supérieures soient des droits fondamentaux. Il convient de ne pas confondre les causes de la fondamentalité et leurs vecteurs, écrits ou non. D'ailleurs, cette conception éradique complètement la portée spécifique du mot « *fondamental* », au profit de « *constitutionnel* », alors même que le droit positif témoigne très largement de ce que ces droits, s'ils sont souvent consacrés et garantis par le constituant, ne trouvent pas forcément leur origine ou leur sanction dans une norme de rang constitutionnel et ne prévalent pas toujours comme le devraient des droits constitutionnels. Enfin, comme le révèle le Professeur Bioy : « *au plan formel, la correspondance entre fondamentalité et constitutionnalité se constate en fait plus qu'elle ne se comprend* »[677].

107. En somme, la fondamentalité se trouverait surtout dans un critère *matériel* ; un *signifié substantiel* serait essentiel[678]. Dit autrement, « *la fondamentalité n'est réservée à aucun rang normatif particulier. Elle ne s'épuise dans aucune norme formelle, mais elle réside dans la valeur propre du droit concerné. C'est donc bien la hiérarchie substantielle (…), qui est le critère décisif même si, le plus souvent, elle s'incarne pour sa garantie même dans une hiérarchie formelle de normativité qui n'en est que l'outil et l'effet et non la cause (…)* »[679]. Toujours selon le même auteur, le caractère fondamental d'une règle juridique serait finalement lié au « *principe politique de la dignité de la personne humaine. Se trouvant au fondement du droit, les droits fondamentaux sont par principe fondateurs, car le principe de la dignité humaine n'est fondé que sur lui-même, sur sa propre affirmation comme pure valeur* »[680] – il s'agit de concevoir la dignité non pas comme un droit fondamental, mais plutôt à considérer avec sérieux la proposition faite par certains de voir en lui le principe matriciel des droits fondamentaux[681]. D'une certaine manière, tout se passe donc comme si la fondamentalité se trouvait dans une stase chrysalidaire au sein d'une règle inscrite dans le système normatif – notamment dans une règle hiérarchiquement élevée, mais pas qu'elles –, attendant d'éclore au meilleur moment, dès lors que le besoin pour le juge en a besoin pour résoudre une litige[682]. En outre, cette thèse en n'opposant pas forcément sources *matérielles* et *formelles* et en évitant l'antinomie du juridique et de l'axiologique, délégitime la peur des valeurs dans le discours juridique, mais elle n'élime pas l'aspect tautologique de l'assertion et l'incertitude qui accompagne tout discours gravitant autour de la *dignité*. Selon certains auteurs, cependant, le danger de subjectivité n'est plus puisque « *les valeurs ne sont pas seulement subjectives dès lors qu'elles sont inscrites dans un ordre juridique commun, collectif, global, accepté démocratiquement* »[683]. Pourquoi employer la *dignité* – concept[684] ô combien controversé[685] –

[673] *Ibid*., p. 8 : « *des droits assez essentiels pour fonder et déterminer, plus ou moins directement, les grandes structures de l'ordre juridique tout entier en ses catégories, dans lequel et par lesquels ils cherchent à se donner ainsi les moyens multiples de leurs garanties et de leur réalisation* ».
[674] *Ibid*., p. 15.
[675] *Ibid.,* p. 7 et p. 22 : « *elle (la troisième approche que le professeur Picard dégage) consiste à postuler que, dans notre ordre juridique, le constitutionnel étant fondamental, les droits fondamentaux sont les droits constitutionnels (tout au moins certains d'entre eux, ce qui obère la stricte cohérence de cette conception*) » et il continue en disant que la fondamentalité « *ne dépend pas essentiellement ou en tous cas pas exclusivement de la source formelle : elle ne dépend que d'elle-même et de sa relativité en ce qu'elle ne s'impose effectivement que lorsqu'elle doit s'appliquer concrètement* ».
[676] E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *op. cit.*, p. 6 : « *bien que la hiérarchie substantielle ne paraisse se poser que dans les interstices de cette hiérarchie normative formelle, elle la domine en réalité intégralement et la défie constamment* ».
[677] X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le thème des droits fondamentaux*, Dalloz, coll. "nouvelle bibliothèque des thèses", Paris, 2003, p. 778.
[678] C. Coudert, *Réflexions sur le concept de fondamentalité en droit public français*, thèse de Droit, Université d'Auvergne-Clermont-Ferrand I, 2011, p. 34.
[679] B. Pellegrini, « La portée structurante des droits fondamentaux », *op. cit.*, pp. 146-148.
[680] B. Pellegrini, « La portée structurante des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 148.
[681] E. Picard, *L'émergence (…)*, *op. cit.,* p. 34.
[682] S. Platon, *La coexistence des droits fondamentaux*, *op. cit.,* p. 13 : « *un droit fondamental n'est qu'un droit susceptible de prévaloir, c'est-à-dire susceptible d'être doté de la fondamentalité, et non un droit prévalant* ».
[683] B. Pellegrini, « La portée structurante des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 148.
[684] Et non pas ne notion car le « *concept* » renvoie : « *à un terme de la science du droit issu d'une construction qui décrit le fonctionnement des "notions"* » selon X. Bioy, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction… », in G. Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Économica, coll. "Études juridiques", 2009, p. 39.
[685] M. Canedo-Paris, « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé », *RFDA,* 2008, pp. 979-998.

comme soubassement de la fondamentalité d'un droit ? Et en quoi peut-elle être éclairante sur la fondamentalité – plus que les autres acceptions – et la proportionnalité ?

108. Le choix de la dignité comme fondement de la fondamentalité : un critère opératoire d'appréhension du régime juridique des droits fondamentaux. – Parce qu'elle retranscrit parfaitement l'importance de la personne humaine – et de la personnalité juridique – qui n'est autre que le destinataire du Droit et plus précisément de ces droits[686], au-delà de son rôle dans le droit allemand. Le caractère fondamental que constituent la préservation de l'être humain, et tout ce qui gravite autour de lui – notamment la liberté de l'individu[687] –, ne trouve pas de meilleure traduction que par le concept de *dignité humaine*. En effet, le concept de la dignité humaine consiste à distinguer l'Homme, au plan ontologique, de tous les autres *étants*. Il y va donc de la position ontologique spécifique de l'Homme en tant qu'espèce, de sa distinction ou de sa supériorité par rapport aux autres vivants – « *combien la nature de l'homme l'emporte sur les animaux domestiques et sur le reste des bêtes* »[688]. La Bible hébraïque, quant à elle, détermine cette position spécifique de l'Homme parce qu'il est conçu à l'image de Dieu[689]. Chez Kant, l'Homme est un animal chez lequel se déploie le *ratio*, ce qui le distingue des autres animaux. Une fois née de la nécessité existentielle, la conscience humaine est capable d'aller au-delà de l'exigence pragmatique immédiate et de s'envoler dans la nuée métaphysique où siègent l'Être, la Vérité et le Bien. La raison pure suppose donc la Liberté, l'Immortalité de l'âme et l'Existence de Dieu[690]. La raison née de la nature animale travaille à la négation de celle-ci. Au sens le plus tragique, l'être humain est un animal qui sait se suicider. Le suicide doit se définir comme le triomphe total de la raison raisonnante sur l'animalité corporelle de l'Homme. Enfin, selon Heidegger, l'Homme est le seul étant au monde à être doué de la faculté de transcendance, c'est-à-dire le seul vivant parmi les vivants qui puisse comme tel s'engager dans le destin de l'« *ek-sistence* »[691]. C'est dans cette *ek-sistence*, qui consiste pour l'Homme à se tenir dans l'éclaircie de l'être, que réside la véritable et authentique essence de celui-ci. Le terme *ek-sistence* renvoie au fait de sortir de soi, de se projeter dans le monde ; plus exactement « *d'être jeté hors de soi par l'être lui-même, afin qu'à la lumière de l'être, l'étant puisse apparaître comme l'étant qu'il est* »[692]. Il y a une particularité de l'Homme qui doit être protégée et qui est manifestée par le concept de dignité. Il n'est donc point choquant de la voir utilisée régulièrement comme élément central dans les motivations des différents juges[693]. Par conséquent, une règle est fondamentale, car elle se rapporte à la consécration de la dignité. Un droit fondamental serait, en quelque sorte, une norme mise en œuvre par le juge lorsqu'il ressent le besoin de consacrer la dignité de la personne humaine. Elle devient le principe matriciel, le fondement de l'ordre juridique[694].

109. En somme, elle démontre que l'être humain dispose de *l'autonomie*. La dignité de l'être humain réside dans sa faculté d'autonomie, qui elle-même résulte de son libre arbitre. Comme le disait Kant : «

---

[686] *Voy*. X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le thème des droits fondamentaux*, *op. cit*., p. 778 : « *les droits fondamentaux sont alors exclusivement des droits de la personne physique située, socialisée, "collectivisée"* » ; B. Stern, « La responsabilité internationale aujourd'hui…demain… », in *Perspectives du droit international et européen, Recueil d'études à la mémoire de G. Apollis*, , Pédone, Paris 1992, p. 101 : « *(...) c'est en définitive toujours, cet "infracassable noyau" d'humanité qui est en chaque homme, que la responsabilité internationale protège de façon ultime* ».

[687] X. Bioy, « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *RIDC*, vol. 55 n°1, Janvier-mars 2003, p. 141, citation de O. Jouanjan : « *le lien intime entre la dignité et le libre développement de la personne humaine est évident dès lors que la dignité de l'être humain consiste en ce que l'individu ne doit pas être considéré comme un "pur et simple objet", qu'elle implique que l'être humain soit considéré comme "sujet", et que la principale qualité d'un "sujet" est de "se déterminer et se développer lui-même en liberté"* ».

[688] Cicéron, *De officiis*, I, 105, disponible en ligne.

[689] *Genèse* I, 26-27, disponible en ligne.

[690] E. Kant, *Critique de la raison pratique*, *op. cit.*

[691] M. Heidegger, *Lettre sur l'humanisme*, trad. R. Munier, Aubier éd. Montaigne, coll. « Bilingue », Paris, 1970, 189 p.

[692] N. Poirier, « Le problème de l'être et la question de l'homme. Sur la polémique Cassirer - Heidegger », *Le Philosophoire*, 1999, n° 9, pp. 148-149.

[693] Sur le terrain de l'article 3 de la CESDH, ce concept a trouvé une exploitation sensible. CEDH, 6 juillet 2006, *Erbakan c. Turquie*, n° 59405/00, § 56 « *(...) (L)a tolérance et le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste. Il en résulte qu'en principe on peut juger nécessaire, dans les sociétés démocratiques, de sanctionner, voire de prévenir, toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance (...), si l'on veille à ce que les "formalités", "conditions", "restrictions" ou "sanctions" imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi* » ; CEDH, 23 février 2016, *Nasr et Ghali c. Italie*, n° 44883/09, § 308 : « *Nul ne doit être traité d'une manière impliquant une perte de dignité, la dignité et la liberté de l'homme étant l'essence même de la Convention* ». La violation de la dignité humaine n'est pas un véritable moyen juridique, il expose une atteinte à ce qui fait l'essence de la Convention, des droits qui y sont garantis et des convictions du juge (souligné par nous). Il y a également toutes les jurisprudences relatives aux embryons : CEDH, 27 août 2015, *Parrillo c. Italie*, n° 46470/11 et CJUE, 18 octobre 2011, *Oliver Brüstle c. Greenpeace eV*, C‑34/10. Enfin, l'article 1er de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dispose que « *la dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée* ». La déclaration universelle de 1948 explicite l'importance de la dignité dans le droit : « *Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde (...).Considérant que dans la Charte les peuples des Nations Unies ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, et qu'ils se sont déclarés résolus à favoriser le progrès social et à instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande* ».

[694] M. Fromont, « République fédérale d'Allemagne : la jurisprudence constitutionnelle en 1992 et 1993 », *RDP*, 1995, II, p. 331 : dénonçant l'interventionnisme du juge allemand en disant « *cette tendance à tout régenter est d'autant plus préoccupante que la Cour le fait au nom de principes constitutionnels, la dignité de la personne humaine, auxquels même le pouvoir constituant dérivé ne peut déroger ! Est-ce le triomphe absolu du droit naturel ou l'instauration de la dictature de huit juges prenant de plus en plus de liberté avec les règles classiques de l'interprétation du droit écrit ?* » ; B. Mathieu, « La dignité de la personne humaine : quel droit ? Quel titulaire ? », *D.* 1996, p. 282 : « *la dignité de la personne humaine est à l'origine des droits qui sont reconnus à l'Homme, elle est le principe matriciel par excellence (...), le socle sur lequel est construite la philosophie des droits de l'Homme* ».

l'autonomie est (...) le principe de la dignité de la nature humaine et de toute nature raisonnable »[695]. De la loi morale découle la dignité de la personne. Car se donnant à lui-même sa *Loi*, l'individu a non seulement un prix, c'est-à-dire une valeur relative, mais une dignité, c'est-à-dire une valeur intrinsèque. « *La personne est autonome en raison de la nature du lien qui unit en elle raison et volonté* »[696]. Transposée sur notre terrain d'étude, cette acception atteste qu'un droit devient fondamental dans la mesure où, à travers sa mise en œuvre devant le juge, il rend possible la consécration de l'autonomie d'une personne[697] – d'où le développement de « *l'autonomie personnelle* » dans la jurisprudence de la CEDH[698]. Mais dans une société, faite d'un amoncellement d'autonomies, l'ordonnancement de celles-ci est nécessaire afin d'éviter toute antinomie, et explique nécessairement que leur détermination procède de leur mise en rapport afin de trouver un équilibre, dirons-nous, raisonnable[699]. « *Il n'existe aucun droit qui puisse s'exercer sans limites, aucune liberté qui soit absolue, s'interroger sur les limites de la liberté revient en fait à reposer dans son ensemble la question de la liberté et de ses conditions d'exercice* »[700]. Cette appréhension de la fondamentalité d'un droit par rapport à la consécration de l'autonomie de la personne laisse poindre, d'une part, la nature propre d'un droit dit fondamental, et d'autre part, l'importance certaine de la *proportionnalité concrète* sur ce terrain.

110. Le dépassement de la dimension subjective des droits fondamentaux. – Pourtant, classiquement, le droit fondamental est appréhendé comme une prérogative attachée à la personne, un *droit fondamentalement subjectif*[701] en lien avec une lecture caricaturale de la philosophie libérale. La « *modernité juridique* » serait celle-ci, une désagrégation et une subjectivisation de l'ordre juridique comme résultant d'un processus de dégénérescence du Droit[702]. Un tel droit renvoie aux prérogatives dont disposent les individus, ainsi qu'à la possibilité de tirer les effets contenus dans la règle de droit notamment par le développement des moyens procéduraux. Plus précisément, le droit subjectif est – ou du moins peut être, car sa définition est l'une des questions les plus discutées dans l'histoire de la pensée juridique – appréhendé comme une « *prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le droit objectif et qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui* »[703]. Néanmoins, nous avons déjà interrogé rapidement la question des droits subjectifs dans l'introduction et nous avons montré combien la frontière est floue entre la nature *objective* et *subjective* d'un droit[704] – au-delà des critiques classiques, notamment celle du doyen Duguit[705] qui peut être suspectée d'être plus idéologique que réellement scientifique, même si elle est issue d'un positionnement épistémologique tout à fait particulier empreint d'une sociologie déterministe à la Émile Durkheim, mais nous ne rentrerons pas dans ce débat. Dans tous les cas, nous remarquons que la renonciation au droit est essentielle dans la détermination de la nature subjective d'un droit[706]. Or, en matière de fondamentalité, nous nous rendons compte que l'individu sera empêché, notamment par le juge, de renoncer à ses droits notamment si elle heurte des considérations relatives à l'ordre public[707] ou l'intérêt

[695] E. Kant cité par X. Bioy, « La dignité : questions de principes », in H. Pauliat et S. Gaboriau (dir.), *Justice, éthique et dignité, Cinquièmes entretiens D'Aguesseau*, Presses de l'Université de Limoges, Limoges, 2006, p. 60.
[696] P. Ladrière, « La notion de personne, héritière d'une longue tradition », in S. Novaes (dir.), *Biomédecine et devenir de la personne*, Le Seuil, coll. "Esprit", Paris, 1991, p. 60.
[697] A. Sajó, « Abuse of fundamental rights or the difficulties of the purposiveness », in A. Sajó (dir.), *Abuse: The Dark Side of Fundamental Rights*, Eleven international publishing, Utrecht, 2006, p. 55 : « *fundamental rights are part of individual autonomy* ».
[698] CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 65.
[699] A. Sajó, « Abuse of fundamental rights or the difficulties of the purposiveness », *op. cit.,* p. 60 : « *while fundamental rights use entails a level of acceptable harm (...). One additional safeguard against excessive harming is offered in the concept of abuse of rights that offers the ground for an ex post intervention* ».
[700] D. Lochak, « Les bornes de la liberté », in *La liberté*, revue *Pouvoirs*, n° 84, janvier 1998, p. 15.
[701] J. Rochfeld, *les grandes notions du droit privé*, Thémis droit-PUF, Paris, 2011, p. 173 : « *le passage des droits de l'homme aux droits fondamentaux, plus qu'un changement de vocabulaire, marque donc une mutation profonde (...) cette mutation rend alors plus difficile la distinction des droits fondamentaux et des droits subjectifs "ordinaires"* ». Selon lui, ces deux notions semblent identiques et révèlent un contenu qu'il est difficile de distinguer ; M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, coll. "Questions", Paris, 1983, p. 49 ; C. Atias, « Le droit de nuire », *D.* 1997, 43e cahier, chron., p. 385 : il s'exclamait « *par invasion, par inflitration, par submersion, par incrustation, le raisonnement juridique contemporain s'est laissé encombrer par une expression bientôt reçu comme signifiant une véritable notion : la mode du droit subjectif a tout emporté* » (souligné par nous) ; E. Dreyer, « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, p. 749 : « *c'est toujours de droits subjectifs dont il est question. L'on a voulu mettre en effet la personne au coeur du dispositif de protection* ».
[702] M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne, cours d'histoire de la philosophie du droit*, Montchrestien, Paris, 4e édition, 1975, pp. 647-676.
[703] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*.
[704] D. De Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.,* pp. 220-222 : il rappelle que les droits subjectifs désignent généralement « *l'ensemble des prérogatives dont dispose un individu : des attitudes lui sont permises, des pouvoirs lui sont laissés, qu'il peut justement faire valoir, tant à l'encontre de ses semblables qu'à l'égard de l'État* ». Il s'agit donc de prérogatives qui sont susceptibles de se traduire par un droit d'action, et qui sont attachées à sa qualité de *sujet de droit*. Par opposition, « *un droit objectif détermine "la règle juridique" proprement dite (...). La norme juridique, entendue comme la signification d'une règle, n'est pas le droit que détient tel sujet, mais bien ce qui constitue ce droit* ». Par ailleurs, il constate qu'un droit subjectif « *ne peut naître autrement que des œuvres d'une règle objective. La créance d'un sujet – fût-elle sur l'État – n'existe que pour autant qu'elle a elle-même été constituée* ». Nous voyons ici que les concepts de droits *subjectif* et *objectif* sont intrinsèquement liés, et en réalité indissociables : le droit subjectif naît du droit objectif, et ne se réalise pleinement que lorsqu'il permet d'inférer sur l'ordonnancement juridique objectif. Il devient alors difficile de maintenir une distinction entre une norme porteuse d'un droit subjectif et une norme ayant une portée objective. Il en tire des conclusions assez radicales, puisqu'il estime que, dès lors que « *la norme n'est ni une situation juridique ni un droit subjectif, (mais qu'elle) forge l'un et l'autre (...) la cause ne souffre pas grande discussion : le droit subjectif n'est pas lui-même une norme* ».
[705] L Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fontemoing, Paris, 1901, réed. Dalloz, Paris, 2003, p. 143.
[706] X. Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, p. 79.
[707] P. Gervier, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, LGDJ, Paris, 2014, tome 143, spéc. pp. 8-10 et pp. 66-70 ; E. Picard, « Introduction générale : La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et*

général[708] – c'est le paradigme *Morsang-sur-Orge*[709]. Ainsi, il faudrait renoncer à la définition des droits fondamentaux comme exclusivement des droits subjectifs, ils sont partiellement surdéterminés par des éléments *objectifs*. De plus, il semble que certains principes, c'est-à-dire des propositions relevant du droit objectif, sont suffisamment tournés vers les particuliers pour être inclus parmi les droits fondamentaux[710]. Le constat de ce que certaines normes classées dans le catalogue de droits fondamentaux ne génèrent pas de droits au sens strict est d'ailleurs à l'origine d'une distinction, d'origine allemande – mère de la fondamentalité –, entre « *normes de droits fondamentaux* » et « *droits fondamentaux* ». Selon elle, il y a un lien nécessaire entre les droits fondamentaux (*subjectifs*) et les normes de droits fondamentaux (*objectifs*), en ce sens que ces premiers sont garantis par ces dernières, sans pour autant que ces dernières ne garantissent toujours ces premiers[711]. En somme, les droits fondamentaux sont tant des droits *objectifs* que des droits *subjectifs*, ils sont des droits systémiques qui structurent l'ordre juridique.

111. De surcroît, les droits subjectifs sont incapables de mener en eux-mêmes le raisonnement juridique vers une conclusion. En effet, C. Atias nous disait que le droit subjectif « *n'offre aucun guide dans la recherche des solutions à mettre en œuvre pour résoudre les conflits réels. Qui ne sait que le droit n'est pas une histoire à raconter, mais un raisonnement à découvrir, ne peut se satisfaire de l'idéologie du droit subjectif* »[712]. La prise en compte unilatéral d'un point de vue n'est d'aucune utilité pour résoudre un litige. La vision de ces droits sous forme subjective mène à des écueils. « *Une autonomie constitutive d'un droit fondamental ne peut se concevoir que de manière relative, c'est-à-dire en relation par rapport à une autre variable : l'autonomie qui s'oppose à elle dans le cadre du contentieux donné* »[713]. Par conséquent, lorsqu'il s'agit de déterminer le sens d'un droit fondamental, le relativisme qui imprègne l'idée *d'autonomie* se transporte dans son mode de détermination, et donc la détermination d'un tel droit est le fruit d'une controverse. En d'autres mots, « *le sens d'un droit fondamental ne se définit que dans un rapport à une prétention contraire à un droit concurrent. La sortie de cette structure en miroir obligé à abandonner cette recherche d'une essence interne aux droits fondamentaux et à recourir à des substituts conventionnels* »[714]. Au total, l'utilisation du concept de dignité humaine permet de dépasser l'aporie de l'approche purement subjective des droits fondamentaux qui n'est pas totalement opératoire. En retenant cette définition de la dignité – au-delà de sa pertinence pour caractériser les droits fondamentaux –, nous voyons que le droit se définit comme une « *relation* »[715], c'est-à-dire un rapport de prétentions fondées sur l'autonomie de personnes dans un espace fini – c'est pour cela que Simone Weil préférait la notion « *d'obligation* », car « *un droit n'est pas efficace par lui-même, mais seulement par l'obligation à laquelle il correspond ; l'accomplissement effectif d'un droit provient non pas de celui qui le possède, mais des autres hommes qui se reconnaissent obligés à quelque chose envers lui* »[716] –, et permet de battre en brèche toute lecture erronée des droits fondamentaux[717] en intégrant des considérations opposées tant subjectives et qu'objectives[718], en témoigne notamment l'idée *d'abus de droit* qui serait inhérente aux droits fondamentaux[719].

112. Par là même, elle vient mettre sur le devant de la scène un autre élément essentiel du régime juridique des droits fondamentaux actuellement, et qui n'est point contesté, le contrôle de *proportionnalité*, au demeurant, *concret*. Un droit fondamental est une mise en rapport, une relation entre les parties et le tout, dès lors, la proportionnalité devient la méthode prééminente de détermination de ces droits. Elle est même consubstantielle aux droits fondamentaux, car, comme eux, sa mise en œuvre nécessite une opposition de variables concrètes en vue de régir leur conciliation – sens idéaltypique. Comme le disait M.

---

droits fondamentaux, Bruylant, coll. "Droit et justice", Bruxelles, 2001, p. 48 : il note que la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique est d'assurer la sauvegarde des droits et libertés de l'individu « *lorsqu'ils ne disposent pas, par eux-mêmes, des moyens de s'auto-protéger ou de se réaliser* ».

[708] N. Nivert, *Intérêt général et droits fondamentaux,* thèse de Droit, Université de la Réunion, 2012, pp. 211-223.

[709] CE Ass., 27 octobre 1995, n°136727, publié au Rec. Leb.

[710] Une telle analyse et une liste sont proposées par S. Platon, *La coexistence des droits fondamentaux*, *op. cit.,* p. 19.

[711] R. Alexy, *A theory of constitutional rights*, trad. J. Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 19-20.

[712] C. Atias, « Le droit de nuire », *op. cit*., pp. 385-386.

[713] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit.,* p. 88.

[714] J. Lenoble, *Droit et communication : La transformation du droit contemporain*, éd. Du Cerf, Paris, 1994, p. 84.

[715] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit.,* p. 89.

[716] S. Weil, *L'enracinement*, Gallimard, Paris, 1949, p. 9.

[717] S. Tzitzis, *La personne, l'humanisme, le droit*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 2001, p. 43 : « *Les droits fondamentaux impliquent, certes, une volonté revendicatrice, au nom de la protection personnelle, mais supposent, dans chaque exploit, la non-aliénation de la personne de l'autre* ».

[718] M. Fabre-Magnan, « La dignité en Droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques,* 2007, vol. 58, pp. 21-23 : « *La dignité n'est ainsi pas un droit subjectif, même si sa mise en œuvre peut parfois requérir que soient accordés certains droits subjectifs, (…). La dignité de la personne humaine n'est donc ni un droit subjectif, ni même un droit de l'homme. Elle est un principe, plus précisément le principe premier* ».

[719] A. Sajó, « Abuse of fundamental rights or the difficulties of the purposiveness », *op. cit.,* p. 37 : « *fundamental rights are intimately related to the protection of autonomous choice, and for that reason contain a (limited) authorization to harm others* ».

Villey « *le droit se découvre par observation de la réalité sociale, et confrontation de points de vue divers sur cette réalité, parce que le droit, objet de la justice au sens particulier du mot, est précisément ce milieu, la bonne proportion des choses partagées entre membres du groupe politique. Parce que le droit est proportion, le juge proportionne les choses aux personnes* »[720]. En définitive, le droit fondamental est une relation de prétentions fondées sur les autonomies de chaque personne au nom d'une norme de référence. La proportionnalité en tant que méthode de mise en rapport de variables entre elles en fonction d'une telle norme de référence réalise le droit fondamental. Elle est « *la méthode naturelle de réalisation des droits fondamentaux* »[721]. Le droit fondamental né alors de confrontations *intersubjectives*[722] à partir des effets d'une mesure – notons que la question du « *noyau intangible des droits de l'homme* » et des *droits absolus*, susceptibles de mettre à mal la question de la consubstantialité des droits fondamentaux et de la proportionnalité, n'est pas suffisante à disqualifier les liens entre les deux selon le niveau du contrôle (qualification ou appréciation du droit)[723] ou encore après effacement de considérations idéologiques liées à la dimension subjective des droits fondamentaux[724].

113. Pour résumer, tout droit, quel qu'il soit, acquiert un caractère fondamental à partir du moment où l'individu cherche à s'en prévaloir pour faire consacrer son "autonomie". La fondamentalité n'est que peu inhérente à la norme, en réalité, elle s'y inscrit à travers les circonstances propres au conflit en ce que la contestation fait apparaître une opposition d'autonomies qui se servent d'une règle juridique comme d'un support en vue de leur victoire. Le droit fondamental n'est déterminé qu'au terme du litige, après que le juge ait effectué une mise en balance des prétentions à l'aide de la proportionnalité. La substance de la fondamentalité se dessinerait au fur et à mesure de ses déterminations jurisprudentielles. En définitive, « *les droits fondamentaux ne seraient finalement pas une catégorie particulière du droit, mais sont le droit en ses catégories, parfois incertaines, dans un surgissement continuel toujours renouvelé et par avance indéterminé* »[725]. Dans le même temps, la réalisation d'un droit fondamental ne peut se faire qu'au vu des circonstances de la cause. À chaque contentieux donné correspond une mise en relation unique de prétentions spécifiques tant à raison de leur nature propre que du contexte où elles apparaissent. Il n'existe pas de droit fondamental coupé de son environnement immédiat. Le droit fondamental est un droit *contextuel* et *combinatoire*, par le truchement de la proportionnalité il s'adapte aux êtres et aux contextes concrets, et il doit faire une place centrale aux faits de l'espèce ainsi qu'à l'argumentation. Le degré d'importance ne pouvant être évalué qu'en fonction des circonstances propres de l'espèce.

114. L'importance subséquente de l'accès au juge. – *In fine*, ce que nous remarquons c'est que si tout droit fondamental implique la détermination par le juge de la part d'autonomie à travers la mise en relation des prétentions de chacune des parties, l'accès à cette détermination juridictionnelle devient également essentiel puisque c'est devant lui que seules les autonomies peuvent se voir réalisées. Le droit au juge est « *une condition de l'effectivité des règles juridiques et comme le fer de lance du droit au droit* »[726] – ce constat démontre l'importance du rôle du juge dans le champ des droits fondamentaux et qui est partagé par nombre d'auteurs actuellement comme élément récurrent du régime juridique de ces droits. Bouclier des droits, « *le droit au juge* »[727] est le principe transcendantal qui assure à n'importe lequel d'entre eux son existence – son effectivité donc. Somme toute, « *s'il n'y a pas d'accès au droit et à la justice, il n'y a ni justice ni droit. L'affirmation paraît relever de l'élémentaire, de la tautologie, mais longtemps le droit (…) n'en a pas tiré de fortes et concrètes conséquences. Il change aujourd'hui profondément parce que la conscience de ces liens essentiels entre État de droit, accès à la justice et droits fondamentaux met au cœur du système juridique l'accès au juge* »[728]. Nous voyons donc, encore une fois – puisque nous avons noté déjà le rôle du juge et l'importance de son action à la lumière de l'impératif d'effectivité des droits –, que les droits fondamentaux sont liés à l'effectivité dont seul est garant le juge. Il n'y a pas de droit

[720] M. Villey, « Le droit et les droits de l'homme », *op. cit.,* pp. 53-54.
[721] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit.,* p. 90.
[722] J. Jiang, *Essai sur la notion de situation juridique et son extension en droit administratif français*, thèse de Droit, Université Toulouse 1 Capitole, 1992, pp. 119 et s. : « *La motrice d'une action effective réside dans la collision des deux volontés apparemment opposées* ».
[723] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit.,* pp. 264-269.
[724] *Ibid*., pp. 284-289.
[725] B. Pellegrini, « La portée structurante des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 153.
[726] C. Grewe, *Réflexions comparatives sur l'Etat de droit. De la Communauté de droit à l'Union de droit : continuités et avatars européens*, LGDJ, Paris, 2000, p. 21.
[727] J.-M. Varaut, « Le droit au juge », éd. Quai Voltaire, coll. "Parti pris", Paris, 1991.
[728] M.-A. Frison-Roche, « Le droit d'accès à la justice et au droit », in R. Cabrillac, M. -A. Frison-Roche, Th. Revet (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 16e édition, 2010, p. 522, § 614.

fondamental *per se*, la fondamentalité est fonction de la mise en œuvre effective de la norme par le juge. La nature propre d'un droit fondamental est donc celle d'un droit invoqué par une autonomie.

115. Tous nos développements nous ont permis de voir que le contrôle *concret* de proportionnalité est l'aboutissement logique de la fondamentalité dans tous les niveaux stratégiques – que l'analyse se focalise sur l'essence des droits fondamentaux ou simplement d'un point de vue de la philosophie des différents énoncés normatifs relatifs explicitement à ces droits. Il apparaît comme la méthode la plus pertinente pour appréhender les droits fondamentaux, il serait même consubstantialité à ceux-ci. Conclusion que ne semblent pas contester les droits fondamentaux européens. Effectivement, la CEDH a magnifié plus que quiconque les spécificités des droits fondamentaux et par là même l'importance du contrôle *concret* de proportionnalité, que doivent adopter les États membres dans les contentieux relatifs à ces droits. D'où la convenance de l'arrêt *Gomez-Turri* basé sur l'article 8 de la CESDH.

§II - L'ontologie détonante des droits fondamentaux européens

116. « *Les droits fondamentaux européens s'appliquent plutôt dans des litiges concrets ; il en résulte que les solutions jurisprudentielles sont souvent adaptées à des violations concrètes, sans qu'un jugement abstrait soit porté sur une législation nationale* »[729]. Voilà ce que note la doctrine juridique dans son étude sur le droit la Convention. La texture concrète des droits et du raisonnement relatif aux droits fondamentaux ne trouverait pas de meilleure manifestation que celle sur le terrain des droits conventionnellement garantis. En effet, la CEDH a développé au fil de ses arrêts une lecture assez audacieuse de l'impératif d'effectivité des droits – exaltée dans la matière "droits et libertés" comme nous avons pu le voir – en y adjoignant une exigence de concrétisation. Ces deux impératifs, omniprésents dans le travail du juge européen, forment un couple donnant une coloration particulière au texte conventionnel, à l'activité juridictionnelle ainsi qu'à l'ontologie des droits fondamentaux européens (*A*) et, par là même, font du *droit au juge* et du contrôle *concret* de proportionnalité les clés de voûte du système de la Convention (*B*).

A) L'omniprésence de l'effectivité-concrétisation des droits dans la jurisprudence de la CEDH

117. Une lecture spécifique de l'exigence d'effectivité des droits. – Il est certain que dans le champ des droits fondamentaux, nous trouvons une pluralité de théories sectorielles, au-delà de toute théorie générale, qui vient marquer la spécificité des différents blocs de droits fondamentaux. C'est précisément ce constat qui va structurer nos prochains développements en témoignant de la radicalité et de la spécialité de l'exigence d'« *effectivité* » des droits selon la CEDH. Une partie de la doctrine a pu, par exemple, stigmatiser les divergences entre la jurisprudence de la Cour de justice et celle de la Cour européenne relative à une question particulière. Si cette querelle est souvent transitoire, une telle hypothèse de différence ne peut être exclue, dans la mesure où un certain nombre de paramètres jouent en faveur d'une différenciation matérielle entre les droits fondamentaux et les méthodes d'interprétation[730]. Dans cette perspective, il ne fait aucun doute qu'il y a une originalité de l'objet et donc une approche spécifique des droits fondamentaux dans le cadre du Conseil de l'Europe comme dans celui du droit de l'Union européenne. Elle découle du changement de finalité politique de ces droits et des fondements idéologiques qui irriguent ces entités. Effectivement, guidés par les mêmes axiomes, le droit de l'Union européenne et le droit de la Convention admettent tout de même des différences notables en raison de la complexité de leur essence. Une telle affirmation, bien que particulièrement intéressante, ne peut être traitée en totalité sous peine de diluer par trop nos propos. Néanmoins, un exemple probant peut être soumis à l'attention du lecteur afin de démontrer la réalité de nos allégations : celui du *droit au recours juridictionnel effectif* selon le droit de l'Union et le droit de la Convention à la lumière, notamment, du *recours en annulation des personnes physiques et morales* de l'article 263 du TFUE. Quelques auteurs ont pu nous montrer toute la

[729] S. Platon, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels, op. cit*., p. 592.
[730] C'est ce que démontre S. Platon : *La coexistence des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 70-92 : il existe de nombreux paramètres qui jouent en faveur d'une différenciation entre les "blocs" de droits fondamentaux. Il dénote des critères liés au *contexte juridique* de ces droits et à *l'interprétation juridictionnelle authentique* de ces droits.

complexité de cette question et les différentes lectures qui en sont faites par les institutions[731]. En effet, la Cour de Luxembourg continue de malmener la *protection juridictionnelle effective des particuliers* dans son propre ordre juridique. Elle ferme assez sensiblement le recours en annulation par une interprétation stricte des conditions de recevabilité et n'admet pas de palliatifs assez convaincants – fermeture reposant sur l'affirmation d'un « *système complet de voies de recours et de procédures* »[732] et « *l'Union de droit* »[733] –, comme en attestent les différents arrêts récents sur cette question : *Inuit*[734], *Telefónica*[735], *T&L Sugars*[736]. Là où la Cour de Strasbourg semble adopter une position plus nuancée qui, en dernière analyse, démontrer une attention profonde, mais pas absolutiste, au droit précité[737].

118. Autrement dit, il existe bel et bien des théories sectorielles qui s'insèrent dans des théories générales. Néanmoins, il convient d'affirmer que ces premières ne sont pas simplement une application domaniale de ces premières, elles impliquent une certaine variation qui doit être acceptée par les théories générales. C'est précisément le cas pour la question de l'effectivité des droits fondamentaux, en effet, la CEDH porte à son paroxysme cet élément intrinsèquement lié aux droits fondamentaux – que ce soit sur le plan de la philosophie qui les anime ou de leur essence. Elle affirme l'importance ontologique de cette effectivité – que nous retrouvons dans le deuxième considérant du Préambule de la CESDH qui assure qu'il faille « *assurer la reconnaissance et l'application (…) effectives des droits* » – tout en lui donnant une consistance propre qui accentue tout mode de raisonnement *concret*. En effet, « *la notion d'effectivité est omniprésente dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme* »[738], elle « *irradie, motive et justifie les arrêts strasbourgeois* »[739]. La quête récurrente d'effectivité a été même qualifiée de « *préoccupation dominante des organes de la Convention* »[740] voire de « *métarègle* »[741] de lecture du système conventionnel. Elle n'appert donc autrement que comme un « *principe* »[742] – directeur[743] – qui « *sous-tend la Convention* » [744] et son interprétation par la Cour ; comme le cœur même de l'architectonique conventionnelle. Il irrigue « *toutes les (…) dispositions matérielles de la Convention et de ses Protocoles* »[745], c'est-à-dire que dans chaque situation, aussi particulière et diverse soit-elle, l'objectif est de faire en sorte que le respect des droits proclamés soit réel ; mais également toutes les dispositions procédurales[746].

119. La préférence pour des droits "concrets" et "effectifs". – La plus célèbre de ses systématisations est sans aucun doute celle de l'arrêt *Airey* dans lequel la Cour affirme que « *la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* »[747], cependant, la plus éblouissante reste celle de l'arrêt *Cruz-Varas*. Effectivement, selon ce dernier, la Convention « *doit se lire en fonction de son caractère spécifique de traité de protection d'êtres humains et ses exigences doivent se comprendre d'une manière qui les rendent concrètes et effectives* »[748]. Nous remarquons alors que *l'effectivité* est liée au « *concret* », plus précisément, à une exigence de *concrétisation*. Cette jonction

[731] *Voy*. A. Van Waeyenberge et L. Fromont, « La protection juridictionnelle effective en Europe ou l'histoire d'une procession d'Echternach », *Cahiers de droit européen*, 2015/1, pp. 116-134.
[732] CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil de l'Union européenne*, C-50/00 P, point 40 : « *le traité, par ses articles 173 et 184 (devenu article 241 CE), d'une part, et par son article 177, d'autre part, a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à assurer le contrôle de la légalité des actes des institutions, en le confiant au juge communautaire (…). Dans ce système, des personnes physiques ou morales ne pouvant pas, en raison des conditions de recevabilité visées à l'article 173, quatrième alinéa, du traité, attaquer directement des actes communautaires de portée générale, ont la possibilité, selon les cas, de faire valoir l'invalidité de tels actes soit, de manière incidente en vertu de l'article 184 du traité, devant le juge communautaire, soit devant les juridictions nationales et d'amener celles-ci, qui ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité desdits actes (…), à interroger à cet égard la Cour par la voie de questions préjudicielles* ».
[733] CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c. Parlement européen*, aff. 294/83 : « *il y a lieu de souligner d'abord, à cet égard, que la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses Etats membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité* ».
[734] CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e. a*., C-583/11P.
[735] CJUE, 10 juillet 2014, *Telefónica SA et Telefónica de España SAU c. Commission européenne*, C-295/12 P.
[736] CJUE, 28 avril 2015, *T & L Sugars et Sidul Açúcares*, C-456/13 P : la Cour rappelle que les conditions de recevabilité prévues à l'article 263, quatrième alinéa, TFUE doivent être interprétées à la lumière du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective, sans pour autant aboutir à écarter ces conditions, qui sont expressément prévues par les traités.
[737] CEDH, 16 novembre 2000, *Sotiris et Nikos Koutras Attee c. Grèce*, n° 39442/98, § 22.
[738] B. Delzangles, « Effectivité, efficacité et efficience dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *À la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 41.
[739] B. Moutel, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français : Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, thèse de Droit, Université de Limoges, 2006, p. 10.
[740] F. Sudre, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *RTDH* 1995, p. 365.
[741] F. Ost, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Raisonner la raison d'État. Vers une Europe des droits de l'Homme*, PUF, coll. "Les voies du droit", Paris, 1989, p. 446.
[742] CEDH, 9 avril 2002, *Podkolzina c. Lettonie*, n° 46726/99, § 35 ; CEDH, 17 juin 2004, *Ždanoka c. Lettonie*, n° 58278/00, § 82.
[743] J. Andriantsimbazovina, F. Sudre et a., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, op. cit.,* pp. 19-98.
[744] CEDH, 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie*, n° 15318/89, § 50.
[745] CEDH, 17 juin 2004, *Ždanoka c. Lettonie*, n° 58278/00, § 82.
[746] *Voy*. F. Sudre, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 76/2008, pp. 917-918.
[747] CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, § 24.
[748] CEDH, 20 mars 1991, *Cruz Varas et autres c. Suède*, n° 15576/89, § 94.

semble augurer l'idée que l'effectivité de ces droits se traduit par la réalisation concrète – donc la concrétisation au sens premier du terme – des droits dans les ordres juridiques internes, et inversement, que l'effectivité trouverait comme mode d'expression la concrétude de ces droits. Une concomitance est décelable entre le « *concret* » et l'« *effectif* » dans la bouche du juge strasbourgeois qui fonde l'ontologie des droits fondamentaux européens. Cette formule exacerbe alors une croyance dans l'importance du « *concret* », au sens large, dans l'interprétation des droits conventionnellement garantis comme moteur et sûrement substance de leur effectivité. Si nous avons pu exposer cette idée dans les précédents développements, la CEDH vient entériner durablement la connivence. Elle donne naissance à ce que nous appellerons « *l'effectivité-concrétisation* » qui sera la pierre angulaire de l'interprétation du texte conventionnel et la source d'un contrôle *concret* de proportionnalité – dans un sens idéaltypique.

120. La teneur de cette formule. – Il est certain que l'utilisation du terme « *concret* » dans une telle formule peut apparaître sibylline. Le sens de ce terme renvoie à une pluralité d'éléments. Un détour par l'étude des arrêts de la CEDH en version anglaise nous permettra de mieux apprécier la teneur de cette expression. La présente est libellée comme suit en anglais : « *the Convention is intended to guarantee rights that are "practical and effective"* »[749]. La Cour utilise l'adjectif « *practical* » alors même que la traduction première et littérale du mot « *concret* » est « *concrete* »[750]. Nous l'avons bien compris, les mots ont un sens et l'usage d'un adjectif différent n'est pas anodin dans un contexte précis, il traduit une vision toute particulière des ambitions de la CEDH. Néanmoins, l'opposition n'est pas aussi frontale, ces mots sont relativement proches en termes de signification. Mais tout en visant peu ou prou la même chose, ils invitent également d'autres considérations. En effet, le mot « *concrete* », dans son premier sens, exprime ce qui est lié au spécifique, au particulier dans une situation, par opposition au général[751]. Tandis que « *practical* » renvoie, dans son premier sens, à ce qui concerne les expériences et les utilisations actuelles dans une situation spécifique[752]. Pour autant, l'adjectif « *practical* » désigne aussi ce qui est utilisé ou adapté à l'utilisation[753], c'est-à-dire ce qui est fonctionnel, et donc ce qui est susceptible de produire des effets dans une réalité ambiante. En d'autres termes, elle exprime tant la réalisation des règles dans le monde empirique que la recherche de la concrétude des règles. Voilà les deux éléments recherchés par la Cour dans son travail interprétatif, et qui sont d'ailleurs interdépendants. Mise en perspective avec l'autre partie de la formule – « *des droits non pas théoriques ou illusoires* » – et le contexte de la CESDH, cette acception prend tout sens. Les droits fondamentaux de la Convention ne doivent pas demeurer indéterminés, irrésolus, imprécis, enfermés dans les textes, sous peine de les rendre ineffectifs et, par là même, inexistants. Ils ne doivent pas flotter indéfiniment dans l'éther juridique sans structure ni substance. Il est essentiel qu'ils soient en action et pour cela, ils doivent être actionnables, et pour être actionnables, des méthodes particulières doivent être mises en œuvre. Somme toute, la règle de droit serait « *dite effective lorsqu'elle produit un effet, lorsqu'elle se traduit par des actes ou des comportements tangibles* »[754], ce qui peut être difficilement le cas face à des droits imprécis et abstraits.

121. Les conséquences de cette formule : l'exemple des obligations positives. – En d'autres mots, et selon ceux de la Cour, il s'agit de faire en sorte que lesdits droits ne soient pas « *vides de sens* », mais, *a contrario*, qu'ils « *produisent des effets utiles* »[755], c'est-à-dire que « *les dispositions conventionnelles soient interprétées de manière à leur donner un effet plutôt qu'à les en priver* »[756]. Les droits protégés ne doivent pas être des coquilles vides. L'ambition est de mettre en mouvement et de concrétiser la lettre de la Convention, afin que la garantie des droits proclamés « *devienne une réalité quotidienne* »[757]. Elle est inscrite dans l'essence de celle-ci, puis oriente[758] et continue d'orienter, dans une certaine mesure, l'édifice

[749] CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, n° 7151/75 et 7152/75, § 63.
[750] « Concret-concrète » in B. T. Atkins et autres, *Robert-Collins : Dictionnaire Français-Anglais et Anglais-Français*, Dictionnaire Le Robert, Paris, 2e édition, 1987, p. 143.
[751] « Concrete » in W. T. McLeod (dir.), *The new Collins dictionnaire and Thesausus in one volume*, Collins, Londres et Glasgow, 1987, p. 200.
[752] *Ibid.*, p. 774.
[753] *Ibid.*, p. 774.
[754] C. Haguenau, *L'application effective du droit communautaire en droit interne, Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 2.
[755] CEDH, *Affaire Linguistique belge*, *op. cit.*, §§ 3-4.
[756] L. Caflisch et A. A. Cançado Trintade, « Les Conventions américaine et européennes des droits de l'Homme et le droit international général », *Revue générale de droit international public,* 2004, p. 12.
[757] R. de Gouttes, « Protection : actions effectives au plan national » in *Tous concernés, L'effectivité de la protection des droits de l'Homme 50 ans après la Déclaration universelle, Actes du Colloque organisé par le Conseil de l'Europe*, *Strasbourg, 2 et 4 septembre 1998*, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1998, p. 141 : « *(...) pour qu'ils soient plus qu'une belle promesse dont la réalisation serait sans cesse renvoyée au lendemain* ».
[758] P.-H. Imbert, « Mise en œuvre des recommandations du Comité des Ministres sur l'application de la Convention au niveau interne et de la Déclaration "Assurer l'efficacité de la mise en œuvre de la CEDH aux niveaux national et européen" », in *La réforme de la Convention européenne des droits de l'Homme : un travail*

du Conseil de l'Europe[759]. Dans ce schéma, les *obligations positives* prennent une place essentielle en conférant aux droits une applicabilité, une réalité immédiate, un contenu plus précis. Cette technique juridictionnelle utilisée par la Cour permet de circonscrire sensiblement le champ des droits fondamentaux européens, mais également d'imposer des mesures pour leur permettre de produire des effets. Assurément, dès l'origine, la CEDH invoquait *l'effectivité-concrétisation* des droits énoncés par la Convention pour lutter contre la passivité des États et pousser ces derniers à adopter des mesures de mise en œuvre. Selon cette approche, elle a permis d'assurer la concrétisation des droits dans les ordres juridiques internes en intégrant dans le champ d'application de la CESDH les conditions matérielles nécessaires à leur exercice. Par exemple, dans l'affaire *Airey* précitée, la notion *d'effectivité-concrétisation* est à l'origine d'obligations positives mises à la charge des États partis en rapport avec l'article 6 de la Convention. La Cour de Strasbourg a considéré, en effet, que l'effectivité des droits empêchait de voir la CESDH seulement comme un instrument protégeant les individus contre les ingérences étatiques et qu'elle obligeait aussi les États à agir en adoptant des mesures positives. Par ailleurs, elle affirmait que « *nulle cloison étanche* » ne sépare la sphère des droits économiques et sociaux du domaine de la Convention[760]. Ainsi, la Cour considère que si la CESDH « *énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique et social* »[761]. Les droits économiques et sociaux ne doivent pas faire l'objet d'un traitement différencié. Ils participent comme les droits civils et politiques à la « *dignité humaine* », c'est pour cette raison qu'elle oblige les États à les rendre concrets à travers des obligations positives[762]. Ces droits, bien que difficiles à mettre en œuvre et souvent ésotériques dans leur formulation[763], ne sont donc pas exclus du champ d'application de la Convention dès lors qu'ils ont un lien avec l'un des droits énoncés dans le texte, et ne sont pas moins fondamentaux que les autres.

122. En somme, la CEDH accepte de se détacher de la lettre du texte originel, pour se placer sur le terrain d'un droit d'exiger de l'État une prestation positive, au nom de *l'effectivité-concrétisation*. Le juge européen entend ainsi fournir à l'individu des conditions matérielles à l'exercice effectif de ses droits qui deviennent tangibles, plus précis dans leur contenu. De plus, la Cour se projette en quelque sorte dans l'avenir en élaborant un idéaltype qu'elle souhaitait voir dans un cas d'espèce pour en venir à juger par référence à cet effet supputé. Par conséquent, parmi les méthodes d'interprétation du texte européen, la notion d'obligation positive constitue une innovation majeure. Cette construction jurisprudentielle est soit déduite d'une disposition particulière, dont le caractère imprécis favorise cette extension, soit fondée sur l'article premier de la CEDH selon lequel les États « *reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* »[764]. Elles sont donc appréhendées comme étant une composante naturelle et implicite auxdits droits[765] – du moins à l'interprétation faite de ces droits et de leur ontologie par la Cour. *Exempli gratia*, dans le cadre du *droit à un procès équitable*, la Cour de Strasbourg a fait observer que les autorités sont tenues d'intervenir si elles remarquent que le défenseur commis d'office de l'accusé n'assume pas effectivement la défense de ce dernier. Elle a déclaré que « *(la nomination) n'assure pas à elle seule l'effectivité de (l'assistance), car l'avocat d'office peut mourir, tomber gravement malade, avoir un empêchement durable ou se dérober à ses devoirs. Si on les en avertit, les autorités doivent le remplacer ou l'amener à s'acquitter de sa tâche* »[766]. Actuellement, nous pouvons recenser de nombreuses obligations positives qui ont permis d'assurer la sauvegarde et l'exercice des droits de la Convention : nous en trouvons – et nous citerons les plus fameuses – en matière de droit à un procès équitable[767], le droit au respect de la vie familiale[768], le droit au respect de

continu, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2009, p. 71 : « *Le processus de réforme entre dans une nouvelle phase, (…). Il est absolument essentiel de veiller maintenant à ce que les textes adoptés produisent des effets dès que possible* ».

[759] Contrairement à ce que qu'affirme F. Sudre, à propos des effets hypothétiques des Protocoles n°15 et n°16 (F. Sudre, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'Homme : À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCPG*, 2013, n° 42, pp. 1912 et s.), ces réformes ont été instiguées afin d'aboutir à une « *subsidiarité-efficacité* » et se prémunir contre de nouvelles réactions hostiles à la CEDH depuis les conférence d'*Interlaken* de 2010 et de *Brighton* de 2012 : D. Szymczak, « Rapport introductif : Le principe de subsidiarité dans tous ses états », in F. Sudre (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, éd. Némésis-Anthémis, coll. "Droit et justice", Bruxelles, n° 108, 2014, pp. 35-36.

[760] CEDH, *Airey*, *op. cit.*, § 26.

[761] *Ibid*.

[762] *Voy*. F. Sudre, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'Homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *RTDH* 2003/55, p. 756.

[763] X. Bioy, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, *op. cit.*, pp. 541-543.

[764] CEDH, 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, n° 48553/99, § 96 ; CEDH, 8 juillet 2004, *Ilascu et autres c. Moldavie et Russie*, n° 48787/99, § 313 : « *les engagements pris par une Partie contractante en vertu de l'article 1 de la Convention comportent, outre le devoir de s'abstenir de toute ingérence dans la jouissance des droits et libertés garantis, des obligations positives de prendre les mesures appropriées pour assurer le respect de ces droits et libertés sur son territoire* ».

[765] CEDH, 16 mars 2000, *Özgur Gündem c. Turquie*, n° 23144/93, § 42.

[766] CEDH, 13 mai 1980, *Artico c. Italie*, n° 6694/74, § 33.

[767] CEDH, *Artico*, *op. cit.*, § 36.

[768] L'obligation de l'État d'offrir à un enfant né en dehors du mariage et à sa mère la possibilité d'avoir une vie familiale normale : CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, §§ 45-46. Dans le même domaine : CEDH, 18 décembre 1986, *Johnston et autres c. Irlande*, n° 9697/82, § 55.

la vie privée[769] ou le droit au respect du domicile[770]. Même l'article 2 de la CESDH est la source d'obligations[771]. Nonobstant, les articles 6 et 8 apparaissent ici comme les vecteurs privilégiés de cette jurisprudence de par le caractère imprécis du contenu de ces droits[772]. Il en va ainsi, particulièrement, du *droit au respect de la vie privée et familiale*, prenant appui sur le manque de clarté de la notion de « *respect* »[773], la CEDH affirme que si cet article « *a "essentiellement" pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics (…) il ne se contente pourtant pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale* »[774]. Tout cela explique pourquoi ces obligations ne cessent de se développer[775], mais également nous renseigne sur le contenu de ces droits. Il n'est point contestable d'affirmer que les obligations qui découlent de l'arrêt *Oliari*[776] ont permis d'élargir et d'améliorer la compréhension de l'article 8 dans un champ spécifique qui est celui des relations homosexuelles. Cet arrêt constitue désormais un étalon opérationnel, de par la concrétude de ses termes et du contenu de l'article 8, qui est à même d'assurer sa concrétisation dans les droits nationaux et donc leur effectivité.

123. Dans le même temps, cette œuvre interprétative européenne a permis d'étendre l'exigence de respect des garanties conventionnelles aux rapports interindividuels indirects et directs[777]. Assurément, les Hautes Parties contractantes doivent désormais assurer un respect effectif des droits garantis dans les relations entre personnes privées. Cette évolution jurisprudentielle, qui permet « *une extension de l'opposabilité des droits de l'Homme aux rapports interpersonnels* »[778], est communément qualifiée d'« *effet horizontal* » de la CESDH et participe à rendre encore plus concret et effectif les droits conventionnels. La Commission a, dans un litige relatif à la liberté d'expression, confirmé cette approche propice au développement de l'effet horizontal en précisant le lien entre violations individuelles des droits conventionnels et obligation étatique[779]. En effet, elle note dans un *obiter dictum* qu'un problème se poserait sous l'angle de l'article 10 si « *un État manqu(ait) à son obligation d'empêcher les concentrations de presse excessives* ». Cette affirmation a été appréhendée comme signifiant que l'État, non seulement ne doit pas entraver la liberté d'expression des organes de presse, mais doit, en outre, favoriser l'existence de média permettant de concrétiser ces droits, « *c'est-à-dire finalement veiller à ce que la liberté d'information ne soit pas menacée par des tiers (obligation active)* »[780]. Dès l'origine, la Commission européenne des droits de l'Homme apparaît donc sensible aux menaces d'ingérences provenant de personnes privées.

124 Les conséquences de cette formule : l'exemple de l'interprétation dynamique. – Cela va sans dire, *l'effectivité-concrétisation* des droits favorise une interprétation extensive et non-formaliste de la norme conventionnelle aux fins de surmonter des barrières de fait qui malmènent le droit ou de consacrer un ensemble de prérogatives accessoires sans lesquelles l'exercice des droits et libertés ne présente aucun intérêt[781]. C'est pourquoi, toujours dans cette perspective, le juge européen a également introduit une interprétation *dynamique* de la CESDH dans le but de donner tout son effet utile aux dispositions normatives de la Convention[782], et pouvant être adossées à des obligations positives. Il est limpide que ladite Convention contient de nombreux termes obscurs – qui lui permettent d'ailleurs de développer des

[769] CEDH, 7 juillet 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, n° 10454/83, § 38.
[770] CEDH, 21 février 1990, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, n° 9310/81, § 41.
[771] CEDH, 28 octobre 1998, *Osman c. Royaume Uni*, n° 23452/9, § 116.
[772] CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61 : « *Comme la Cour a déjà eu l'occasion de l'observer, la notion de "vie privée" est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne (…). Elle peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu (…). Des éléments tels, par exemple, l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 (…). Cette disposition protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (…). Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8* » ; CEDH, 2 février 2016, *Di Trizio c. Suisse*, n° 7186/09, § 63.
[773] CEDH, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, n° 31-32/1997/815-816/1018-1019, § 52.
[774] CEDH, *Marckx, op. cit.*, § 31.
[775] En matière d'identité sexuelle : CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume Uni*, n° 28957/95, § 90 ; Nous trouvons aussi des rappels de l'arrêt *Osman* : CEDH, 13 avril 2017, Tagayeva *et autres c. Russie*, n° 26562/07 et autres, §§ 482, 493 et 594.
[776] Relatif au partenariat civil pour des personnes homosexuelles : CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, n° 18766/11 et 36030/11, §§ 164 et 185.
[777] F. Sudre, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *RTDH*, 1995, pp. 363-384.
[778] H. Pauliat et V. Saint-James, « L'effet horizontal de la CEDH », in J.-P. Marguénaud (dir.), *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit privé français*, La Documentation française, coll. "Perspectives sur la justice", Paris, 2001, p. 77.
[779] Commission européenne des droits de l'Homme, rapport du 6 juillet 1976, *De Geïllustreerde Pers N.V. c. Pays-Bas*, n° 5178/71.
[780] Commission, *De Geïllustreerde Pers N.V. c. Pays-Bas*, *op. cit.*, obs. G. Cohen Jonathan, *Annuaire français de droit international*, 1979, p. 134.
[781] J. Callewaert, « La Convention européenne des droits de l'Homme entre effectivité et prévisibilité », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Mélanges en hommage à P. Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 97-101 : il pose une exigence de « *réalisme* » qui implique la primauté « *du fond sur la forme* ».
[782] 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*, *op. cit.*, pp. 241-242.

notions autonomes et des *éléments inhérents* favorisant inévitablement la précision des droits garantis – qui doivent être concrétisés en vue de leur application et dont la portée est soumise aux changements survenant dans les sociétés au cours du temps. Apparue dès 1978[783] – nous en retrouvons une formulation particulière dans l'arrêt *Soering*[784] qui démontre l'interprétation téléologique de la CEDH –, elle a été très tôt rattachée à *l'effectivité-concrétisation* des droits de la Convention par la Cour qui en a fait une méthode d'interprétation systématique depuis l'arrêt *Stafford*[785]. Elle y affirme, de surcroît, qu'elle doit « *tenir compte de l'évolution de la situation dans les États contractants et réagir, par exemple, au consensus*[786] *susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre* » et continue en disant qu'« *il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les droits pratiques et effectifs, et non théoriques et illusoires. Si la Cour devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration* »[787]. Cette interprétation évolutive permet de faire muter, « *à la lumière des conditions d'aujourd'hui* »[788], les droits de la Convention. « *L'interprétation évolutive s'inscrit donc avec force dans une recherche de l'effectivité puisqu'elle vise à mettre le droit (conventionnel) en phase avec le réel* »[789], à lui donner un contenu actuel, déterminé, concret, et donc utilisable. Les droits consacrés dans la Convention ne doivent pas être statiques, ils doivent être « *vivants* »[790], c'est-à-dire être interprétés à la lumière des valeurs actuelles afin de devenir réels, garantis et précis. Il est limpide que les évolutions sociologiques, technologiques[791] ainsi que scientifiques font évoluer les standards sur le champ des droits fondamentaux et altèrent les regards éthico-moraux qui doivent être pris en considération lors de l'application de la CESDH.

125. En définitive, cette lecture est le moyen d'adapter la Convention au changement social et à l'évolution des mœurs afin d'élaborer un véritable statut protecteur et une garantie sincère des droits[792]. Elle permet à la Cour de faire progresser et d'actualiser sa jurisprudence en concomitance avec l'évolution des sociétés européennes. *Exempli gratia*, la CEDH n'est pas restée indifférente aux préoccupations de justice sociale[793]. Nous le voyons, l'interprétation évolutive de la CESDH a conduit le juge européen à prendre en considération des droits d'ordre économique ou social ou des situations de perturbation « *quotidienne* » de la vie privée[794]. L'interprétation développée et la jurisprudence élaborée par la Commission et la Cour ont ainsi transformé le texte originel en corpus ouvert et opérationnel. L'extension prétorienne du domaine d'intervention de la Convention stimulée par une recherche constante d'effectivité a participé au processus de concrétisation des droits fondamentaux. Plus encore, *l'effectivité-concrétisation* stimule, au fil des arrêts, la construction de *l'ordre public européen*[795] puisqu'elle vaut particulièrement pour les droits qui jouent un rôle éminent dans une société démocratique[796], laquelle est un élément fondamental de l'ordre public européen[797].

126. La pertinence d'un contrôle concret de proportionnalité dans cette œuvre. – En définitive, la volonté de la CEDH de ne pas faire de la Convention un texte garantissant des droits abstraits et théoriques, mais des droits effectifs et concrets, a conduit la Cour à développer des techniques juridictionnelles

[783] CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72, § 31.
[784] CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88, § 87 : « *La Convention doit se lire en fonction de son caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...). L'objet et le but de cet instrument de protection des êtres humains appellent à comprendre et appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives (...). En outre, toute interprétation des droits et libertés énumérés doit se concilier avec "l'esprit général (de la Convention), destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique"* ».
[785] CEDH, 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni*, n° 46295/99, §§ 68-69.
[786] L. Wildhaber, « The European Court of Human Rights in Action », *Ritsumeikan Law Review*, vol. 21, 2004, p. 87 : « *Thus the Court had regard to the changing conditions and any emerging consensus discernible within the domestic legal order of the respondent Contracting State* ».
[787] *Ibid.*, § 68.
[788] CEDH, *Marckx*, *op. cit.*, §§ 41 et 58.
[789] B. Delzangles, « Effectivité, efficacité et efficience dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 43.
[790] CEDH, *Marckx*, *op. cit.*, § 58.
[791] *Voy.* CEDH, 17 janvier 2017, *Jankovskis c. Lithuanie*, n° 21575/08, § 62 : « *Lastly, the Court is mindful of the fact that in a number of the Council of Europe's and other international instruments the public-service value of the Internet and its importance for the enjoyment of a range of human rights has been recognised. Internet access has increasingly been understood as a right, and calls have been made to develop effective policies to achieve universal access to the Internet and to overcome the "digital divide" (see Kalda, cited above, § 52). The Court considers that these developments reflect the important role the Internet plays in people's everyday lives, in particular since certain information is exclusively available on Internet. Indeed, as has already been established in this case, the AIKOS website provides comprehensive information about learning possibilities in Lithuania. In this connection it is also noteworthy that the Lithuanian authorities did not even consider a possibility of granting the applicant limited or controlled Internet access to this particular website administered by a State institution, which could have hardly posed a security risk* » (souligné par nous).
[792] F. Sudre, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des Droits de l'homme », *JCPG*, n° 28, 11 juillet 2001, pp. 1365 et s. : Il démontre que l'interprétation progressiste de la Cour résulte moins d'une évolution commune des systèmes juridiques nationaux que d'une démarche constructive du juge européen dans un but spécifique.
[793] CEDH, 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, n° 8793/79, § 47.
[794] CEDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, n° 13343/87, § 63.
[795] 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) », *Cahiers de droit européen,* 2000, p. 688.
[796] J. Andriantsimbazovina, F. Sudre et a., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, op. cit.,* pp. 62-77.
[797] CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie*, n° 15318/89, §§ 71-73

spéciales. La Cour, à peine de rendre son contrôle de pure forme, ne peut donc s'en tenir à un contrôle *abstrait* et théorique des violations directes de la Convention. Elle doit rechercher et elle recherche effectivement si, même en l'absence d'une violation ouverte de la CESDH, les autorités nationales n'ont pas dissimulé une violation indirecte et larvée sous une appréciation erronée des faits. Il y a un rapport complexe et résolument dialectique entre le *Droit* et la *Réalité*. Le premier institue la seconde autant qu'il se trouve institué par elle[798]. Une telle ambition et de telles techniques juridictionnelles vont mobiliser donc deux choses : d'une part, une appréciation juridictionnelle *contextualisée*, et d'autre part, la *proportionnalité*, au sens large, du contrôle juridictionnel en cherchant à instaurer un dialogue. En effet, que nous soyons sur le terrain des obligations positives[799] ou de l'interprétation dynamique, la CEDH a cherché à rendre le texte effectif – face au vacuum normatif – par le biais d'une méthode de proportionnalité concrète, c'est-à-dire à travers la recherche d'un sens certain à l'aune des intérêts en présence et selon le cas qui donne des directives. Comme nous le voyons dans son argumentation, la prise en compte du « *juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu* » est décisive pour « *déterminer s'il existe une obligation positive* »[800]. *A fortiori*, l'interprétation dynamique renforce ce contrôle, car il s'agit de contextualiser ces droits pour en retirer un sens moderne, accepté plus ou moins largement, et surtout déterminé. En définitive, *l'effectivité-concrétisation* qui anime l'action de la Cour est liée à des techniques juridictionnelles qui ont conduit à développer un contrôle *concret* de proportionnalité. Ce dernier apparaît comme le plus opportun, selon la Cour, à favoriser *l'effectivité-concrétisation* des droits. Mais ces quelques illustrations ne sont que des expressions locales et symptomatiques d'une activité plus générale. Autrement dit, comme nous avons pu le voir, cette exigence *d'effectivité-concrétisation* irrigue toute l'activité de la CEDH, si elle a pu donner lieu à des techniques audacieuses, ses conséquences ne se limitent pas à elles. Cette exigence est le cœur de toute l'action du juge européen. Finalement, il y aurait une consubstantialité entre l'ontologie des droits fondamentaux européens – basé sur *l'effectivité-concrétisation* – et le contrôle *concret* de proportionnalité. En effet, une interprétation des dispositions conventionnelles qui en rend les exigences de protection concrètes et effectives signifie que la Cour s'attelle à ce que les normes abstraites de la Convention gagnent en signification par une énonciation développée et précise des circonstances de fait prises dans le contexte spatio-temporel en cause et en fonction de l'argumentation des parties, de sorte à mieux pouvoir appréhender et prescrire les exigences du comportement à tenir.

127. En somme, le contrôle *concret* de proportionnalité est un élément inhérent aux droits conventionnels. Tout cela ne signifie nullement que les droits fondamentaux sont exclusivement subjectifs, mais que les effets d'une règle particulière ou que des faits identiques peuvent avoir des conséquences différentes selon les circonstances et les personnes. Le contrôle des droits fondamentaux au titre de ce texte conventionnel ne peut être que « *concret* » et non « *abstrait* ». Cet aspect demeurait essentiellement théorique lors de l'entrée en vigueur de la convention, mais a été implicitement rendu pratique à compter de l'introduction du droit de recours individuel[801]. Par voie de conséquence, l'accès au juge[802] – afin de cristalliser le contenu des droits – et la mise en place d'une méthode spécifique, basée sur la mise en balance concrète des intérêts, structurent l'édifice conventionnel. Cette protection efficace des droits fondamentaux passe par une interprétation concrète et effective de la Convention, ce qui implique la mise en œuvre d'une méthode juridictionnelle incarnée, justement, par le contrôle *concret* de proportionnalité. La Cour a fait, de ce dernier, son totem qui est progressivement intégré par les juges nationaux en raison de l'enchevêtrement des systèmes normatifs et de l'effet corroboratif de la jurisprudence[803]. Elle devient un impératif. En d'autres mots, *l'effectivité-concrétisation* a porté à son pinacle ces considérations, plus loin

[798] F. Müller, *Discours de la méthode juridique*, *op. cit*., pp. 187-188.
[799] CEDH, 6 mai 2003, *Appleby et autres c. Royaume-Uni*, n° 44306/99, § 40 : elle juge qu'il « *faut interpréter l'étendue de l'obligation positive de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif (disproportionné)* » ; CEDH, *Osman*, *op. cit.,* §§ 115-116.
[800] CEDH, *Goodwin*, *op. cit*., § 72 ; CEDH, *Sheffield et Horsham*, op. cit., §§ 52 et 76 : « *Elle rappelle que la notion de "respect" manque de netteté, surtout pour les obligations positives qui lui sont inhérentes ; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre, vu la diversité des pratiques suivies et des conditions régnant dans les Etats contractants. Pour déterminer s'il existe une telle obligation, il faut prendre en compte – souci sous-jacent à la Convention tout entière – le juste équilibre à aménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu* » et « *La Cour a déjà conclu que l'Etat défendeur n'avait pas excédé sa marge d'appréciation en ne reconnaissant pas sur le plan juridique le nouveau sexe des transsexuels opérés. Si elle est arrivée à cette conclusion, c'est qu'elle est convaincue qu'un juste équilibre continue d'être ménagé entre la nécessité de sauvegarder les intérêts de transsexuels comme les requérantes et celle de préserver les intérêts de la communauté en général, et que les situations où les requérantes peuvent avoir à révéler leur ancien sexe ne se produisent pas avec une fréquence telle que l'on pourrait affirmer qu'elles portent atteinte dans une mesure disproportionnée au droit des intéressées au respect de leur vie privée* » (souligné par nous) ; CEDH, 19 septembre 2000, *Glaser c. Royaume-Uni*, n° 32346/96, § 66.
[801] A. Pellet, « La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RDP*, 1974, p. 1319.
[802] Nous avons pu voir l'importance de *l'effectivité-concrétisation* dans de le droit de la Convention notamment par l'arrêt *Airey*, dans son paragraphe 24, mais ce même arrêt rappelle que cette exigence « *vaut en particulier pour le droit d'accès aux tribunaux, eu égard à la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique* ».
[803] C. Arnaud, *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2016.

encore que ce que nous avons pu aborder jusqu'à présent, et légitime toute velléité de contrôle *concret* de conventionalité dès lors que sont en jeu les dispositions conventionnelles. Nous allons voir, dès maintenant, la jurisprudence européenne relative à ces questions et son évolution.

B) L'omniprésence du droit au juge et de la proportionnalité concrète dans la jurisprudence de la CEDH

128. La cristallisation logique du droit au juge dans l'activité et la jurisprudence de la CEDH. – Comme nous avons pu déjà le noter, « *l'accès à la justice n'est pas simplement un droit en soi, c'est aussi un instrument d'émancipation dans la mesure où il permet aux personnes de faire respecter leurs droits et d'obtenir réparation* »[804]. René Cassin, lui-même, affirmait qu'« *une démocratie ne mérite son nom que si les droits de l'Homme bénéficient d'une protection effectivement sanctionnée, grâce au contrôle d'une juridiction* »[805]. C'est bien sur ces éléments que l'ordre juridique de la Convention s'est construit. En effet, et comme nous l'avons noté auparavant, la CEDH, dans l'arrêt *Golder* du 21 février 1975[806], a reconnu pour la première fois que l'article 6 § 1 consacre le *droit d'accès à un tribunal* par le biais d'une interprétation particulièrement constructive. Elle conclut que le droit d'accès à un tribunal est un « *élément inhérent* » et un aspect essentiel[807] du droit à un tribunal garanti par l'article 6 § 1. Elle tente de justifier cela au nom des règles d'interprétation des traités énoncés dans la Convention de Vienne du 23 mai 1969, par les « *principes fondamentaux de droit universellement reconnus* » et par le principe de *prééminence du droit*. « *Si la dimension substantielle des droits contenus à l'article 6 § 1 a pu dans le passé soulever des interrogations, en revanche le droit d'accès à un tribunal a très vite été reconnu comme un droit fondamental ; il fait par ailleurs l'objet d'une jurisprudence abondante, mais précise veillant à garantir les conditions de son effectivité* »[808]. La Cour n'a eu cesse d'affirmer que le *droit à un procès équitable*, dont le droit d'accès à un tribunal est le pivot, est une valeur constitutive et fondamentale de l'ordre public européen, ici *procédural*. Compte tenu du fait que l'effectivité de ce droit[809] est la condition de réalisation des autres garanties contenues dans l'article 6 de la Convention[810].

129. De même, nous pouvons dire que le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu. Il y a place pour des limitations implicitement admises[811]. Des restrictions demeurent tout à fait possibles pourvus qu'elles soient proportionnées au but légitime poursuivi[812], car une logique absolutiste peut conduire à des effets nocifs, *a fortiori* dans une société qui connaît un accroissement exponentiel des requêtes[813]. Mais il n'en demeure pas moins vrai que ce droit ne saurait être limité d'une façon telle que l'objectif de limitation des recours se traduise en impossibilité de faire entendre sa voix. Par ailleurs, il convient de noter que le système même de la CESDH, notamment en ce qui concerne le *droit au recours individuel* consacré par son article 34, arbore cette logique. L'accès à la Cour n'est pas inconditionnel. Si les États ne peuvent entraver ce droit au recours individuel qui est la pierre angulaire du système, en ne communiquant pas des documents, en proférant des menaces aux individus[814], il est vrai que l'accès à la Cour est loin d'être une mince affaire[815]. Le système institutionnel qui fonctionne depuis le 1er novembre 1998, date d'entrée en vigueur du protocole n°11 à la Convention, a été profondément édulcoré. Aux termes dudit article, la personne qui saisit la CEDH doit pouvoir établir qu'elle est « *victime* » – *notion autonome* relativement

---

[804] Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *L'accès à la justice en Europe : présentation des défis à relever et des opportunités à saisir*, EUR-OP, Luxembourg, 2012, p. 3.
[805] M. Letourneur et J. Méric, « Préface », in *Conseil d'État et juridictions administratives*, Armand Colin, Paris, 1955.
[806] CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, §§ 35-36.
[807] Même la Cour interaméricaine des droits de l'Homme le reconnaît : CIDH, 7 février 2006, *Acevedo Jaramillo et autres c. Pérou*, série C nº 144, §§ 176-180 et CIDH, 6 mai 2008, *Yvon Neptune c. Haïti*, *Fond, Réparations et Frais*, série C nº 180, §§ 40-41.
[808] J. Andriantsimbazovina, F. Sudre et a., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 302.
[809] Le droit d'accès à un tribunal a été réaffirmé par la suite de façon constante par la Cour européenne : CEDH, 25 mars 1983, *X... c. Royaume Uni,* série A, n° 61 ; CEDH, 28 juin 1984, *X... et Y... c. Royaume-Uni*, série A, n° 80 ; CEDH, 16 décembre 1992, *X... c. France,* série A, n° 253-B ; CEDH, 25 novembre 1993, *X... c. Suède*, série A, n° 279-B ; CEDH, 25 novembre 1994, *X... c. Irlande,* série A, n° 290 ; CEDH, 9 décembre 1994, *Les Saints Monastères c. Grèce*, n° 13092/87 et 13984/88.
[810] CEDH, *Golder*, *op. cit.,* § 35.
[811] *Ibid.,* § 38 ; CEDH [GC], 17 janvier 2012, *Stanev c. Bulgarie*, n° 36760/06, § 230.
[812] Pour un exemple récent, une décision : CEDH, 9 mai 2017, *Astikos Kai Paratheristikos Oikodomikos Synetairismos Axiomatikou et Karagiorgos c. Grèce*, n° 29382/16 et 489/17, §§ 35-36 : « *Eu égard à la spécificité du rôle que joue le Conseil d'État en tant que juridiction chargée de la cohérence de la jurisprudence, l'on peut admettre que la procédure suivie devant la haute juridiction administrative soit assortie de davantage de conditions de recevabilité (...). Par ailleurs, le fait de subordonner la recevabilité d'un pourvoi à l'existence de circonstances objectives et à leur justification par l'auteur du pourvoi, qui sont des critères prévus par la loi et interprétés par la jurisprudence administrative, n'est pas, en tant que tel, disproportionné par rapport au but poursuivi par la législation litigieuse. (...) Ainsi, la Cour estime que les requérants n'ont pas été privés de la substance de leur droit d'accès à un tribunal. En outre, les limitations appliquées poursuivaient un but légitime. Leur application n'a pas porté atteinte au caractère raisonnable du rapport entre les moyens employés et le but visé. Pour ces raisons, la Cour juge que les requérants n'ont pas subi d'entrave disproportionnée à leur droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la Convention* ».
[813] C. Pollmann, « Accumulation, accélération et individualisme juridique : Droit, société et politique dans l'emballement du monde », *op. cit.,* pp. 422-425.
[814] CEDH, 16 septembre 1996, *Akdivar et autres c. Turquie*, n° 21893/93 ; CEDH, 18 décembre 1996, *Aksoy c. Turquie*, n° 21987/93.
[815] *Voy.* J. Dutheil de la Rochère, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *Pouvoirs* 2001/1 (n° 96), pp. 123-141.

large[816] – d'une violation de la CESDH. De manière générale, c'est l'application concrète d'une disposition nationale à une personne qui est l'occasion de la violation de la Convention et justifie la requête individuelle. Encore faut-il que le requérant ait épuisé toutes les *voies de recours internes*. Assurément, l'article 35 dispose que « *la Cour ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus* ». La Cour de Strasbourg n'impose l'épuisement que des recours qui non seulement sont *accessibles* aux intéressés, mais encore *adéquats* et *efficaces*, c'est-à-dire de nature à apporter un remède effectif[817]. Plus encore, le protocole n°14 est venu durcir ces conditions en admettant que seules les affaires présentant un « *préjudice important* »[818] pourront être déclarées recevables ou lorsqu'elles ne sont pas « *manifestement mal fondées ou abusives* ». De même, les affaires *anonymes* et les requêtes *clones* seront irrecevables. À ce titre, il a même été créé des formations particulières dont le rôle est d'écarter les requêtes irrecevables – le *juge unique*[819] selon l'article 27 ou encore les nouvelles missions du *Comité des trois juges* selon l'article 28 de la Convention. Ces modifications ne violent pas l'esprit du droit d'accès à un juge, à plus forte raison que la Cour de Strasbourg donne une lecture souple de ces conditions. L'idée n'est pas d'empêcher, mais juste de limiter le nombre d'affaires pendantes – au nom du *délai raisonnable* –, qui nécessitent une *vérité juridictionnelle*. D'une certaine façon, cette irrecevabilité est aussi la manifestation de ce que l'interprétation du requérant serait inappropriée – en ce qui concerne le *préjudice important* ou *manifestement mal fondé* –, et suppose même, un examen, certes relatif, du fond de l'affaire. Il ne s'agirait que de *restrictions* logiques qui ne sont pas par nature des *privations*. En quelque sorte, et conformément à notre approche théorique, les individus multiplient les actions en justice pour obtenir une vérité circonstancielle susceptible de leur reconnaître leur autonomie dans un champ spécifique. Mais cette possibilité ne doit pas conduire à une apoplexie du système, dès lors qu'il existe, des solutions précises données par l'institution.

130. La cristallisation logique du contrôle concret de proportionnalité dans l'activité et la jurisprudence de la CEDH. – En outre, comme nous avons pu le remarquer, le développement d'un contrôle *concret* de proportionnalité n'est que le fruit d'une approche particulière de l'effectivité des droits conventionnellement garantis. Cette volonté trouve un mode de réalisation satisfaisant par le biais de ce contrôle, il apparaît comme le plus adapté à réaliser *l'effectivité-concrétisation*, car celle-ci suscite une contextualisation et une solution qui peut être périlleuse sans l'appui d'éléments de la cause et sans une mise en balance des intérêts en présence – sans un dialogue donc. Ainsi, une interprétation des dispositions conventionnelles qui en rend les exigences de protection concrètes et effectives signifie que la Cour s'attelle à ce que les normes abstraites de la CESDH gagnent en prescription par une énonciation développée et précise des circonstances de la cause.

131. C'est pourquoi la CEDH a fait de la *proportionnalité concrète* son mantra – *lato sensu*. En effet, « *le refus du contrôle abstrait se transforma rapidement en directive de l'examen du fond du litige strasbourgeois. En ce domaine (…), la pratique strasbourgeoise semble en perpétuel excès par rapport à l'affirmation simpliste d'un refus de contrôle in abstracto du droit interne et d'une focalisation exclusive sur son application concrète à l'individu demandeur* »[820]. Même s'il existe des contradictions dans la jurisprudence la Cour qui acte parfois le divorce entre le discours et la pratique[821], le contrôle *concret* de proportionnalité reste la figure majeure et la plus utilisée dans le processus décisionnel du juge européen, manifestement bien incarné par le recours individuel. Le refus du contrôle *abstrait* de la norme nationale reste un « *des marqueurs particulièrement forts de la jurisprudence européenne* »[822]. Effectivement, dès 1962, à l'occasion de l'affaire *De Becker*, la CEDH a affirmé qu'elle ne peut statuer que « *sur le cas concret de l'application d'une (règle nationale) à l'égard du requérant et dans la mesure où celui-ci se trouverait, de ce fait, lésé dans l'exercice des droits garantis par la Convention* »[823]. Depuis lors, avec

[816] CEDH, 6 juillet 1990, *M.B. c. France*, n° 12547/86, la notion est appréhendée indépendamment des règles internes. De plus, la notion de « *victime* » fait l'objet d'une interprétation évolutive à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui et son application doit se faire sans trop de formalisme : CEDH, 12 mai 2009, *Ziętal c. Pologne*, n° 64972/01, §§ 54-59. Enfin, la Cour a dégagé de nouvelles acceptions de cette notion, favorisant l'ouverture du recours et donc son contrôle : *victime indirecte* (récemment : CEDH, 20 septembre 2016, *Kondrulin c. Russie*, n° 12987/15) et *victime potentielle* (CEDH, 6 septembre 1978, *Klass c. Allemagne*, n° 5029/71, §§ 30-38).
[817] CEDH, 28 juillet 1999, *Immobiliare Saffi c. Italie*, n° 22774/93.
[818] La Cour apprécie discrétionnairement cette condition. Il peut s'agir, par exemple, d'un préjudice *financier* : CEDH, 17 janvier 2012, *Fernandez c. France*, n° 65421/10.
[819] Qui, à partir de juin 2017, changera sa manière de rendre des décisions en les motivant plus largement pour continuer dans la voie des progrès accomplis et notés par le rapport de la CEDH en date du 1er septembre 2016, « Le processus d'Interlaken et la Cour », p. 5 (disponible en ligne).
[820] P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove, *L'accélération du temps juridique*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 2000, p. 370.
[821] 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* 2015/5, pp. 1359 et s. ; CEDH [GC], 16 mars 2010, *Carson et autres c. Royaume-Uni*, n° 42184/05, § 62.
[822] D. Szymczak, « Rapport introductif : Le principe de subsidiarité dans tous ses états », *op. cit.*, p. 32.
[823] CEDH, 27 mars 1962, *De Becker c. Belgique*, n° 214/56, § 14.

l'évolution *lato sensu* du système, le *dictum* de l'arrêt *De Becker* n'a rien perdu de sa vitalité[824] quoique la CEDH précise désormais qu'il « *lui faut se borner autant que possible à l'examen du cas concret dont on l'a saisie* »[825]. Seul le contrôle *concret* permettrait de déterminer la violation ou non d'un droit, d'extraire un contenu tangible en fonction des circonstances de la cause[826].

132. Dans cette perspective, le processus décisionnel du juge européen se devait de cristalliser cette spécificité. Comme le note P. Muzny[827], il est centré autour de trois éléments qui attestent de la cardinalité de la mise en balance concrète[828]. *Primo*, un élément *fixe* est identifiable, formé par l'existence d'un rapport entre des variables. Ces dernières, parce qu'elles sont opposées et concourent dans un même espace, peuvent être imaginées dans un rapport horizontal dit de concurrence. Il s'agit alors des intérêts en concurrence dans le contentieux. *Secundo*, un autre élément *fixe* est constitué d'un rapport que nous pouvons concevoir comme vertical entre ces variables et une norme de référence qui régule ces rapports. Ce rapport peut être dit de *référence*. *Tertio*, un élément *variable* qui représente le degré de relation entre ces intérêts et la disposition conventionnelle concernée. Il peut être considéré comme le rapport *d'intensité*. En somme, la recherche d'un équilibre selon le cas est donc déterminante dans le contrôle du juge strasbourgeois[829], et laisse poindre un raisonnement *concret* et de *pondération*[830]. Nombre d'auteurs ont consacré des travaux entiers sur cette question. L'un des plus éminents est sûrement S. Van Drooghenbroeck en proposant une diatribe de cette spécificité européenne qui, bien que cet examen ne ressorte nullement de la lettre du texte – mais plutôt de la lecture faite de celui-ci en lien avec *l'effectivité-concrétisation* –, conduit à des problèmes en donnant une place trop importante à l'hypercontextualisation[831]. De plus, par le biais de la mise en œuvre de cette méthode, la Cour légitime ses décisions en les fondant sur la réalité factuelle, telle qu'elle apparaît antérieurement et postérieurement à la survenance desdits effets. La démarche, qui consiste à dépasser les apparences pour regarder à quel point les mesures d'ingérences ont eu un effet véritablement attentatoire dans le cas donné, est inhérente à l'ensemble de la jurisprudence/de l'activité de la Cour, notamment en matière de droit au respect des biens[832].

133. Néanmoins, le juge européen affirme qu'un tel contrôle doit être adopté par les juges de droit commun de la Convention que sont les juges nationaux, car elle serait la seule méthode appropriée pour trancher des litiges relatifs aux dispositions de la Convention. Assurément, de la même manière qu'elle s'efforce de faire dépendre le sens de ses solutions d'une interprétation concrète qui s'appuie de manière précise et détaillée sur les éléments factuels propres à l'espèce, la CEDH impose cette même obligation aux juridictions nationales. Les juridictions internes doivent s'efforcer d'adopter un raisonnement similaire au sien, quand bien même la solution ne serait elle pas forcément identique[833]. L'imposition d'une telle obligation comme fondement et comme condition de légitimation du jugement national apparaît à de multiples reprises lorsque la Cour sanctionne la prise en compte insuffisante de la part des juridictions internes des faits concrets de l'espèce ou encore l'expression d'un jugement teinté d'absoluité. Nous pouvons voir cela avec l'arrêt *Neumeister*[834] sur la durée raisonnable de la détention provisoire relative à

[824] *Voy.* CEDH, 30 juillet 2015, *Loisel c. France*, n° 50104/11 ; F. Benoît-Rohmer, « La requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *JCl. Libertés*, fasc. n° 330, § 90 : « *Le droit de recours individuel n'autorise pas les requérants à se plaindre in abstracto d'une mesure parce qu'elle leur paraît enfreindre la Convention* » ; CEDH, 5 décembre 2013, *Henry Kismoun c. France*, n° 32265/10 : « sa *tâche (à la Cour) ne consiste pas à contrôler in abstracto la loi et la pratique pertinentes, mais à rechercher si la manière dont elles ont été appliquées au requérant a enfreint la Convention* ».

[825] CEDH, 24 mars 1998, *Olsson c. Suède*, n° 10465/83, § 54.

[826] CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin c. France*, n° 28541/95, § 69 : « *Encore convient-il d'examiner in concreto la nature des fonctions et des responsabilités du requérant dans le cadre de son activité* ».

[827] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit.,* p. 97.

[828] CEDH, 22 février 1989, *Barfod c. Danemark*, n° 11508/85, § 29 : « *la proportionnalité appelle à mettre en balance les impératifs des fins énumérées à l'article 10 par. 2 (art. 10-2) avec ceux d'une libre discussion des problèmes d'intérêt public (...). Pour établir entre eux un juste équilibre, la Cour ne saurait oublier, requérant et Commission le soulignent à juste titre, qu'il faut se garder de décourager les citoyens, par peur de sanctions pénales ou autres, de se prononcer sur de tels problèmes* » (souligné par nous).

[829] CEDH, 8 juillet 1999, *Sürek c. Turquie n°*2, n° 24122/94, § 42 ; CEDH, 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, n° 12313/86, § 46 ; CEDH, 29 janvier 1997, *Bouchelkia c. France*, n° 23078/93, §§ 48-49.

[830] CEDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autre c. Turquie*, n° 19392/92, § 61 : « *Face à tout cela, une mesure aussi radicale que la dissolution immédiate et définitive du TBKP, prononcée avant même ses premières activités et assortie d'une interdiction pour ses dirigeants d'exercer toute autre responsabilité politique, apparaît disproportionnée au but visé et, partant, non nécessaire dans une société démocratique (...)* » (souligné par nous) ; CEDH, 16 décembre 1997, *Camenzind c. Suisse*, n° 21353/93, § 45 : elle dit qu'il lui faut examiner « *les circonstances particulières à chaque affaire afin de déterminer si, in concreto, l'ingérence litigieuse était proportionnée au but recherché* ».

[831] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.,* pp. 254 et 611-616 ou encore pp. 922 et s.

[832] CEDH, 28 octobre 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, n° 28342/95, § 76.

[833] CEDH, 27 septembre 1999, *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, n° 33985/96 et 33986/96, § 132 : « *À cet égard, on peut opposer leur cause aux affaires Soering et Vilvarajah précitées, car il se trouve que le critère appliqué dans la procédure de contrôle juridictionnel s'agissant des extraditions et expulsions envisagées coïncide avec celui appliqué sur le terrain de la Convention* » (souligné par nous).

[834] CEDH, 27 juin 1968, *Neumeister c. Autriche*, n° 1936/63, § 5 : « *La Cour est également d'avis que pour apprécier si, dans un cas déterminé, la détention d'une personne accusée ne dépasse pas la limite raisonnable, il appartient aux autorités judiciaires nationales de rechercher toutes les circonstances de nature à faire admettre ou à faire écarter l'existence d'une véritable exigence d'intérêt public justifiant une dérogation à la règle du respect de la liberté individuelle* » (souligné par nous) ; CEDH, 9 novembre 1999, *Debboud alias Husseini Ali c. France*, n° 37786/97, § 39 ; CEDH, 16 juillet 209, *Prencipe c. Monaco*, n° 43376/06, § 87.

l'article 5 § 3 de la Convention, car en matière de détention, il faut « *des soupçons sincères fondés sur des motifs plausibles* »[835] pour la justifier et la seule menace terroriste ne peut y arriver[836]. Nous retrouvons également cela en matière de *droit au respect de la vie privée*, plus spécifiquement dans l'affaire *Palau-Martinez*[837] où la CEDH affirme que l'absence d'une interprétation concrète dans un jugement interne pouvait mener à une absence d'un contrôle suffisant constitutif d'une violation de la Convention. Selon elle, la juridiction d'appel était blâmable du fait qu'elle se contentait ainsi « *d'un motif général et abstrait et omettant de rechercher si en fait, concrètement, l'éducation des enfants était perturbée au point de justifier le changement de résidence* »[838]. Comme le notait E. Millard, « *cette position des juridictions françaises était à l'évidence contraire aux positions de la Cour européenne, tant dans sa philosophie générale (le souci de s'attacher à une conception concrète et effective de la protection des droits de l'homme) que sur la question particulière de la discrimination en raison de convictions religieuses* »[839]. Elle réaffirme cela notamment dans l'arrêt *Hoffmaan*[840]. Au bout du compte, pour la Cour, il faut toujours vérifier les effets des mesures, le contexte d'application des règles et la situation concrète, sous peine de violation selon la Convention[841].

134. Il en va de même pour la pondération des intérêts en présence, donc la proportionnalité *lato sensu*. Elle doit être intégrée dans le contrôle juridictionnel. Comme en témoigne l'affaire *Ivanova et Cherkezov*[842], la mise en balance, la pondération d'éléments contradictoires est indispensable à tout contrôle des droits conventionnellement garantis, *a fortiori* les plus indéterminés comme *le droit au respect de la vie privée*. En effet, la CEDH a estimé que l'ordre de démolition était contraire à l'article 8 de la Convention, car elle a constaté que les tribunaux bulgares refusaient généralement de prendre en considération les arguments relatifs au caractère raisonnable de telles mesures, à l'heure d'analyser la situation personnelle des intéressés, du fait que cela n'était pas pertinent du point de vue de la légalité de la démolition. Cet arrêt lui a donné l'occasion de préciser ses exigences dans la mise en œuvre de la Convention par les juges nationaux ; il appert que la pondération des prétentions en présence et contradictoires a une place importante dans le contrôle des droits fondamentaux européens par le juge national[843]. Provoquer l'examen juridictionnel d'une décision n'est pas suffisant, le contrôle juridictionnel doit intégrer une méthode fondamentalement dialogique.

135. Définitivement, dans le champ des droits fondamentaux européens, les juges se doivent de tenir compte des circonstances de la cause et des intérêts en présence, c'est une obligation de la Cour, mais aussi inhérente à ces droits. Le message est clair en faveur des juridictions nationales : fût-ce dans n'importe quel domaine des libertés, à vouloir juger de manière automatique, au travers d'un raisonnement *abstrait*, les juridictions s'exposent nécessairement à des sanctions en rendant ineffectifs et abstraits des droits devant être effectifs et concrets. Les juridictions doivent mettre en œuvre un contrôle *concret* de proportionnalité ainsi que motiver assez largement leur position à la lumière de ces éléments[844]. Conséquemment, l'idée d'un « *droit pur* »[845], c'est-à-dire dépourvu des faits, apparaît comme une erreur. Si droit pur il y a, c'est bien dans les faits de la cause que nous pouvons le trouver et c'est à la seule condition de s'y référer qu'un jugement pourra obtenir le sceau de légitimité dont il a besoin, mais également participer à l'effectivité de

[835] CEDH, 28 octobre 1994, *Murray c. Royaume-Uni*, n° 14310/88, §§ 37-38 ; CEDH, 6 octobre 2001, *O'Hara c. Royaume-Uni*, n° 37555/97.
[836] CEDH [GC], 19 février 2009, *Abou Qatada et autres c. Royaume-Uni*, n° 3455/05.
[837] CEDH, 16 décembre 2003, *Palau-Martinez c. France*, n° 64927/01, § 41 : « *La Cour estime dès lors qu'en l'espèce la cour d'appel s'est prononcée in abstracto et en fonction de considérations de caractère général, sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel. Cette motivation, bien que pertinente, n'apparaît pas suffisante aux yeux de la Cour* ».
[838] *Ibid.*, § 14.
[839] E. Millard, « Rapport sur l'affaire Palau-Martinez contre France », in P. Tavernier (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'Homme (la jurisprudence en 2003)*, Bruylant, coll. "CREDHO", Bruxelles, vol. 6, 2004, p. 84.
[840] CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, n° 12875/87.
[841] CEDH, 1er décembre 2009, *Velcea et Mazăre c. Roumanie*, n°64301/01.
[842] CEDH, 21 avril 2016, *Ivanova et Cherkezov c. Bulgarie*, n° 46577/15, § 53 : « *Since the loss of one's home is a most extreme form of interference with the right to respect for the home, any person risking this – whether or not belonging to a vulnerable group – should in principle be able to have the proportionality of the measure determined by an independent tribunal in the light of the relevant principles under that Article (...).Therefore, if the person concerned contests the proportionality of the interference on the basis of such arguments, the courts must examine them carefully and give adequate reasons in relation to them (...); the interference cannot normally be regarded as justified simply because the case falls under a rule formulated in general and absolute terms. The mere possibility of obtaining judicial review of the administrative decision causing the loss of the home is thus not enough; the person concerned must be able to challenge that decision on the ground that it is disproportionate in view of his or her personal circumstances (...). Naturally, if in such proceedings the national courts have regard to all relevant factors and weigh the competing interests in line with the above principles – in other words, where there is no reason to doubt the procedure followed in a given case – the margin of appreciation allowed to those courts will be a wide one, in recognition of the fact that they are better placed than an international court to evaluate local needs and conditions, and the Court will be reluctant to gainsay their assessment* » (souligné par nous).
[843] J.-P. Marguénaud, « De la juste place européenne de la proportionnalité », *RTDC*, 2016, pp. 301 et s.
[844] CEDH [GC], 29 novembre 2016, *Lhermitte c. Belgique*, n° 34238/09.
[845] J.-P. Costa, « *Opinion dissidente à l'arrêt Lallement c. France* », *RFDA*, 2003, p. 944, obs. F. Sudre et H. Labayle : « *prenant en compte l'aspect humain de cette affaire (...) cela ne choque nullement qu'une Cour des droits de l'Homme ne fasse pas que du droit "pur"* ».

ces droits. Enfin, cela est aussi intéressant, car, comme le remarque Elisabeth Lambert, ce contrôle est de nature à renforcer l'effectivité de l'autorité jurisprudentielle européenne[846].

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE

136. En guise de conclusion, nous avons pu étudier au fil de nos développements l'importance et la pertinence qu'a pu prendre le contrôle *concret* de proportionnalité. Il est la pièce principale pour terminer un puzzle juridique, au demeurant, très complexe. Et il n'entend pas perdre cette position en raison de la fondamentalisation et de l'européanisation du droit. Ces deux derniers évènements ont marqué une nouvelle étape dans l'univers juridique en voulant enraciner encore un peu plus ce mode de contrôle dans les prétoires pour des raisons qui tiennent à leur objet et leur idéologie. Par ailleurs, cette intégration progressive amène de nouvelles considérations, notamment sur la place de l'argumentation, du fait, du dialogue dans le processus décisionnel du juge. Ce contrôle bouleverse grandement les lieux communs de la dogmatique juridique et de la théorie du droit. En effet, il modifie notre appréhension du Droit dans tous ses aspects. Face à la pression grandissante de ces phénomènes, il apparaît normal que le juge des référés administratifs ait entériné un contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois. L'arrêt *Gomez-Turri* est alors tout à fait légitime et opportun, malgré la prégnance d'une certaine tradition dans le contentieux juridictionnel français. Cependant, des auteurs affirmeront qu'avec le contrôle déployé dans cet arrêt, « *il n'y a pas de "révolution" à proprement parler. De l'audace, certainement (...)* »[847]. Assurément, les détails de cet arrêt peuvent susciter certaines interrogations dans un environnement marqué par la concrétisation du Droit et dans un contentieux administratif relativement riche. Face à ces données et tant sur la forme que sur le fond, l'arrêt dresse un tableau assez flou de la méthode utilisée par le juge administratif, des apports réels de celle-ci dans le droit public français et induit naturellement de vives réflexions[848]. Voilà les données qui animeront nos prochains développements…

CHAPITRE 2
LES CONTOURS AMBIGUS DE L'ARRÊT GOMEZ DANS UN PAYSAGE MARQUÉ PAR LA CONCRÉTISATION DU DROIT

137. L'arrêt *Gomez-Turri* a intégré une forme spécifique de contrôle dans l'office du juge administratif : un contrôle *concret* de proportionnalité alors même qu'il est principalement habitué à *l'abstrait*[849] – à un contrôle *abstrait* qui est parfois de proportionnalité[850]. Nous avons pu voir que cette introduction répond à une évolution du processus décisionnel du juge en lien avec l'ontologie et une mutation sensible de la matière juridique. Dans cette perspective, le contrôle *concret* de proportionnalité en matière conventionnalité des lois dudit arrêt peut apparaître comme une nécessité, mais aussi une révolution dans le contentieux de droit public. En même temps, une lecture approfondie de l'arrêt et de son contexte immédiat démontre qu'il est frappé par une certaine équivocité en ce sens que la mise en place d'un contrôle *concret* de proportionnalité notamment en matière de conventionnalité, conforme aux standards contemporains de jugements présentés et à une volonté de concrétisation du Droit, n'est pas une véritable innovation. Bien au contraire, il ne serait que l'extension tardive d'une méthode déjà relativement intégrée dans l'office du juge administratif. Ce qui rendrait paradoxale l'introduction d'un tel contrôle. Ces éléments viennent faire perdre un peu de valeur à cet arrêt et relativiser les levées de boucliers de la doctrine quant aux potentialités destructrices de celui-ci, puisqu'elles ont déjà été hypothétiquement exaltées. *Beaucoup de bruit pour rien* donc, comme le disait W. Shakespeare. Pour autant, si nous ne pouvons nier cet aspect-là, le contrôle opéré par ledit arrêt présente tout de même une dose palpable d'originalité, nous permettant d'appréhender plus aisément l'émoi qu'il suscite dans le monde juridique et surtout dans la doctrine administrativiste. Cet arrêt

[846] 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*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 388.
[847] M. Guerrini, « L'utilisation du contrôle de conventionnalité par la Cour de cassation ou le paradoxe de l'acceptation », *RDLF* 2017, chron. n°21, pp. 1-13, spéc. p. 8, disponible en ligne.
[848] *Voy.* S. Platon, « Chronique de jurisprudence de droit administratif européen (année 2016) », *Droit Administratif*, n° 7, Juillet 2017, p. 9 : « *Cette innovation, qui a pu passer pour révolutionnaire, l'est peut-être moins qu'il n'y paraît* ».
[849] *Voy.* M. Long, P. Weil et autres, « arrêt Nicolo », in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 18e édition, 2011, pp. 647-658.
[850] P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *op. cit*., p. 579 : « *ce n'est (...) ni la proportionnalité qui est nouvelle, ni son utilisation pour le contrôle de conventionnalité* ».

est la pièce centrale d'un édifice, il vient lui donner une teneur ambivalente et sûrement plus conforme à ce que nous pouvons attendre du contentieux de la conventionnalité et de la protection des droits fondamentaux. Il est alors « *une étape importante d'une évolution plus générale du droit français autour de la "proportionnalité" (concrète)* »[851]. Dès lors, la première ambiguïté – quant à l'appréhension de ce contrôle et plus largement de cet arrêt dans le droit public français – se situe ici, dans l'utilisation renouvelée d'une technique pourtant peu nouvelle, c'est-à-dire dans la timidité du juge, jusqu'à cet arrêt, à exploiter sérieusement et explicitement les virtualités d'une méthode largement enracinée ainsi que de l'étendre à tous les niveaux et tous les domaines. D'une certaine façon, la puissance de ce contrôle – ainsi que son champ d'application – avait été cachée et minorée alors même que son utilisation antérieure semblait consommer une *révolution paradigmatique*[852] (**Section 1**). Mais cette originalité est aussi, sous certains angles, le signe de contradictions profondes de la part du Conseil d'État qui, en y adjoignant un étage *abstrait* comme prémices obligatoires à sa démarche, a introduit un élément qui est manifestement mal accepté par son office, l'objet ainsi que la méthodologie du contrôle, et témoigne, par ailleurs, d'un sophisme tangible. Un tel lien entre ces contrôles n'est que le fruit d'une stratégie destinée à arriver à un résultat précis. Nous comprenons donc que l'intérêt de cet arrêt ne se situe pas seulement à l'étage du contrôle *concret* de proportionnalité, mais bien dans son lien explicite avec un étage *abstrait*, ce qui peut sembler paradoxal dans un environnement favorable à la concrétude. Voilà la deuxième ambiguïté portée par le contrôle développé dans l'arrêt (**Section 2**). Pour rester dans l'univers shakespearien, gardons à l'esprit ces quelques mots de Shakespeare qui, par l'intermédiaire de ses personnages et notamment de Bénédict, affirmait des choses qui donneront le ton à nos développements : « *Ne vous moquez pas de mes contradictions : car l'homme est un être inconstant* »[853] ou encore « *À des maux étranges on applique d'étranges remèdes* »[854].

Section 1
La généralisation ambivalente du contrôle concret de conventionnalité dans le contentieux administratif

138. La difficile appréhension du statut de cet arrêt dans le contentieux administratif. – Les longs développements sur l'affaire *Gomez-Turri* ne doivent sûrement pas donner une importance démesurée à l'introduction du contrôle *concret* de proportionnalité du juge administratif en matière de conventionnalité. Ce contrôle répond tout à fait aux exigences contemporaines qui sont dictées par de multiples considérations, mais n'est pas par lui-même la révolution dont nous entendons souvent parler. La mise en place d'un tel contrôle dans l'arrêt est tout à fait opportune dans le champ des référés administratifs, qui était encore trop perméable à ces considérations, ainsi qu'à la lumière des spécificités de l'espèce. En effet, le refus *Carminati* ne lui permettait plus de satisfaire les exigences européennes et de justice. Mais resituée dans l'activité générale du juge administratif, « *la décision du 31 mai 2016 constitue davantage une évolution (...) qu'une révolution* »[855]. Assurément, le raisonnement *in concreto* et le raisonnement de *proportionnalité* ont une assise particulière dans le contentieux administratif, et surtout en matière de *conventionnalité*. Ils jouissent d'une utilisation courante et d'un déploiement profond qui démontre, dans cette perspective, une incohérence dans l'action du juge, et vient peut-être battre en brèche toute lecture trop optimiste du contrôle développé par l'arrêt. Ce mécanisme a largement vécu dans le contentieux administratif et ne vient pas, en lui-même – c'est-à-dire à l'aune des critères d'identification de celui-ci –, trancher avec ce que nous connaissons (**§I**). Cependant, cet arrêt introduit des nouveautés qui seront essentielles par la suite dans le contentieux administratif. Effectivement, tout en n'étant pas fondamentalement novateur de par la technique employée, le Conseil d'État donne une nouvelle texture et une nouvelle application à ce contrôle plus conforme à son esprit. Là est le principal apport de cet arrêt qui le place naturellement au rang des grands arrêts de la jurisprudence administrative. Il vient consacrer et faire évoluer convenablement un mode de raisonnement encore trop mal utilisé par le juge, ainsi qu'exacerber les potentialités destructrices de cette méthode souvent oblitérées par les anciens arrêts. En

[851] *Ibid*., p. 578.
[852] T. Kuhn, *Structure des révolutions scientifiques*, *op. cit.,* p. 98 : « *Quant au paradigme, il peut être compris comme un modèle (explicite ou implicite) qu'une communauté scientifique exploite en vue de régler ses activités de recherche* ».
[853] W. Shakespeare, *Beaucoup de bruit pour rien*, trad. F.-V. Hugo, Garnier-Flammarion, Paris, 2012, p. 208.
[854] *Ibid*., p. 183.
[855] M. Guyomar, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », *Gaz. Pal*., 2016, n° 28, p. 30.

effet, il assume le rôle du fait dans la détermination du Droit plus que n'importe quel autre arrêt, il fait émerger une nouvelle rédaction, il étend enfin ce contrôle dans des contrées presque inconnues, mais surtout il postule pour l'indispensable double contrôle de conventionnalité des lois en ce que ces contrôles seraient, d'une certaine façon, siamois. Finalement, c'est ce double étage qui constitue la révolution de cet arrêt, ou encore, l'utilisation d'un contrôle *abstrait* dans un champ qui postule pour le *concret* (**§II**). Si l'élément *concret* participe par la suite à renouveler le rôle du juge administratif et faire accroître son pouvoir, la véritable pierre d'achoppement de cet arrêt est ce double étage qui altère les analyses sur le contrôle *concret* de proportionnalité et le phénomène de concrétisation du Droit.

§I - L'utilisation poncive d'un contrôle concret de proportionnalité par l'arrêt

139. Pris en lui-même et dans notre lecture théorique, le constat de l'introduction d'un contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois par l'arrêt *Gomez-Turri* apparaît comme tout à fait pertinent et original dans une matière juridique en plein bouleversement. Mais mis en perspective avec ce qu'il se faisait déjà, et les données sous-jacentes du contentieux administratif, nous nous rendons compte que l'apport principal de l'arrêt est ailleurs, et surtout nous touchons du bout des doigts certaines antinomies dans l'œuvre du magistrat administratif. En effet, si le contrôle déployé dans l'arrêt *Gomez-Turri* exploite sensiblement l'algorithme contemporain de jugement (*A*), il a déjà été considérablement développé par le juge administratif dans de nombreux contentieux qui touchent de près ou de loin les droits fondamentaux – n'éludons pas que les droits fondamentaux sont potentiellement partout. Il est un outil qui a une réalité tangible dans le contentieux administratif et qui postule pour le retard de cette solution. Si « *une telle évolution n'est pas sans soulever de légitimes inquiétudes quant à sa portée* »[856], la plupart de ces inquiétudes sont déjà connues et reconnues, et n'obtiennent pas, de prime abord, une nouvelle puissance dans cette affaire (*B*). Tout ceci vient relativiser la portée du contrôle développé dans l'arrêt et témoigne, en dernière analyse, des turpitudes qui touchent le juge administratif.

A) Un contrôle exploitant sensiblement l'algorithme contemporain de jugement

140. Retour sur les caractéristiques du contrôle concret de proportionnalité : l'établissement d'une grille opératoire de lecture. – Focaliser son attention sur cet algorithme de jugement n'est pas anodin. Si nous avons pu au fil de notre étude explorer toutes les dimensions du contrôle *concret* de proportionnalité et de conventionnalité, il nous faut désormais développer encore un peu plus son architectonique et tirer les conséquences de certains enseignements. L'idée même d'algorithme – entendu comme « *une suite finie d'opérations élémentaires constituant un schéma de calcul ou de résolution d'un problème* »[857] – rend bien compte de notre volonté d'établir une grille de lecture qui nous servira de base à nos futurs développements. Plus précisément, une analogie entre nos diverses élucubrations et les points essentiels dudit arrêt nous permettra de trouver des critères qui attestent de l'utilisation ou non d'un contrôle *concret* de proportionnalité par le juge. De plus, ces quelques éléments nous permettent de nous départir des critiques formulées par H. Fulchiron. En effet, ce dernier a développé une réflexion à propos de cet arrêt qui démontre que « *la balance entre les droits et les intérêts en présence n'est pas vraiment faite (…) parce que les plateaux restent vides* »[858]. Selon les critères qui sont employés par lui, le contrôle utilisé dans le cadre de cet arrêt s'apparente plus à ce qu'il appelle « *une décision en équité* » qu'à un contrôle *concret* de proportionnalité en raison du défaut de réalité des droits et des intérêts invoqués, ainsi que de la réalité de l'atteinte.

141. Sa lecture, bien qu'exacerbant la méthode du contrôle *concret* de proportionnalité, se concentre surtout sur les données du contrôle, leur nature et leur réalité[859]. Il en résulte que la présentation de l'auteur aboutit au constat que *méthodologiquement* – avec la pesée des intérêts en présence, la mise en balance concrète –, le contrôle *concret* de proportionnalité est bien présent alors que *substantiellement* non. Les balances seraient vides quand bien même une méthode de pondération des intérêts en présence et selon les circonstances de la cause serait présente. La conclusion semble être tout à fait légitime, il est clair que la

[856] D. Girard, « Le contrôle concret de conventionnalité de la loi enfin admis par le juge administratif des référés, Note sous CE Ass., 31 mai 2016, Gonzalez-Gomez, n° 396848 », *Revue générale du droit*, 2016, n° 24295, disponible en ligne.
[857] C. Lambrechts (dir.), *Dictionnaire encylcopédique*, Larousse, Paris, 2005, p. 44.
[858] H. Fulchiron, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *op. cit.*, pp. 1472 et s., spéc. p. 1474.
[859] Il développe cela plus précisément : H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, pp. 656-658.

réalité du droit lésé en l'espèce aurait dû être mieux caractérisée, et les importants objectifs poursuivis par le législateur pesé plus sérieusement dans la mise en balance – ce qui dénote déjà d'une volonté du juge administratif de biaiser ces éléments pour certaines raisons –, pour autant ces remarques ne sont pas de nature à disqualifier, selon nous, l'existence d'un contrôle *concret* de proportionnalité pour une raison simple, le juge donne une réalité à des éléments qui sont niés dans le droit de la CESDH. Il est toujours difficile d'appréhender la teneur des données contrôlées par le juge lors d'un tel contrôle – surtout quand il fait preuve de mauvaise foi dans son argumentation. Nous avons pu en attester dans l'introduction, le moment *d'incommensurabilité* des données contrôlées et de *subjectivité* est inévitable dans le processus décisionnel du juge, et encore plus en matière de proportionnalité et de fondamentalité[860]. Ce constat est propre à cette thématique en raison de la complexité ainsi que de la nature de l'objet du contrôle et des normes du contrôle. Il se peut que le juge ait retenu une nouvelle acception des droits et intérêts en présence. C'est ce qui semble bien être le cas à la lecture des conclusions de A. Bretonneau[861]. En définitive, l'analyse de H. Fulchiron, fondée sur une lecture critique des éléments mis en balance à la lumière de la seule jurisprudence de la CEDH, tombe dans les écueils classiques de toute étude de ce contrôle dans un angle uniquement *substantiel*[862].

142. La dimension dialogique du contrôle concret de proportionnalité. – C'est précisément pour ces raisons que nous retenons depuis le début une acception fondamentalement *méthodologique* de ce contrôle – nous retiendrons ici la définition *étroite* de ce contrôle qui a été posée en introduction et non la seule définition *idéaltypique* qui nous a permis d'envisager le contrôle de proportionnalité dans des domaines singuliers où il n'apparaît jamais aussi clairement qu'en matière de régularité juridique, de conventionnalité. Elle permet d'éviter d'entrer dans un domaine où les considérations sont hautement complexes, sans pour autant négliger fondamentalement l'aspect *matériel* de l'idée même de proportionnalité et du contrôle de proportionnalité – nous le verrons surtout dans la prochaine partie. Finalement, nous sommes convaincus que ce contrôle doit s'entendre comme une méthode qui participe à la pondération de variables en vue d'établir une solution. Elle réaliserait un jugement sous forme multilatérale entre des intérêts opposés. Le « *dialogisme* »[863] du contrôle *concret* de proportionnalité s'explique précisément par la balance entre des variables en présence à la lumière d'une norme qui cristallise le champ d'opération et qui tente d'appréhender leurs rapports. Ainsi, cette méthode arbore un élément qui est souvent décrit comme consubstantiel à la matière juridique[864] et à la matière judiciaire : le dialogue[865]. Notons tout de même que les notions de *balance* et de *mise en balance*, largement utilisées dans notre étude et dans les autres productions[866], sont loin d'être claires. La réalité contentieuse ne se borne pas véritablement à une simple opposition entre deux principes (les droits consacrés explicitement par le texte)[867], mais bien à une pluralité. Derrière ces termes se cache surtout l'idée d'un dialogue entre des éléments opposés et protégés par une règle juridique en vue de trouver une solution dite équilibrée – le mot « *équilibre* » fait référence à un dialogue, à une « *juste harmonie des parties* »[868] – que la balance saurait incarner. Elle donne un aspect rationnel à processus qui ne l'est pas toujours. Comme le disait le professeur Moore : « *la métaphore de la balance montre (...) ses limites : comment imagine-t-on un tel instrument muni de plusieurs plateaux ? Un tel enchevêtrement évoque plutôt un nœud gordien, que seul peut trancher un glaive – autre symbole de la justice* »[869]. Il s'agit donc de demeurer conscient que, aussi symboliques que puissent être les notions de balance et de pondération, elles ne peuvent avoir que pour fonction d'expliciter la nature *dialogique* de la méthode – et la nature *dialectique* du raisonnement[870] – qui

[860] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 281-286.
[861] A. Bretonneau, « Droits subjectifs contre interdit législatif », op. cit., pp. 743 et 748 : « *Nous n'avons pas de doute que ce droit tombe sous le pavillon englobant de l'article 8* » et « *D'abord, le droit qu'elle fait valoir dans le premier plateau de la balance n'est pas nécessairement celui qui, sous le timbre de l'article 8 de la Convention, reçoit le degré maximal de protection. Certes, la CEDH l'a affirmé clairement dans l'arrêt Evans c/ Royaume-Uni précité, l'article 8 protège, de façon générale, le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent, quelle que soit la configuration du projet parental. Mais il n'est pas impossible d'exclure qu'elle accorde plus de poids aux atteintes dont l'effet est d'empêcher un individu de devenir parent "aux sens social, juridique, et même physique du terme" qu'à celles dont l'effet est d'empêcher un individu de voir aboutir un projet parental donné* ».
[862] Pour quelques exemples : S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 174 et s.
[863] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit*., pp. 161-180.
[864] F. Gény, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, Paris, t. I, 1914, n°16, p. 50.
[865] *Voy*. S. Goyard-Fabre, *Re-penser la pensée du droit : les doctrines occidentales modernes au tribunal de la raison interrogative-critique*, Libraire philosophique J. Vrin, 2007, pp. 124-126.
[866] *Voy*. G. Xynopoulos, « Proportionnalité », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Quadrige, Paris, 2003, p. 1251.
[867] *Voy*. F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *op. cit*, pp. 502-503 : il fait état de cette réalité.
[868] F. Gaffiot, « aequilibris/aequilibritas », in *Dictionnaire latin français*, *op. cit*., p. 75.
[869] P. Moore, *Droit administratif*, Staempfli+Cie S.A., Berne, vol. A, 1994, p. 401.
[870] *Voy*. C. Perelman, « Dialectique et dialogue », *Les Études philosophiques*, n°3, 1970, pp. 335-336 : « *Pour Aristote, dialectique est un adjectif applicable aux raisonnements. Le raisonnement dialectique n'est pas, comme le raisonnement analytique, un raisonnement nécessaire tirant sa validité de sa conformité aux lois de la logique formelle (...), les prémisses de ce raisonnement ne sont, bien souvent, ni des évidences ni des hypothèses. Ce n'est que dans les dialogues éristiques, où l'on s'efforce de mettre l'adversaire en difficulté (...)* ».

transparaît lors des procès et dans les rédactions des arrêts, c'est-à-dire cristalliser la controverse entre des parties et démontrer le rapport dialectique entre plusieurs données en vue de la conclusion d'un litige. Elles n'entendent pas prescrire la nature des éléments pris en considération ni les départager. Pour ce faire, il faut toujours un postulat de départ, c'est-à-dire un référent prescriptif et concret.

143. La puissance des faits de l'espèce dans le contrôle concret de proportionnalité. – En d'autres termes, la conclusion du procès – c'est-à-dire trouver une ligne de départage à partir de la discussion – est effectuée en fonction d'un référentiel (d'une norme de référence qui se distingue généralement par sa proximité avec la *normalité* et sa dimension *finaliste*) qui commande d'ailleurs de prendre appui sur des considérations relatives au cas d'espèce. Plus précisément, dans le cadre de ce contrôle – et notamment dans son application sur le terrain de la régularité juridique, comme nous avons pu le voir en introduction –, au-delà des droits garantis qui déterminent le champ d'étude ; les effets d'une mesure dans les circonstances de la cause, les intérêts *concrets*, leur lecture et le contexte immédiat du contentieux sont des éléments qui participent à la résolution du procès (qui alimentent le dialogue) et qui seront exacerbés dans la décision juridictionnelle. L'affaire *Hatton c. Royaume-Uni* [871] pourra nous servir d'illustration convaincante. En l'occurrence étaient opposés les principes généraux de « *la protection de la vie privée* » par rapport « *au bien-être économique du pays* » après l'opération de qualification du juge. À partir de cette énonciation, la CEDH ne peut pas déduire d'eux seuls et de la mention « *mesure nécessaire dans une société démocratique* » – norme de référence –, le sens de la solution. Pour trancher le litige, elle doit nécessairement s'absorber dans la réalité concrète de l'espèce, c'est-à-dire sur les effets de la mesure dans le cas et leur compréhension – comme le commande d'ailleurs les sous-critères développés par la CEDH[872] qui sont relativement marqués par des considérations téléologiques et proches de la *normalité* –, afin de déterminer l'importance des intérêts en cause, c'est-à-dire le caractère raisonnable ou non de la mesure. Cela implique d'apprécier le degré véritable d'atteinte aux intérêts suivant que la solution serait rendue en faveur de l'un ou de l'autre, en s'interrogeant, d'une part, sur le nombre de personnes effectivement touchées, l'ampleur de la dangerosité de la nuisance sonore véritablement subie, les chances réelles pour ces personnes de vendre leur bien immeuble sans encourir de pertes financières, etc. et d'autre part, sur l'ampleur précise des retombées financières, suivant que l'activité aéroportuaire demeure telle quelle, ou bien qu'elle doive subir des modifications du fait du constat de violation, le degré de prise en compte des intérêts attentés à travers l'offre de solutions alternatives. Or, si en l'espèce, la Cour a fait prévaloir le principe du bien-être économique – donc le caractère raisonnable de la mesure contestée – sur la protection de la vie privée, c'est précisément parce que dans cette affaire *A*, en un lieu *L* et à un temps *T*, l'ampleur des effets du dommage subi n'était pas suffisamment prononcée pour primer ce dernier principe et exiger, dès lors, une révision du mode de fonctionnement des vols nocturnes. Cette grille de lecture a été développée par la CEDH dans cet arrêt en fonction des circonstances de la cause[873].

144. Ainsi, les *faits de la cause* deviennent des éléments fondamentaux dans l'équation juridictionnelle. En effet, ils sont des topoï, des éléments argumentatifs permettant d'orienter la conclusion et le prescrit de la norme de référence. Ils permettent de faire apparaître des critères normatifs qui donnent une consistance à la norme de départage et à son champ d'action. Au bout du compte, ce contrôle vient créer une nouvelle norme qui réalise un compromis entre des considérations juridiques conflictuelles que le contexte factuel fait apparaître[874]. Les éléments factuels sont donc des données structurantes dans les arrêts en tant que critères d'orientation de la solution, en tant qu'éléments persuasifs, qui, *in fine*, permettent au juge d'élaborer des indices concrets grâce auxquels la norme de départage acquiert une consistance prescriptive[875]. En ce sens, il y a une dimension *normative* du contrôle *concret* de proportionnalité sur laquelle nous reviendrons. Effectivement, l'appréciation – les rapports dialectiques entre les éléments dans un but précis (nous visons le *thème* du raisonnement instauré par le référentiel comme une thème *finaliste*) – part de critères précis fondés sur les circonstances de la cause comme « *la complexité de l'affaire* », le « *comportement du requérant et celui de ses autorités compétentes* », etc. Et en incluant des éléments de fait

[871] CEDH, 8 juillet 2003, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, n° 36022/97.
[872] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 81 et s.
[873] *Ibid*., §§ 117-128.
[874] C. Jamin, « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *RTDC* 2015, pp. 263 et s.
[875] C.-A. Morand, « Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles », in *De la Constitution, études en l'honneur de J.-F. Aubert*, Helbing et Lichtenhahn, Bâle, 1996, p. 61 : « *Les principes qui doivent être concrétisés et confrontés dans un cas particulier obligent l'administration ou le juge à établir la règle individuelle et concrète sur la base de laquelle ils pourront trancher le litige qui leur est soumis. Le passage par cette règle concrète est indispensable, car seule une règle permet de répondre par oui ou non à la question juridique* ».

dans la motivation de ses décisions, les juges posent des règles dont le caractère obligatoire prend du volume et rend compte du but à suivre.

145. La dimension argumentative et justificative du contrôle contrôle de proportionnalité. – En outre, nous voyons, avec ces quelques développements, l'importance de *l'argumentation* dans ce contrôle et la richesse subséquente de la *motivation* juridictionnelle[876] – ce qui n'avait pas été noté en introduction puisque notre ambition était de donner une définition idéaltypique et synthétique à partir de diverses bases qui ne faisaient pas état de ce point. Ces éléments apparaissent comme intrinsèquement liés à notre contrôle, car « *en sciences humaines l'expérimentation est difficile ou impossible, on doit en général se contenter de cette forme plus faible de scientificité : remplacer la confirmation expérimentale par l'évidence de la construction herméneutique* »[877]. En effet, comme la méthode en tant faire dialoguer plusieurs éléments fondés sur le cas d'espèce pour trouver une solution qui n'est jamais totalement naturelle, encore faut-il rendre compte de manière précise du poids de chacun de ces éléments et convaincre, *in fine*, que la solution adoptée – le sens retenu de la norme de référence – est la bonne[878]. Il n'y a jamais de vérité judiciaire unique. « *Même si nous voulons que la vérité soit au singulier, l'esprit de vérité est de respecter la complexité des ordres de vérité ; c'est l'aveu du pluriel* »[879]. Mais en rendant transparents les éléments pris en considération pour parvenir à sa décision, le juge peut assurer une certaine forme de rationalité de la conclusion qui emporte l'adhésion de l'auditoire. Puis, « *en tant qu'il s'adresse à un public doué de raison, le juge se doit de rendre une décision dont les motifs soient communicables, c'est-à-dire susceptibles d'un échange et d'une adhésion de la part de ses auditeurs* »[880]. L'idée est donc la suite : « *je juge donc je motive* »[881]. Au bout du compte, le ressort de la décision serait la « *dialectique fine entre argumentation et conviction* »[882] qui institue une motivation particulièrement riche. Dès lors, nous pouvons affirmer que le contrôle *concret* de proportionnalité se caractérise par sa dimension argumentative multidimensionnelle – c'est-à-dire des parties comme du juge, mais cela nous y reviendrons plus tard – et par le « *style rhétorique* » de la conclusion[883]. Tout cela ne veut pas nécessairement dire que l'arrêt doit être long et abscons. Il n'est pas certain que la longueur des explications soit gage de clarté du contrôle exercé.

146. La synthèse. – En définitive, *la balance – donc le dialogue – d'intérêts révélés par une atteinte, à l'aune d'un référent qui prend appui sur des données factuelles et concrètes afin de déterminer le caractère raisonnable du rapport*[884] *et en lien avec une argumentation minutieuse qui étend les pouvoirs d'appréciation du juge*[885] ; voilà les indices qui permettent de caractériser l'existence d'un contrôle *concret* de proportionnalité, au-delà de toute manifestation par une terminologie spécifique dans les arrêts des différentes juridictions. À l'aune de ces éléments, nous voyons que l'arrêt *Gomez-Turri* reprend parfaitement cet algorithme. En effet, le Conseil d'État entend cristalliser un conflit fondamentalement dialogique surdéterminé par un référentiel (marqué par la *normalité* et des considérations *téléologiques*). Il affirme, par l'intermédiaire de A. Bretonneau, qu'il doit être procédé à « *une balance entre le droit de Mme Gomez au respect de vie privée, d'une part, et les intérêts légitimes qui fondent l'interdit d'exportation, d'autre part, pour décider si l'atteinte au premier portée au nom des seconds est ou non manifestement disproportionnée* »[886]. Nous voyons également que l'arbitrage effectué par le juge se fait à l'aune des faits de l'espèce – c'est-à-dire les effets de la mesure prise sur le fondement de la loi contestée vis-à-vis des éléments invoqués – en ce qu'il vise « *certaines circonstances particulières* »[887] propres à l'espèce. Grâce à ces éléments, « *dans de telles circonstances et au terme d'une pesée difficile, nous estimons finalement, que compte tenu du peu qui est demandé à l'administration française (s'abstenir de faire obstacle à l'exportation de gamètes qui sont en sa possession), de la faible implication qu'auront eue les services publics français dans la conception envisagée (simple recueil à visée préventive) et de l'absence totale, désormais de lien entre Mme Gomez, l'enfant à concevoir et la France, l'atteinte portée à la vie privée de*

[876] P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité (…) », *op. cit*., p. 580.
[877] R. Thom, « L'herméneutique dans les Sciences Exactes », in *Cahiers Confrontation n°17, printemps 1987 – L'interprétation*, éd. Aubier, Paris, 1987, p. 20.
[878] *Voy*. P. Ricoeur, *Le Juste 2, op. cit*., p. 262.
[879] P. Ricœur cité par M. Van De Kerchove, « Vérité judiciaire et para-judiciaire en matière pénale : quelle vérité ? », *op. cit.*, p. 414.
[880] W. Cassier, « Juger : dire les droits, dire le droit », in F.-X. Druet et E. Ganty E. (dir.), *Rendre justice au droit. En lisant le Juste de Paul Ricoeur*, Presses universitaires de Namur, Namur, 1999, p. 240.
[881] W. Mastor et B. De Lamy, « À propos de la motivation sur la non-motivation des arrêts d'assises : "je juge donc je motive" », *D.* 2011, pp. 1154-1155.
[882] P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Le Seuil, Paris, 1990, p. 334.
[883] F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit*., pp. 515-516.
[884] X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative*, Economica-, coll. "Sciences et droit administratifs", Paris, 1990, pp. 19 et s. : la proportionnalité renvoie à l'idée d'un « *juste rapport entre une chose et une autre* ».
[885] P. Moore, *Droit administratif, op. cit*., p. 417.
[886] A. Bretonneau, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit*., p. 747.
[887] CE Ass, 31 mai 2016, *Gonzalez-Gomez*, n° 396848, cons. 9.

Mme Gomez est, du fait de son caractère irréversible, manifestement disproportionnée »[888] – nous apercevons la dimension argumentative du contrôle et l'aspect rhétorique de la motivation. Au final, nous pouvons dire que l'arrêt *Gomez-Turri* n'a de sens qu'au regard des éléments propres aux circonstances de l'espèce et des arguments des différentes parties[889].

147. Comparativement à la jurisprudence européenne, qui manifeste certainement le mieux ce contrôle, le contrôle développé dans notre affaire n'a pas à rougir. L'étude des jurisprudences *Evans*[890], *SH*[891] et *Mennesson-Labassée*[892] est de nature à démontrer une proximité intellectuelle et méthodologique. Assurément, la CEDH aime à rappeler que seules « *les circonstances particulières de l'espèce* » permettent de déterminer si « *un juste équilibre entre les intérêts concurrents en jeu* » a été assuré[893]. Cependant, à l'aune de ces critères, nous pouvons voir que le contrôle *concret* de proportionnalité était déjà implanté dans le contentieux administratif. Dès lors, « *la nouveauté – voire l'audace – prétendue de cette solution semble assez discutable. N'est-ce pas, en effet, un contrôle concret de la conventionnalité des lois auquel se livre le juge administratif lorsque, par exemple, il annule une décision de reconduite à la frontière d'un étranger pour atteinte excessive au même droit protégé par l'article 8 de la Convention européenne ? Le juge administratif n'a-t-il pas admis de longue date la conventionnalité globale de la législation française en la matière, mais ne se réserve-t-il pas, une fois l'appréciation abstraite opérée, le droit d'affirmer que, dans les circonstances particulières de l'espèce, la législation produit des effets concrets incompatibles avec le droit au respect de la vie privée ? On ne voit guère la différence avec ce qu'affirme l'arrêt Mme Gomez* »[894]. Par conséquent, ce contrôle apparaît comme largement appliqué par le juge administratif et tranche avec toute lecture révolutionnaire de l'arrêt. Dans une première appréciation, nous ne comprenons pas nécessairement le bouillonnement que suscite cet arrêt, et au contraire, il nous amène à trouver une absence de logique dans l'action du juge. Tout le tohu-bohu suscité par l'arrêt serait-il excessif ?

B) Un contrôle largement appliqué par le juge administratif

148. L'histoire du contrôle concret de proportionnalité dans le contentieux administratif : l'exemple de la police administrative. – Tous les commentateurs s'accordent pour dire qu'il y a des réminiscences du contrôle *concret* de *proportionnalité* dans l'histoire du contentieux administratif[895]. Nous le comprenons certainement en raison de la prise de puissance des droits fondamentaux qui impliquent un tel contrôle et la pression grandissante de la CEDH dans des contentieux spécifiques[896]. Comment aborder une telle question sans parler de la fameuse jurisprudence *Benjamin* relative aux mesures de police[897] ? S'il transparaît, d'une certaine façon, dans l'arrêt *Abbé Olivier* du 19 février 1909[898] ainsi que dans les conclusions du Commissaire du Gouvernement Corneille sous l'arrêt *Baldy*, en ce qu'il dit que « *la liberté est la règle et la restriction l'exception* » exigeant donc de ne porter une atteinte à l'exercice des droits et libertés que dans la mesure nécessaire au but poursuivi par l'administratif[899] ; c'est bien l'arrêt *Benjamin* qui lui donna ses lettres de noblesse[900]. Il est à l'origine de la systématisation du contrôle *concret* de proportionnalité dans le contentieux administratif qui deviendra, par la suite, un instrument souvent mobilisé par le juge administratif[901]. Le principal apport de la jurisprudence *Benjamin* a donc été de formaliser et d'expliciter des pratiques du juge en vigueur depuis plusieurs années. En effet, dans ses conclusions sur l'arrêt *Benjamin*, le Commissaire du Gouvernement Michel[902] illustre parfaitement la logique du contrôle *concret* de proportionnalité tout en exploitant le matériau jurisprudentiel du contentieux de la police des cultes aux fondements relativement anciens[903]. Le contrôle des mesures de police

[888] *Ibid*., p. 748.
[889] CE Ass, *Gonzalez-Gomez*, *op. cit.,* cons. 7/8/11 pour voir cette confrontation et les intérêts ainsi que les données concrètes en présence.
[890] CEDH, 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/50.
[891] CEDH [GC], 3 novembre 2011*, S.H. et autres c. Autriche*, n° 57813/00, §§ 110-114 et 117.
[892] CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France et Labassee c. France*, n° 65192/11 et 65941/11, §§ 62 et 83-84.
[893] CEDH, *Evans c. Royaume-Uni*, *op. cit*., § 83.
[894] B. Seiller, « Le juge du référé-liberté peut se prononcer sur l'exception d'inconventionnalité d'une loi », *Gaz. Pal.* 2016, n° 35, p. 31.
[895] L. Dutheillet de Lamotte et G. Odinet, « Contrôle de conventionalité : in concreto veritas ? », *op. cit.*, pp. 1400-1402 ; P. Delvolvé, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit.*, pp. 755-756 ; P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *op. cit*., p. 578 ; M. Guyomar, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », *op. cit*., p. 30 ; A. Bretonneau, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit*., pp. 746-747.
[896] *Voy*. N. Belley, « L'émergence d'un principe de proportionnalité », *Les Cahiers de droit*, n°382, 1997, pp. 245–313, spéc. pp. 247-253 : dans le droit des étrangers.
[897] CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, Rec. Leb., p. 541.
[898] CE, 19 février 1909, *Abbé Olivier*, Rec. Leb., p. 181.
[899] Conclusion Corneille sur CE, 10 août 1917, *Baldy*, Rec. Leb., p. 637.
[900] *Voy*. M. Fromont, « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, 1995, p. 156.
[901] J.-P. Costa, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA,* 1988, p. 434.
[902] Conclusion Michel sur CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *D.P.,* 1933, III, p. 54.
[903] *Voy*. J.-F. Amedro, *Le juge administratif et la séparation des Églises et de l'État sous la IIIe République : Un exemple des interactions entre les institutions républicaines et le contrôle juridictionnel de l'administration*, thèse de Droit, Université Panthéon-Assas, pp. 569-571.

administrative s'est ainsi construit sur l'idée que toute restriction apportée à l'exercice des libertés individuelles au nom de l'ordre public devait être mesurée et nécessaire.

149. Plus précisément, le souci du maintien de l'ordre public doit être mis en balance avec le nécessaire respect de la liberté de réunion – aspect *dialectique*/*dialogique* de la méthode de jugement. Le Conseil d'État a appliqué ce principe en faisant preuve de réalisme puisqu'il s'attache aux circonstances de l'espèce[904]. Cela l'a conduit à exercer, sur les mesures de police en général, un contrôle très poussé. Notamment, il vérifie si la mesure de police prise, non seulement est justifiée par rapport aux circonstances, mais également est adaptée et proportionnée à la menace pesant effectivement sur l'ordre public – norme de référence à la dimension *téléologique* et *normale*. Autrement dit, le juge administratif exerce un véritable contrôle *concret* de proportionnalité sur les mesures de police administrative. Mais cela s'explique, pour certains, par la nature de la police administrative. Effectivement, « *la police est un pouvoir discrétionnaire, à condition de préciser : formellement discrétionnaire (…), statutairement, ce pouvoir est lié par le principe d'adéquation, d'adaptation ou de nécessité. Il n'est totalement lié de façon jurisprudentielle que lorsque le juge contrôle l'opportunité de l'acte : sa légalité ne peut dépendre ici de sa conformité à des prescriptions législatives ou réglementaires antérieures, par définition inexistantes, mais de sa conformité au standard de l'ordre public* »[905] ou encore selon G. Vedel : « *les critères de nécessité et d'adaptation entraînent nécessairement pour le juge de l'excès de pouvoir des vérifications d'opportunité qui s'intègrent sans contradiction au contrôle de légalité (car) s'agissant des libertés publiques, les mesures de police ne sont légales que si, eu égard aux circonstances concrètes notamment de lieu et de temps, elles peuvent être considérées comme nécessaires et comme adaptées au résultat que, du point de vue de l'ordre public, l'autorité de police doit rechercher* »[906].

150. Dans le même temps, avec ce contrôle, le juge administratif a eu tendance à « *dépasser le strict contrôle objectif de la qualification juridique des faits pour faire prévaloir une interprétation subjective* »[907], ce qui suscita de nombreuses réactions. Assurément, dès lors qu'il est mis en œuvre, il permet à l'organe juridictionnel, de par sa nature même, non seulement d'apprécier souverainement les éléments factuels, en fonction de quoi il acquiert conjointement le pouvoir de décision dans le cas d'espèce, mais surtout il peut se libérer de certaines entraves normatives pour effectuer son appréciation. Pour résumer, « *le juge exerce le contrôle qu'il veut, en faisant des textes ce qu'il veut et, même en établissant les normes qu'il veut* »[908]. Selon un autre auteur encore, avec ce contrôle, « *une réappréciation des motifs de la situation générateurs de la décision contestée* » est possible, ce qui « *conduit nécessairement, implicitement au moins (…) à pouvoir discuter l'à-propos, l'opportunité d'une décision* »[909]. Néanmoins, dans son étude relative aux *standards*, S. Rials a su relativiser ces quelques critiques. En effet, il nous démontre que l'existence d'un pouvoir discrétionnaire ne dépend pas de la présence ou non d'une norme de référence, car il est certain que la prise d'une décision emporte indubitablement le besoin de s'appuyer sur une norme préalable en vue de produire un jugement. Dès lors, lorsque le juge administratif fait appel à l'idée générale de *proportionnalité concrète* pour contrôler l'action d'un organe administratif, il n'exacerbe pas plus un pouvoir discrétionnaire, car pour effectuer le contrôle *concret* de proportionnalité il est obligé d'utiliser une norme de départage. Celle-ci n'est peut-être pas formellement prévue, il n'en demeure pas moins vrai qu'elle existe au moins matériellement, et souvent dans la *normalité*. Finalement, « *il exerce par définition un authentique pouvoir normatif et contrôle la légalité lato sensu, légalité dont il est en réalité le maître dans le silence de la loi formelle* »[910].

151. L'extension progressive de ce contrôle dans le contentieux administratif. – En outre, il convient de noter que cette jurisprudence a connu une large extension et les restrictions apportées à la liberté de réunion[911] ou à la liberté du commerce et de l'industrie[912] font ainsi l'objet d'un strict contrôle *concret* de proportionnalité. Nous en retrouvons une illustration avec le contrôle exercé par le Conseil

[904] CE Ass., 23 décembre 1936, *Bucard*, n° 51755 et 51755 bis.
[905] E. Picard, *La notion de police administrative*, LGDJ, Paris, vol. 1, t. 2, 1984, p. 554.
[906] G. Vedel, *Droit administratif*, PUF, Paris, 6e édition, 1973, p. 806.
[907] J.-M. Auby et R. Drago, *Traité du contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 1984, t. 2, p. 409.
[908] P. Delvolvé, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Rapport du colloque des 21-22 janvier 1988, Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ, Paris, 1988, p. 269.
[909] D. Rousseau, *Le contrôle de l'opportunité de l'action administrative par le juge administratif*, thèse de Droit, Université de Poitiers, 1979, p. 562.
[910] S. Rials, *Le juge administratif et la technique du standard (…)*, *op. cit*., p. 225.
[911] CE, 23 janvier 1953, *Naud*, Rec. Leb., p. 32 ; CE, 19 juin 1953, *Houphouët-Boigny*, Rec. Leb., p. 298.
[912] CE Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, Rec. Leb., p. 362.

d'État sur l'interdiction d'écrits périodiques[913]. Au-delà de la police administrative, cette méthode a été aussi prolongée en matière disciplinaire[914]. Le juge administratif s'efforce dans ces jurisprudences de concilier les exigences parfois contradictoires de l'ordre et de la liberté, en tenant compte des circonstances de l'espèce, du rapport des forces en présence et du climat politique du moment[915]. Également, le juge administratif a étendu ce contrôle dans des sphères particulières qui sont largement surdéterminées par des considérations économiques ou encore environnementales[916]. En effet, dans ce contentieux, il a installé une balance virtuelle pour peser les effets de la décision attaquée. Il a ainsi introduit ce que la doctrine a appelé la « *théorie du bilan* »[917] d'abord dans le domaine de l'expropriation pour utilité publique. Ainsi, le juge décide qu'« *une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente* »[918]. Dans ce domaine, le juge administratif contrôle l'utilité publique du projet en mettant en balance ses avantages et ses inconvénients, notamment financiers ou en termes d'atteinte à la propriété privée, mais il se refuse à contrôler l'existence et, le cas échéant, la pertinence d'alternatives au projet porté par la personne publique. En réalité, dans un premier temps, le juge administratif contrôle « *l'intérêt du projet* »[919], de façon globale afin de savoir si, *per se*, le projet a un intérêt. Nous remarquons alors, dans cette première phase, une part non négligeable de prise en compte de la nécessité de la décision. Dans un second temps, le juge va comparer cet intérêt et les éventuels inconvénients du projet. « *Le "contrôle du bilan" est donc (...) un double bilan fondé sur un certain nombre de critères, aujourd'hui bien établis : les atteintes du projet à la propriété privée, son coût financier, les inconvénients d'ordre social et les "autres intérêts publics"* »[920]. Par conséquent, ce raisonnement est pour beaucoup, « *un contrôle de proportionnalité en ce sens que chaque décision doit être adaptée aux circonstances* »[921]. Si ce contrôle peut sembler plus lointain – et donc introduire des débats sur sa nature réelle – du contrôle *concret* de proportionnalité tel que de développé en matière de police administrative de par l'intensité du contrôle et des éléments pris en considération[922], il met tout de même bien en balance des intérêts concurrents dans une espèce donnée en vue de trouver une solution en fonction d'un référent. Par rapport à nos critères fondamentalement *méthodologiques*, il n'y a pas de différence dans le mode de raisonnement, mais simplement une différence de nature des intérêts en présence et d'intensité de contrôle. Ici, la légalité de la décision de l'autorité administrative dépend d'une mise en balance d'intérêts – d'un dialogue entre de multiples éléments qui se rapprochent d*es éléments fondamentaux* (les intérêts du requérant et de l'État) – tranchée en fonction d'une norme de référence qui milite pour un « *rapport raisonnable* ». De plus, la solution est tranchée en fonction des effets probables de la mesure dans un sens et dans l'autre, selon le cas et ce qu'il permet de comprendre[923], ainsi que selon ce qui apparaît comme *normal*. Ils permettent de déterminer le caractère raisonnable du projet en ce que les variables en présence sont dans un rapport de convenance, ce qui naturellement doit être argumenté. Subséquemment, il en résulte une extension des pouvoirs du juge qui est symptomatique du contrôle *concret* de proportionnalité[924]. En définitive, ce dernier semble être partout dans le contentieux administratif.

152. Le développement du contrôle concret de proportionnalité en matière de conventionnalité. – Une telle remarque n'est pas dénuée de pertinence, car le juge administratif a également développé ce contrôle, de façon très spectaculaire, en matière de conventionnalité – domaine qui nous intéresse tout particulièrement. En effet, nous trouvons une pluralité d'arrêts qui attestent de l'utilisation du contrôle *concret* de proportionnalité dans le champ de la conventionnalité, notamment des lois. Nous en avons des exemples sur le terrain des lois de validation[925], ou lorsqu'elles supportent une interprétation conforme à la CESDH[926] ou lorsque les lois laissent un pouvoir discrétionnaire étendu à l'administration[927]. Ce dernier cas

[913] CE Sect., 23 novembre 1951, *Société nouvelle d'imprimerie d'édition et de publicité*, Rec. Leb., p. 553.
[914] CE Ass., 13 novembre 2013, *M. Dahan*, n° 347704.
[915] *Voy*. M. Long, P. Weil et autres, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.,* pp. 281-288.
[916] E. Naïm-Gesbert, « Le contrôle de proportionnalité du juge administratif en droit de l'environnement », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 54.
[917] Pour un exemple : R. Hostiou, « Théorie du bilan et contrôle de la légalité "extrinsèque" de la déclaration d'utilité publique », in *Mélanges offerts à J.C. Hélin*, Litec, Paris, 2004, pp. 355 et s.
[918] CE Ass. 28 mai 1971, *Ville nouvelle Est*, Rec. Leb., p. 411.
[919] G. Lebreton, *Droit administratif général*, Armand Colin, Paris, 2e édition, 2000, p. 400.
[920] G. Kalflèche, « Le contrôle de proportionnalité devant le juge administratif », *LPA*, n° 46 spécial, 5 mars 2009 pp. 49-50.
[921] H. Arbousset*, Droit administratif des biens : Domaine des personnes publiques, expropriation pour cause d'utilité publique, travaux publics*, Studyrama, Paris, 2005, p. 232.
[922] *Voy*. A. Portuese, *Le Principe d'efficience économique dans la jurisprudence européenne*, Publibook, Paris, 2014, p. 127.
[923] R. Chapus, *Droit administratif général*, Monchrestien, Paris, 15e édition, 2001, n° 1265.
[924] *Voy*. J.-M. Auby et R. Drago, *Traité du contentieux administratif*, LGDJ, Paris, vol. 2, 1984, p. 402.
[925] CE Sect., 10 novembre 2010, *Commune de Palavas-les-Flots et Commune de Lattes*, n° 314449 et n° 314580, Rec. Leb., p. 429.
[926] CE Sect., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, n° 158592, Rec. Leb., p. 288.
[927] CE Ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, n° 107470, Rec. Leb., p. 152 ; CE ass. 19 avril 1991, *Mme Babas*, n° 117680, Rec. Leb., p. 162.

est le plus connu de tous, c'est le cas du contentieux des étrangers dans lequel le Conseil d'État a affirmé qu'une décision relative au séjour ou à l'éloignement forcé d'un étranger, découlant de l'application d'une loi, puisse pour autant porter une atteinte excessive au droit au respect de la vie privée découlant de l'article 8 de la CESDH dans des conditions spécifiques[928]. Il convient ici de vérifier directement si, dans les circonstances de l'espèce, les mesures contestées portaient une atteinte excessive au droit au respect de la vie familiale des requérants. La difficulté de ce contentieux c'est que le contrôle de la loi apparaît lointain en raison de la spécificité de cette législation, et tend à faire de l'acte administratif l'objet presque unique du contrôle[929]. Tout n'est toujours pas clair et peut avoir des conséquences intéressantes dans notre analyse. Pour la doctrine, cependant, le juge n'avait donné son brevet de conventionnalité à une loi laissant une large faculté à l'Administration qu'en réservant *in concreto* certaines atteintes disproportionnées à des droits issus de la CESDH. Pour reprendre une formule de B. Pacteau, nous pouvons dire qu'« *une jurisprudence Ville nouvelle Est de l'expulsion (est) (...) envisageable* »[930]. Effectivement, le juge doit vérifier au vu « *de l'ensemble des circonstances de l'espèce, et notamment de la durée et des conditions de séjour de Mme X en France, et eu égard aux effets d'une mesure de reconduite à la frontière (si) l'arrêté du préfet du Loiret en date du 19 avril 1990 n'a pas porté au droit de l'intéressée au respect de sa vie familiale une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels a été pris ledit arrêté* ». Dans l'arrêt *Belgacem*, le juge administratif se livre à une véritable mise en balance entre les intérêts en présence, notamment les droits et intérêts du requérant, et les intérêts fondés sur l'ordre public. Et en fonction des faits de l'espèce, le juge affirme la violation de l'article 8 au moyen d'une argumentation relativement brève, mais suffisamment explicative. Tous ces éléments attestent de l'existence relativement ancienne d'un contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois, ce qui interroge la substance de l'arrêt *Gomez-Turri*.

153. La prise de puissance contemporaine du contrôle concret de proportionnalité dans le contentieux administratif. – Néanmoins, depuis quelque temps maintenant, le juge administratif entend déployer et employer encore plus efficacement cette méthode. Nous pouvons le voir dans le contentieux relatif aux mesures susceptibles de constituer des traitements inhumains ou dégradants[931]. Il en va de même en matière de sanctions[932], notamment celles infligées aux agents publics[933]. Mais le centre de cette dynamique est bien la décision *Association pour la promotion de l'image* de 2011 puisqu'elle est venue transposer en droit français le raisonnement en trois étapes du contrôle de proportionnalité emprunté au droit allemand[934]. Dans cette décision, le Conseil d'État s'est approprié le triple test de l'adaptation, de la nécessité et de la proportionnalité, qui émerge comme le standard international ou, à tout le moins, européen en la matière. Ce changement est cependant plus formel que substantiel, dès lors que le Conseil d'État opérait déjà un contrôle spécifique et resserré en matière de restriction des droits et libertés, mais le passage à ce triple test permet de mieux expliciter le changement de cap suivi par la justice administrative et de démontrer, de manière plus fine et plus ciblée, le contrôle de la décision administrative contestée. S'agissant, par exemple, des assignations à résidence[935] ou des perquisitions administratives[936] ordonnées dans le cadre de l'état d'urgence, le juge administratif entend faire écho à cette décision en exerçant un contrôle *concret* de proportionnalité particulièrement strict.

154. Cependant, le contentieux de la discrimination est certainement le plus intéressant pour évaluer cette prise en compte plus précise d'un raisonnement *dialectique* et *concret*. En effet, si le juge administratif ne retient pas explicitement le droit à la différence, et ne veut pas se lancer dans des considérations relatives à la pesée des intérêts, comme peut le faire la CEDH notamment dans l'arrêt *Thilmmenos*[937], nous retrouvons tout de même ce type de considérations et une prise en compte explicite de

[928] Contentieux largement influencé par les arrêts de la CEDH en ce que le Conseil d'État reprend en substance la même réflexion : CEDH, 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, n° 12313/86 ; CEDH, 26 septembre 1997, *Mehemi c. France*, n° 25017/94, §§ 34-37 ; M. Long, P. Weil et autres, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *op. cit.,* p. 615.
[929] P. Delvolvé, « Droits subjectifs contre interdit législatif (…) », *op. cit.,* p. 756 : « *Il ne s'agissait pas de faire obstacle à la loi mais seulement à des mesures administratives. Il ne s'agissait pas d'accorder une autorisation contraire à la loi mais de prendre une mesure seulement permise par la loi* ».
[930] Commentaire sous CE 25 juillet 1980, *Touami Ben Abdeslam*, *JCP* 1981-II-19613 cité par H. Ruiz-Fabri, « Jurisprudence administrative », *La Revue administrative*, 44e Année, n° 261, 1991, pp. 239-244, spéc. p. 239.
[931] CE, 14 novembre 2008, *M. El Shennawy*, n° 315622.
[932] CE Sect., 22 juin 2007, *Arfi*, n° 272650.
[933] CE, 27 mai 20099, *Hontang*, n° 310493.
[934] CE Ass., 16 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n° 317827.
[935] CE Sect., 11 décembre 2015, *M. Doumenjoud*, n° 395009.
[936] CE Ass. Avis, 6 juillet 2016, *M. Napol et M. Thomas*, n° 398234 et 399135.
[937] CEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce*, n° 34369/97, § 44 « *La Cour a conclu jusqu'à présent à la violation du droit garanti par l'article 14 de ne pas subir de discrimination dans la jouissance des droits reconnus par la Convention lorsque les États font subir sans justification objective et raisonnable un traitement différent à*

ce raisonnement par le juge administratif, notamment à travers les conclusions des anciens commissaires du Gouvernement. En effet, Terry Olson, pour l'arrêt *Centre hospitalier de Vienne c. M. Joncart*[938], propose une évolution de la jurisprudence administrative, en estimant « *pour le moins étranger de faire produire des conséquences indemnitaires rigoureusement identiques à deux situations totalement distinctes* »[939]. Il ajoute également : « *ne perdons pas de vue que l'inégalité peut naître, non seulement du fait de traiter différemment des situations identiques, mais aussi de traiter à l'identique des situations intrinsèquement différentes* » ; il faut donc que le juge contrôle différemment. C'est pourquoi depuis quelque temps, le juge « *se livre (…) à un contrôle de la disproportion manifeste. Une ampleur trop importante dans la différence de traitement réservée aux situations différentes serait contraire à l'égalité* »[940]. Nous disposons d'une pluralité d'exemples dans laquelle le juge effectue une mise en balance fondée sur les données de l'espèce et surdéterminée par un référentiel[941]. Assurément, dans ces cas, le juge administratif censure le résultat manifestement disproportionné, c'est-à-dire le traitement qui sera finalement réservé aux personnes qui se retrouvent dans des situations différentes. Et « *l'ampleur des différences de traitements doit être en corrélation avec la différence de situations relevée* »[942]. Au bout du compte, nous pouvons dire que le contrôle *concret* de proportionnalité a déjà eu une longue vie dans le contentieux administratif. Il est même une de ses pièces cardinales, ce qui postule pour une incompréhension dans l'utilisation soi-disant révolutionnaire d'une méthode qui est ancienne. L'explicitation de cette technique de contrôle et surtout son utilisation réelle est une volonté ancienne. Mais comme le dit H. Pauliat, si ces éléments apparaissent tôt dans l'office du juge administratif, et souvent implicitement, il lui faut aller plus loin dans le développement de la *concrétude* de ce contrôle *;* « *seul pas qu'il lui reste à franchir pour être, avec les jurisprudences européennes … sur un pied d'égalité !* »[943].

155. Pour une nouvelle lecture du contrôle de l'arrêt Gomez-Turri. – C'est sur ce point que nous allons nous concentrer. Assurément, la lecture de ces arrêts démontre que certains indices de cette méthode restent relativement peu ou mal exploités. En effet, l'argumentation et le poids des faits sont souvent galvaudés, *a contrario* de l'arrêt *Gomez-Turri*. Ainsi, celui-ci contient une dose d'originalité qui vient le démarquer en partie des choses connues jusqu'à présent et mettre en exergue de nouvelles incohérences qui falsifient toute lecture trop hâtive du droit prétorien administratif. Comme le notait P. Delvolvé, « *les précédents invoqués, reconnaît Mme Bretonneau, "ne sont pas tout à fait transposables" ; disons-le, ils ne le sont pas du tout* »[944]. S'il n'est qu'une extension tardive d'un contrôle déjà présent dans le contentieux administratif, il vient par là même lui donner une nouvelle teneur ainsi que de nouvelles exigences qui le font basculer dans la catégorie des objets qui perturbent les lieux communs, tout en renforçant les exigences contemporaines issues de la pression grandissante des juges européens. De prime abord, le contrôle n'est pas lointain de ce qu'il se faisait auparavant, mais mis en relief avec une analyse précise des composantes de l'arrêt *Gomez-Turri*, nous voyons la novation introduite par lui qui atteste de son ambiguïté. Effectivement, ce contrôle est à la fois nouveau et ancien, mais également en avance par rapport à ce qu'il peut se faire devant certaines juridictions judiciaires et en retard à l'aune de l'extension de ce contrôle dans le contentieux juridique au sens large. Au total, le juge administratif vient habiller et utiliser différemment ce contrôle, ouvrant la voie à des potentialités et à des réalités encore mal appréhendées par les anciens arrêts[945]. Le contrôle *Gomez-Turri* apparaît presque comme le normal alors que les anciens seraient

---

des personnes se trouvant dans des situations analogues (…). Toutefois, elle estime que ce n'est pas la seule facette de l'interdiction de toute discrimination énoncée par l'article 14. Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes ».

[938] Conclusions sur CE Sect., 21 décembre 2007, « La réparation de la perte de chance dans le champ de la responsabilité hospitalière », *RFDA* 2008, p. 348.

[939] *Ibid*., p. 353, cité par H. Pauliat, « Égalité et non-discrimination en droit administratif français », in C*ommunautés, discriminations et identité*, Huitièmes journées R. Savatier, Poitiers, 26 et 27 octobre 2007, Université de Poitiers, coll. "Faculté de droit et des sciences sociales", LGDJ, Paris, 2010, p. 67.

[940] H. Pauliat, « Égalité et non-discrimination en droit administratif français », *op. cit*., p. 68.

[941] CE, 21 mars 2007, *Association française des médecins esthéticiens*, n° 284951 ; CE, 13 octobre 1999, *Compagnie Air France*, Rec. Leb., p. 303 ; CE, Ass., 28 juin 2002, *Villemain*, Rec. Leb., p. 229 : « *Considérant que si, compte tenu des différences décrites plus haut entre la situation juridique des conjoints et celle des partenaires liés par un pacte civil de solidarité, le principe d'égalité n'impose pas à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'étendre à l'identique les avantages dont il vient d'être question aux seconds et lui permet, en particulier, de subordonner cette extension à une condition de durée minimale du pacte, cette autorité ne peut, sans créer une différence de traitement manifestement disproportionnée par rapport aux différences qui séparent ces deux formes d'organisation de la vie commune, exclure totalement les partenaires liés par un pacte civil de solidarité du bénéfice des avantages évoqués par la circulaire* » ; CE, 22 juillet 2009, *Compagnie des bateaux mouches*, n°298470 : « *que la requérante n'apporte aucun élément précis au soutien de l'allégation selon laquelle la différence de traitement résultant de la tarification différenciée des péages selon la portion du réseau emprunté serait disproportionnée par rapport à la différence de situation entre les compagnies navigant dans ces différentes zones ; qu'ainsi la seule circonstance que la requérante soit la compagnie qui verse le plus de péages n'implique pas que les barèmes fixés par les délibérations attaquées soient constitutifs d'une rupture de l'égalité des usagers devant le service public ou d'une distorsion de concurrence* » ; CE, Ass., 12 décembre 2003, *Département des Landes*, Rec. Leb., p. 502 (souligné par nous).

[942] H. Pauliat, *op. cit*., p. 69.

[943] *Ibid*., p. 71.

[944] P. Delvolvé, « Droits subjectifs contre interdit législatif (…) », *op. cit.,* p. 756.

[945] Le titre de l'article déjà cité de H. Fulchiron est éclairant à ce propos : « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? ». Ces perspectives ont été appréhendées par les commentateurs de droit privé depuis l'exploitation totale de ce contrôle *concret* de proportionnalité-conventionnalité : H. Fulchiron, « Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité », *D. 2016*, pp. 2496 et s.

pathologiques en n'utilisant pas véritablement une méthode façonnée par un esprit spécifique, ainsi qu'en tentant de cacher ses vices comme ses vertus. « *Il ne suffit pas d'inaugurer le contrôle concret de conventionnalité pour le pratiquer* », disait très justement un auteur[946]. Il apparaît que dorénavant « *le juge (…) n'hésite plus à assumer son rôle de juge de droit commun de la Convention européenne* »[947] en développant les éléments structurants de ce mode de raisonnement et en établissant des liens parfois peu naturels entre des notions classiques du contentieux. La révolution paradigmatique serait-elle alors consommée ? C'est ce que nous allons voir à présent.

§II - L'originalité patente du contrôle concret de conventionnalité dans l'arrêt

156. Le mode de raisonnement employé par le juge administratif dans cet arrêt ne brille certainement pas par sa modernité. Comme nous avons pu le voir, il est employé depuis un certain temps dans de nombreux domaines du contentieux administratif, et notamment dans celui de la *conventionnalité* des lois – n'oublions pas que le contrôle de proportionnalité est essentiellement utilisé dans le cadre du contrôle de conventionnalité et notamment celui de la compatibilité avec la CESDH, mais n'est pas exclusif à ce domaine. Pourtant dans cet arrêt, le juge vient renforcer les données logiques de ce contrôle plus que n'importe quel autre et ouvre la voie à des nouveautés sur le terrain du contentieux administratif. En réalité, il vient donner la lecture de principe de cette méthode devant être par la suite employée systématiquement. Il vient magnifier les composantes de ce contrôle, développer ses possibilités qui avaient été effacées en raison de la prégnance d'un certain paradigme. En effet, le juge des référés vivifie l'élément factuel et cristallise sa position centrale dans le processus décisionnel du juge[948]. Il sacralise le rôle des faits de l'espèce dans le contrôle *concret* de conventionnalité dans une mesure bien plus large que les précédents arrêts – ayant des conséquences théoriques intéressantes. Mécaniquement, cela le conduit à faire évoluer sa motivation, qui présente d'ailleurs quelques aspects intéressants (*A*). Mais également, il modifie sa façon de raisonner en affirmant l'existence d'un étage préalable de contrôle *abstrait* – connu et reconnu dans le contentieux administratif – qui serait finalement complémentaire à l'étage *concret*. Nous voyons surtout que par son intermédiaire le juge fait un véritable contrôle *concret* de proportionnalité en matière conventionnalité de la loi, du moins un contrôle explicite, qui est d'ailleurs étendu à toutes les hypothèses de contentieux. Effectivement, ce contrôle n'apparaissait pas toujours clairement en raison du brouillard que suscitaient les latitudes laissées aux Autorités d'application dans certains contentieux antérieurs[949] ou encore en raison de l'imprécision des motivations du juge[950]. Dans le même temps, cette liaison tranche avec toutes les affaires classiques étudiées jusqu'à présent, ainsi qu'avec le phénomène de concrétisation du Droit. Là sont donc la principale novation et la principale ambiguïté du contrôle développé dans cet arrêt puisque ce dernier postule pour la complémentarité efficace de modes de raisonnement souvent appréhendés comme fondamentalement antithétiques (*B*).

A) Un contrôle cristallisant la force des éléments factuels

157. La tumultueuse relation du Fait et du Droit. – « *Le droit et le fait se posent comme des entités différentes* »[951] ce qui rend leur liaison compliquée, tels sont les mots de R. Dekkers et le constat qui alimente encore les études de droit[952]. Il est clair que le rapport entre les niveaux factuel et normatif est un point délicat de l'épistémologie juridique. Cette question très ancienne a toujours une certaine vigueur dans les recherches juridiques[953], *a fortiori* avec l'intégration du contrôle *concret* de proportionnalité qui implique que soient prises en compte des données juridiques comme factuelles. Pour autant, appréhender le rapport du Fait et du Droit, de manière générale est loin d'être une mince affaire, en effet, le Fait/l'élément

[946] P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité (...) », *op. cit.,* p. 579.
[947] M. Afroukh « Le juge des référés, censeur de la loi ! », *op. cit.,* p. 24.
[948] S. Platon, « Chronique de jurisprudence de droit administratif européen (année 2016) », *op. cit.*, p. 9 : « *ce type de contrôle modifie indéniablement l'appréciation qu'opère le Conseil d'État en intégrant des considérations de fait dans son contrôle de légalité* ».
[949] J.-M. Sauvé, « Le juge administratif et les droits fondamentaux - Premiers entretiens du contentieux », Introduction de Jean-Marc Sauvé à l'occasion de la première édition des entretiens du contentieux, 4 novembre 2016, disponible en ligne : « *Récemment, le Conseil d'Etat a aussi fait évoluer la nature de son contrôle de conventionnalité en complétant explicitement son contrôle classique et objectif in abstracto par un contrôle in concreto, qu'il pratiquait déjà de manière claire, mais discrète, et qu'il a formellement introduit dans sa motivation* » (souligné par nous).
[950] P. Delvolé, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit.,* p. 756 : « *contrairement à ce qu'ont dit les rapporteurs en 2010 puis en 2016, il s'agit bien d'un contrôle "abstrait" (dans l'arrêt Commune de Palavas-les-Flots et commune de Lattes)* ».
[951] R. Dekker, « Le fait et le droit : problèmes qu'ils posent », *Dialecta*, vol. 15, n° 3/4, 1961, pp. 339-346, spéc. p. 339.
[952] Mais pas que comme en témoignent les propos du philosophe Émile Chartier : Alain, « Propos », 28 mars 1936, disponible en ligne : « *Le droit est ce qui est reconnu comme droit (…) le droit peut n'être jamais réalisé dans le fait sans cesser d'être un droit* ».
[953] *Voy*. R. J. Allen et M. S. Pardo, « The Myth of the Law-Fact Distinction », *Northwestern University Law Review,* vol. 97, 2003, pp. 1769-1808.

factuel ne se laisse pas facilement saisir. Bien au contraire, il peut renvoyer à tout et rien à la fois, il peut avoir différentes formes[954]. Néanmoins, une chose est sûre, le Fait dans les études juridiques n'est pas simplement « *ce qui est arrivé, ce qui a eu lieu* » ni même « *ce qui existe réellement, ce qui est du domaine du réel* » – comme le disent les dictionnaires en ligne –, mais ce qui se dissocie du Droit. Plus précisément, il est appréhendé comme ce qui « *s'oppose au Droit et désigne l'ensemble des réalités physiques, économiques, sociales ou individuelles considérées, abstraction faite de leur qualification et de leurs conséquences juridiques, comme des phénomènes bruts, des matérialités relativement à l'ordre juridique* »[955]. Finalement, le Fait doit être entendu dans un sens large, c'est uniquement lorsqu'il s'oppose au Droit, c'est-à-dire au *Sollen*, qu'il revêt un intérêt pour le juriste. C'est ce que nous confirme N. Bobbio en affirmant « *qu'en tant qu'il s'oppose au "droit", le terme "fait" (…) indique les évènements extérieurs à toute qualification juridique, c'est-à-dire les évènements non qualifiés ou non qualifiables juridiquement et qui, en tant que tels (…) tendent même à constituer une sphère distincte de celle des faits juridiques (normatifs)* »[956].

158. Cependant, la présente définition, en parlant de « *faits juridiques* », laisse poindre l'idée que l'élément factuel interagit avec l'élément juridique. C'est pour cela qu'il est intégré par celui-ci. Bien évidemment, l'objectif du Droit est, comme tout objet normatif, de fournir une règle pour encadrer les conduites dans le monde empirique et d'observer le comportement des destinataires. Autrement dit, la normativité d'une règle (principalement juridique) est destinée à servir « *de modèle pour les attitudes et décisions de ses destinataires (… et) son niveau s'évalue en observant l'adéquation entre réalité empirique des comportements de ces derniers et comportements désirés par l'émetteur de la règle* »[957]. Le « *fait juridique* » fait précisément écho à cette réflexion, c'est-à-dire qu'il correspond à un élément de la norme et qui n'est ici considéré que dans le but d'être confronté aux actes du monde empirique, envisagés comme matérialités à l'égard du Droit. Nous entendons alors, à travers ce terme, tout élément factuel nommé ou décrit dans le Droit, y compris celui dont les conditions de réalisation juridique ne sont pas précisément définies[958]. Mais ce qui vaut au « *fait juridique* » d'être classé dans la catégorie des « *faits* » ce n'est pas la qualité de « *non-droit* », mais sa position logique dans l'énoncé normatif. Il détient simplement la position « *d'élément factuel* » dans l'énoncé normatif. Effectivement, chaque énoncé normatif contient un élément proprement normatif – qu'il soit prescriptif ou portant habilitation – et un élément factuel. Les éléments dits *factuels* visent à décrire ou à nommer la réalité à régir, ils sont *descriptifs*[959] ; alors que les éléments dits *normatifs* visent à soumettre cette réalité à un certain régime juridique, à être *prescriptifs*. En définitive, le *fait juridique* est un objet totalement ambivalent *per se*, qui n'exacerbe pas toujours le rôle du Fait dans le Droit. Leur relation apparaît comme particulièrement absconse. Toutefois, ces développements nous ont quand même permis de voir que le factuel n'est jamais bien loin dans les questionnements juridiques.

159. La complémentarité du Fait et du Droit : des liaisons dangereuses ? – Pour une raison simple, le *Fait* et le *Droit* sont des éléments complémentaires comme le notait B. Edelman[960]. En réalité, les premiers ne doivent pas être appréhendés comme des données antinomiques, mais simplement comme des données qui fondent la matière juridique et tout raisonnement juridique. Une telle affirmation peut choquer[961], car comme le disait H. Kelsen : « *partir du fait que quelque chose a lieu effectivement en règle générale pour en inférer que cela doit également avoir lieu est un sophisme* »[962]. Si cette proposition ne doit pas être totalement réfutée, affirmons tout de même qu'elle ne doit pas tendre à récuser l'interaction continue du *Fait* et du *Droit*. Les apports indéniables du paradigme formel de Kelsen pour une science du droit – en vue de répondre à la prégnance d'un scientisme et d'un positivisme forcené dans la recherche – conduisent certes à faire du Droit un élément purement technique et désincarné, mais n'entendent pas négliger toute étude sur le Fait[963]. De plus, il est certain que tirer des conclusions prescriptives à partir de

[954] *Voy*. J.-J. Pardini, *Le juge constitutionnel et le "fait" en Italie et en France*, *op. cit*., pp. 27-30. Pour une illustration de la possibilité de lui donner différents sens et formes : G. Distefano, « Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité », *Annuaire français de droit international*, 2006, vol. 52, n°1, pp. 1-54.
[955] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* p. 400.
[956] N. Bobbio, « Fatto normativo », in *Encyclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milan, vol. XVI, 1967, p. 990.
[957] B. Barraud, « L'échelle de juridicité : un outil pour mesurer le droit et fonder une théorie syncrétique (première partie : présentation) », *APD,* Dalloz, Paris, 2013, p. 406.
[958] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* p. 400.
[959] *Voy*. O. Cayla, « La qualification, ou la vérité du droit », *Revue française de théorie juridique*, n° 18, 1994, pp. 3-18.
[960] B. Edelman, *Quand les juristes inventent le réel*, Hermann, Paris, 2007, pp. 131-136.
[961] J.-C. K. Dupont, « Établir, qualifier, argumenter (…) », *op. cit.,* p. 95 : « *y renvoyer (…) ferait encourir le risque de perdre le sens de la généralité ou de la normativité, aussi bien que celui de la validité* ».
[962] H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op. cit.,* p. 5.
[963] Comme le note certains normativistes : X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, *op. cit.,* pp. 40-41.

prémices descriptives est une activité particulièrement compliquée. L'élément factuel ne naît pas d'une donnée brute, mais résulte d'un *jugement de valeur* porté sur une réalité – il ne se distingue donc pas toujours clairement du Droit d'un point de vue ontologique[964]. Les faits sont toujours des interprétations d'un ensemble général. En réalité, un même monde peut donner lieu à une multiplicité de lectures et donc de faits, dès lors, appréhender l'élément factuel n'est pas seulement un *jugement d'existence*, mais également un *jugement de valeur*. Sans cela les éléments factuels ne disent rien, voire n'existent pas. Par ailleurs, « *le droit à l'origine ne peut se passer des faits : il y a une corrélation qui lie indissolublement toute notion juridique à une réalité empirique : un droit formel est impossible. Inversement, aucun fait sensible par lui-même n'est droit. L'union dans la normativité du fait et du droit se présente donc sous deux aspects complémentaires et inséparables : le remplissement du droit par le fait et l'envers nécessaire et indissociable de l'élévation du fait hors de l'empirie* »[965]. Ainsi, la scission entre les deux n'est pas aussi radicale qu'il n'y paraît, surtout lorsque le Droit a pour fonction de réguler l'empirie[966]. Au final, « *entre le fait et le droit, ni maître ni esclave* »[967].

160. Jürgen Habermas démontrera – en lien avec ses présupposés fondés sur la raison communicationnelle et délibérative – précisément cette complémentarité en affirmant que la normativité est toujours confrontée aux faits, qui la contredisent, ou qui, même, l'obscurcissent. Tirant les conclusions de ce constat, la thèse principale de Habermas sur le Droit est que celui-ci, et tout particulièrement ce qu'il appelle le « *droit démocratique* », procède toujours d'une tension entre les faits et la validité des normes[968]. Mais la notion qui cristallise le mieux nos considérations, c'est la notion de « *qualification* »[969]. À travers elle, O. Cayla nous affirme rigoureusement que le propre du Droit, avant même d'être un discours de prescription, est d'abord un système de *catégorisation*, de *qualification* et donc de *jugement d'existence*. C'est-à-dire une instance discursive qui permet, en référence à un système de catégories et de règles générales et impersonnelles donné, de décider de la nomination que mérite telle situation, telle chose, telle conduite, et d'y attacher des conséquences juridiques[970]. Nous le comprenons donc, le *Fait* et le *Droit* peuvent être rapportés l'un à l'autre et ne constituent pas deux ordres d'objectivité irréductibles et exclusifs l'un de l'autre[971].

161. Une complémentarité exacerbée sur le terrain juridictionnel. – La matière juridictionnelle vient exalter ces observations et la tension entre ces éléments[972], car, comme chacun le sait, le discours judiciaire ne saurait se construire dans le vide. Nombreuses sont les études qui fleurissent aujourd'hui sur la question de l'élément factuel dans le contentieux. Assurément, dans le processus de l'acte de juger, une multitude d'éléments (factuels et juridiques) sont à appréhender puisque nous sommes au pinacle de la confrontation de la règle juridique au réel, de l'appréhension de sa capacité à encadrer et départager les controverses du monde empirique. À cet égard, la plupart des études s'intéressent alors à *l'interprétation des faits* en Droit[973], c'est-à-dire à l'opération par laquelle le juge apprécie des faits matériels prouvés afin de leur donner une signification dans le langage courant, diplomatique, scientifique ou autre dans lequel ils interviennent. Cette interprétation factuelle permettra alors de procéder à leur *qualification juridique*, c'est-à-dire de déterminer dans quelle catégorie juridique ils doivent être subsumés. L'interprétation des faits apparaît donc comme l'opération qui, à l'intérieur de la mineure du syllogisme juridique, se situe entre la preuve des faits et leur subsomption sous un concept juridique. En réalité, les *Faits*, autant que le *Droit*, ne parlent pas d'eux-mêmes et doivent être interprétés pour leur donner une signification qui entraînera une qualification juridique donnée[974]. S'attarder sur l'interprétation des faits, c'est s'attacher à la distinction

[964] R. J. Allen et M. S. Pardo, « The Myth of the Law-Fact Distinction », *op. cit.,* p. 1771 : « *legal questions are also factual questions, and are not ontologically distinct* ».
[965] S. Goyard-Fabre, *Essai de critique phénoménologique du droit*, Klincksieck, Paris, 1972, p. 70.
[966] *Ibid.,* p. 35.
[967] F. Terré, « Remarques sur les relations entre la sociologie juridique et la philosophie du droit », *APD*, Dalloz, t. XIV 1969, p. 224.
[968] J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, Gallimard, Paris, 1997, pp. 19-22.
[969] *Voy*. X. Bioy, « Quelles lectures théoriques de la qualification ? », in M. Nicod (dir.), *Les affres de la qualification juridique*, Lextenso-LGDJ-Institut Fédératif de Recherche, coll. "Colloques de l'IFR", Paris-Toulouse, 2016, pp. 9-26.
[970] O. Cayla, « La qualification, ou la vérité du droit », *op. cit*., pp. 3-18.
[971] G. Zagrebelski, *Le droit en douceur*, trad. M. Leroy, Economica-Presses universitaires d'Aix-Marseille, Paris-Aix-en-Provence 2000, p. 127 : « *une étude du droit, ou pire encore, une jurisprudence enfermée dans des formulations juridiques, sans aucune conscience des phénomènes auxquels leur force normative s'adresse, serait l'œuvre maniaque de "juriste purs" (…) et ne devrait intéresser personne* ».
[972] N. Isaacs, « The Law and the Facts », *Columbia Law Review*, vol. 22, n° 1, Janvier 1922, pp. 1-13 ; R. J. Allen et M. S. Pardo, « The Myth of the Law-Fact Distinction », *op. cit.,* pp. 1790 et s.
[973] T. Ivainer, *L'interprétation des faits en droit*, thèse de Droit, LGDJ, Paris, t. 30, 1988.
[974] J. Carbonnier, « Préface », in T. Ivainer, *L'interprétation des faits en droit*, *op. cit.* : « *Interpréter les faits, rien ne nous est plus familier dans la vie quotidienne. Un point levé, une main tendue, un ciel ouvert, des indices en hausse, une douleur du corps à gauche ou à droite – il nous faut bien attribuer un sens à tous ces phénomènes, sous peine de demeurer indéfiniment paralysés. Et c'est ce que nous faisons, d'instinct ou par coutume apprise* ».

entre la signification juridique des faits et leur signification extrajuridique. Tandis que rechercher la signification juridique des faits, c'est procéder à leur *qualification*, autrement dit, les classer dans des catégories correspondantes à des faits juridiques déterminés. Mais comme le disait R. Odent, à propos de cette délimitation, elle n'est « *ni d'une application ni d'une interprétation très facile : les limites qui séparent l'appréciation des faits et leur qualification juridique sont aussi incertaines en théorie qu'en pratique* »[975]. Cette première se déroule parfois en même temps que la qualification juridique, voire à l'intérieur de la qualification juridique entendue largement. Au total, nous voyons que dans le raisonnement judiciaire, l'élément factuel serait une donnée importante[976]. D'ailleurs, comme le dit la vieille maxime latine : *summun jus, summum injura*. Cela fut également souligné par P. Ricoeur puisqu'il affirmait que la qualification juridique des faits est une étape cardinale. En effet, l'interprétation des textes juridiques pour inventer la norme applicable est étroitement liée et déterminée par l'interprétation des faits[977]. La caractérisation des faits, la qualification juridique des faits et l'interprétation sont des étapes fondamentales dans tout jugement, *a fortiori* dans un contrôle *in concreto*. C'est de cette interprétation que naît la solution du litige, elle est loin d'être une mineure[978].

162. Une complémentarité souvent occultée. – Pourtant, tout cela n'est pas toujours limpide à la lecture du droit prétorien. L'analyse du discours judiciaire semble pérenniser l'idée que l'élément factuel est une donnée secondaire compte tenu du décalage entre ces deux mondes ontologiques – *Sein* et *Sollen*. En effet, dans le syllogisme judiciaire classique[979], les faits de la cause, caractérisant la *mineure*, ont un rôle particulier qui les place dans un champ qui fait d'eux des données extralogiques. Les faits apparaissent ici comme quelque chose d'externe dans le raisonnement du juge, ils relèveraient du « *domaine du réel (… qui) peut être tout simplement constaté par observation* »[980]. Ils se retrouvent donc rejetés en dehors de la logique juridique, ils constitueraient « *quelque chose de donné au juge, étranger à la validité des opérations logiques qui fondent sa décision* »[981]. D'ailleurs, dans la *Rhétorique* de Aristote, nous trouvons une analyse sensiblement identique sur la place du *Fait* dans le discours judiciaire. Ils ne constituent pas, pour lui, des éléments centraux d'un discours. À travers la narration, par laquelle ils sont rapportés à l'auditoire, ils forment ce qu'Aristote appelle le « *texte* » du discours ; élément essentiel, certes, mais élément indépendant de la rhétorique[982]. Il écrit que « *dans la défense, la narration est moins importante* », car il est inutile « *de disserter en vue d'établir un point reconnu* »[983]. Les faits établis se trouvent ainsi soustraits à la controverse qui forme le cœur de l'opération de jugement puisqu'ils constituent un point reconnu entre les interlocuteurs. Au bout du compte, nous observons une propension marquée à isoler les faits du raisonnement. Ils se résumeraient à un ensemble de phénomènes empiriques dont la narration constituerait une relation exacte dans le sens où elle correspondrait parfaitement à la réalité. Pourtant, une telle conception suppose un accès le plus direct possible aux faits.

163. Une complémentarité assumée et décuplée par le contrôle concret de proportionnalité. – Nonobstant, l'enracinement du contrôle *concret* de proportionnalité dans le monde juridique entend désormais battre en brèche cette lecture[984]. Assurément, comme nous avons pu le voir, procéder à un tel contrôle implique de se référer – tant pour les parties que le juge – aux faits de la cause afin de trouver des éléments d'orientation de la décision[985]. Ce qui modifie, et le mode de raisonnement des juges et la motivation des arrêts au moins sur plusieurs plans. Les faits font désormais partie prenante de l'arrêt et de

[975] R. Odent, *Contentieux administratif*, Les Cours de Droit, Paris, 1981, p. 2087.
[976] E. Rude-Antoine, « L'interprétation des faits en droit, l'approche de Jean Carbonnier. Réflexions sur le processus de l'acte de juger », in R. Verdier (dir.), *Jean Carbonnier. L'Homme et l'œuvre*, Presses universitaires de Paris Nanterre, Nanterre, 2012, pp. 407-423.
[977] P. Ricoeur, *Le Juste 1*, *op. cit.*, p. 179.
[978] T. Ivainer, « L'interprétation des faits en droit », JCPG, n° 12, 19 mars 1986, p. 3242 : « *l'interprétation des faits (…) est d'autant plus déterminante que le double circuit, celui ascendant qui conduit les faits à nourrir le droit et celui descendant par lequel la norme régit le fait, se trouve obstrué par le même phénomène : celui de l'inaptitude des faits considérés à être subsumés sous une classe de faits et d'être connectés et intégrés dans un système* ».
[979] M. Villey, *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, t. 2, 1984, p. 38 cité par J.-C. K. Dupont, « Établir, qualifier, argumenter : le "fait" et le "droit" à la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.,* pp. 82-83 : Il se définit comme un « *travail de subsomption des faits de chaque cause sous les lois (…) ; la majeure étant constituée par un texte législatif dictant la solution de droit pour telle hypothèse, la mineure constate que le cas relève de l'hypothèse susdite. S'ensuite la sentence* ».
[980] R. Nadeau, « Fait », in *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, PUF, Paris, 1999,
[981] J.-C. K. Dupont, « Établir, qualifier, argumenter : le "fait" et le "droit" à la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.,* p. 83.
[982] Aristote, *Rhétorique*, trad. P. Vanhemelryck, Livre de poche, Paris, 1991, p. 362.
[983] Aristote, *Rhétorique*, *op. cit*., p. 363.
[984] J.-C. K. Dupont, « Établir, qualifier, argumenter : le "fait" et le "droit" à la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.,* pp. 86-90.
[985] Pour un exemple concret : Cass, Civ. 1ère, 8 décembre 2016, n°15-27.201, dernier attendu : « *l'arrêt relève, d'abord, que Mme X... avait 9 ans quand Pierre Y... 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 Pierre Y... n'avait duré que huit années lorsque les consorts Y... 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 Mme X..., au regard du but légitime poursuivi* ».

sa motivation. Ils sont des éléments probatoires en apparence tangible qui permettent de trancher dans un sens précis[986]. En somme, « *un fait jouera un rôle prépondérant dans l'issue du procès* »[987]. Avec la méthode inhérente au contrôle *concret* de proportionnalité, ils deviennent un facteur déterminant de la solution qui tend donc à assumer le rapport de complémentarité qui existe entre eux[988]. Dire le droit ne consiste plus à appliquer une règle à des faits, mais à orienter le sens de la règle selon les faits eux-mêmes, qui indiquent et complètent la règle juridique. Finalement, dans le contentieux général de la fondamentalité, les faits sont réintégrés à tous les niveaux du contrôle du juge et deviennent des topoï qui orientent l'appréciation du juge[989] à tel point que nous pouvons presque affirmer que le juge ne procède pas à une appréciation factuelle préalable à une appréciation juridique, mais que l'appréciation est directement juridique. Le Droit saisit tellement peu le fait dans cette matière que la qualification juridique se confond en réalité avec une appréciation purement factuelle[990]. Une réelle fusion s'opère.

164. « *En ce sens, la séparation entre le droit et le fait devient intenable, car le droit est toujours gorgé de fait (et l'inverse aussi) !* »[991]. Cela a certainement ses inconvénients. L'opinion concordante du juge Cabral Barreto sous l'arrêt *Von Hannover* est particulièrement éclairante à ce propos. En effet, il nous démontre le caractère nécessairement discutable ou plus précisément appréciatif des éléments de la situation qui seront considérés comme décisifs dans l'espèce considérée[992]. Néanmoins, la « *factualité* » des arrêts est aujourd'hui une évidence, et l'« *hypertrophie du fait* »[993], sa manifestation la plus symptomatique. Les décisions sur lesquelles débouche la balance sont à ce point contextualisées, qu'elles brouillent toute frontière et exacerbent la nature persuasive de la motivation des arrêts ainsi que le rôle prédominant des comparants dans la sélection des faits déterminants[994]. Au total, l'élément factuel ne constitue pas un contenu empirique, mais un contenu de croyance qui apparaît comme persuasif. Il permet de trancher un litige en tant qu'il constitue des critères d'orientation de la décision, dès lors qu'il apparaît comme déterminant et persuasif vis-à-vis d'un référentiel normatif, dont l'argumentation devra retranscrire la pertinence pour obtenir l'adhésion de l'auditoire. En d'autres mots, les faits sont « *autant de "raisons" à la base de(s) (…) décisions* »[995].

165. La révolution opérée dans l'arrêt Gomez-Turri. – L'arrêt *Gomez-Turri,* de par la motivation qui est proposée – beaucoup plus riche –, retranscrit plus que n'importe quel arrêt le rôle central de l'élément factuel dans le raisonnement judiciaire. En effet, dans celui-ci, le Conseil d'État se livre à la narration précision d'une histoire à partir de laquelle il trouvera des directives qui précisent le sens de la norme de référence, qui orientent le dialogue et donc le sens de la solution. Le point 11 de l'arrêt est particulièrement éloquent à ce propos, il manifeste toute la puissance et la teneur du raisonnement du juge. Avec lui, nous voyons que le projet parental résultait d'une volonté commune ; qu'il n'a pas pu aboutir en raison du décès du conjoint ; que le conjoint avait consenti à ce que son épouse puisse bénéficier d'une insémination artificielle avec ses gamètes, y compris à titre posthume en Espagne, pays d'origine de celle-ci, si les tentatives en France de son vivant s'avéraient infructueuses ; la mise en œuvre de la PMA avant la mort de l'époux ; et l'absence d'intention frauduleuse dans la mesure où son installation en Espagne ne résulte pas de la recherche de dispositions favorables à la réalisation de son projet que la loi française, mais l'accomplissement de ce projet dans le pays où demeure sa famille qu'elle a rejointe. Toutes ces mentions participent, *in fine*, à l'élaboration de critères qui ont donné du sens à la norme de référence et qui ont permis la résolution du litige. Précisément, avec cet arrêt, deux éléments fondamentaux ressortent : l'existence *d'un projet parental commun* et *l'absence d'une intention frauduleuse* de la requérante.

---

[986] CEDH, *S.H. et autres c. Autriche*, *op. cit.*, § 106 : « *la Cour attache un certain poids au fait* ».
[987] T. Ivainer, « L'interprétation des faits en droit », *JCPG,* n° 12, 19 mars 1986, p. 3235.
[988] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit.,* p. 348 : « *Il est donc indéniable que ce sont les faits qui font le droit, et que ce n'est que par le biais d'une appréciation concrète et effective, mise en œuvre par le truchement de la proportionnalité dont c'est la fonction normative, que les dispositions conventionnelles, sous-tendues par les principes en cause, peuvent recevoir réalisation* ».
[989] J.-P. Marguenaud, La Cour européenne des droits de l'Homme, Dalloz, coll. "Connaissance du droit", Paris, 2e édition, 2002, pp. 49-50.
[990] F. Rouvière, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTDC* 2017, p. 524 : « *La particularité est que la qualification est opérée avec des notions particulièrement indéterminées : tels sont les droits fondamentaux* ».
[991] C. Jamin, « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », *op. cit.*
[992] Opinion concordante de M. Le juge Cabral Barreto sous l'arrêt CEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne*, n° 59320/00, pp. 31-33, spéc. p. 32 : « *Il ne sera jamais facile de concrétiser les situations qui peuvent caractériser cette "espérance légitime", et donc une approche au cas par cas se justifie. Et dans cette approche casuistique, les divergences sont aussi plausibles* ».
[993] S. Rials, *Le juge administratif et la technique du standard*, *op. cit.*, pp. 498-499.
[994] J.-C. K. Dupont, « Établir, qualifier, argumenter : le "fait" et le "droit" à la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.,* p. 88.
[995] *Ibid.,* p. 89.

166. Toutefois, nous pouvons affirmer que les éléments factuels dans cet arrêt sont sollicités et explicités d'une façon tout à fait singulière comparativement aux anciens arrêts. Effectivement, la motivation dans cette affaire étoffe l'activité de prescription des faits et de justification en donnant une lecture des multiples éléments qui sont à la base de la solution du litige. Elle participe à cette hypercontextualisation qui permet de rendre le propos plus clair, plus stable, à donner un faisceau d'indices – le rôle normatif donc des faits de la motivation – et à comprendre, au moins en surface, la solution adoptée. Les ordonnances et arrêts rendus postérieurement renforcent cette observation[996]. Elle se démarque ainsi de la motivation dans les arrêts *Belgacem* et *Babas* – nous prenons volontairement ces jurisprudences, car elles sont censées témoignées d'une manière précise l'utilisation d'un contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois – dans laquelle il n'y a qu'une mention sommaire voire parfois inexistante des faits de l'espèce comme arguments au service de la solution – ils pouvaient apparaître comme des données extralogiques, comme nous avons pu le dire auparavant. En effet, l'arrêt *Babas* se caractérise par cette absence de directives factuelles malgré la mention de leur rôle dans le contentieux. Bien que le juge découvre comme critères, « *la durée* », « *les conditions de séjour* » ainsi que les « *effets de la mesure de reconduite à la frontière* » – conformément à la jurisprudence de la CEDH –, rien n'est dit sur les éléments qui ont explicité ces critères et qui les mettent en action. Le juge se contente de mentionner brièvement l'état de santé de la requérante et « *qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le préfet du Loiret ait entaché son arrêté d'une erreur manifeste dans son appréciation des conséquences de cette mesure sur la situation personnelle de Mme X* »[997]. Si ces éléments sont plus développés dans l'arrêt *Belgacem*, la motivation reste encore trop frugale et donne l'impression que les faits sont inopérants dans l'affaire. Le Conseil d'État se limite à affirmer que le requérant « *n'a aucune attache familiale avec le pays dont il possède la nationalité* » pour des raisons qui tiennent au lieu de sa naissance, de vie de sa famille, qu'importent les condamnations dont il a fait l'objet[998].

167. La modification subséquente de la structure de la motivation : un événement plein de sens. – En définitive, dans notre affaire, la motivation a été modifiée, elle donne enfin une place centrale aux faits qui permettent d'orienter la solution. Le Conseil d'État les rend accessibles, les explique et favorise leur compréhension. Il rend transparents les éléments pris en considération pour parvenir à la décision et rend compte de la pesée minutieuse. Dans le même temps, et pour favoriser cela[999], le juge a abandonné la structure syllogistique de ses arrêts. Ici, la solution est rédigée en style direct. Il abandonne la phrase unique et les considérants. Le juge tente de favoriser la communication, la discussion avec la société – qui avait été perdue – ainsi que l'évolution de ses solutions, tout en assumant les critiques qui ont été à l'origine du laconisme des juges[1000]. Si ce style n'est pas inédit[1001], il ancre cette forme dans un domaine d'intervention qui en a fortement besoin, puisqu'il est apparu dans nos développements que la richesse de la motivation est consubstantielle à la méthode du contrôle *concret* de proportionnalité. Le basculement n'est pas totalement consommé comme en témoigne l'ordonnance *Abdeslam*. Puis, nul doute que l'action du Conseil constitutionnel a été déterminante, car ce dernier a pour objectif « *de simplifier la lecture des décisions du Conseil constitutionnel et d'en approfondir la motivation* »[1002]. Néanmoins, une telle initiative n'est pas anodine et démontre une volonté claire. Tout cela participe d'un ensemble qui démontre la nouvelle tournure prise par le contrôle *concret* de proportionnalité, surtout en matière de conventionnalité des lois. Le Conseil d'État vient en fait renforcer ses éléments caractéristiques et assumer les conséquences qu'implique cette méthode plus qu'il n'avait pu le faire auparavant.

168. Voilà l'une des originalités du contrôle développé dans l'affaire *Gomez-Turri* ! Cet arrêt donne une véritable consistance aux éléments structurants du contrôle *concret* de proportionnalité en assumant enfin le rôle des circonstances de la cause pour trancher le litige, au soutien d'une argumentation précise, limpide et fondamentale. Il redore des éléments qui ont été parfois négligés dans des arrêts qui utilisaient pourtant cette méthode et se revendiquaient liés à cet esprit, puis il permet d'ancrer réellement cette méthode dans le

[996] TA de Rennes, *Mme A...I..., veuve H...,* n°1604451, cons. 8 à 11 ; TA de Toulouse, 13 octobre 2016, n° 1405903, cons. 8 ; CE, 28 juillet 2016, *M. B., op. cit.*, cons. 12 et 13.
[997] CE, *Babas*, *op. cit.,* cons. 5.
[998] CE, *Belgacem*, *op. cit*., cons. 3.
[999] Pour une étude sur ce lien : C. Jamin, « Cour de Cassation : une question de motivation », *JCPG,* n°29, 20 Juillet 2015, p. 1446.
[1000] F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice*, Dalloz, coll. "Nouvelle Bibliothèque de Thèses", Paris, Volume 125, 1ère édition, 2013, p. 151 : « *Derrière le laconisme du juge se cache un silence. Derrière ce silence il y a un déni. Le déni de la subjectivité du juge. La motivation brève joue le rôle de masque, de déguisement derrière lequel le juge se dissimule pour rendre la décision de la juridiction à laquelle il appartient* ».
[1001] CE, 19 juin 2015, n° 386372.
[1002] L. Fabius, « Communiqué du Président du 10 mai 2016 », disponible en ligne.

marbre du contentieux administratif. Le juge administratif semble mettre un terme à un paradigme qui tendait à nier partiellement le rôle du juge et le rôle du concret. Il utilise dorénavant une méthode dont la puissance peut être dévastatrice. La postmodernité serait-elle actée ? Pour autant, cette originalité n'est pas la seule ni la plus essentielle. Effectivement, le Conseil d'État vient développer dans cette affaire une étape préalable au contrôle *concret* de proportionnalité qui fait évoluer de manière significative l'architecture du raisonnement judiciaire. De nouvelles considérations en résultent et qui participent tant à enraciner le bouleversement paradigmatique – c'est-à-dire à démontrer la singularité du contrôle *concret* de proportionnalité développé dans cet arrêt – qu'à le réinterroger.

B) Un contrôle étoffant son champ d'action et son architectonique

169. La nouvelle architecture du raisonnement judiciaire : un élément au service du contrôle concret de conventionnalité ? – « *La seconde innovation de l'arrêt présente pour sa part un champ d'application plus large puisqu'elle concerne toutes les procédures, au fond comme en référé. Cette innovation consiste à dédoubler le contrôle de conventionnalité de la loi : au contrôle abstrait d'un énoncé normatif s'ajoute une possibilité de contrôle concret de la loi au regard des conséquences produites par celle-ci sur la situation du demandeur* »[1003]. C'est précisément sur ce point-ci que la doctrine a concentré son étude et a démontré toute la spécificité du contrôle développé dans l'arrêt *Gomez-Turri*. Mais l'introduction d'une telle architecture réflexive peut susciter des interrogations. En effet, il n'est point contestable que l'explicitation dans le discours du juge d'une dimension *abstraite* et d'une dimension *concrète* d'un contrôle soit porteuse de sens. Elle tend souvent à refléter quelque chose de clair dans l'esprit de la doctrine et du juge[1004]. Les adjoindre est donc une étape importante. Tous ces éléments ont été soulevés au fil de nos pérégrinations. Pour sûr, le contrôle *abstrait* de conventionnalité de la loi renvoie à un contrôle opéré uniquement sur le « *contenu* » de la loi, conduisant à ce que « *la loi française (…) sera (…) écartée pour invalidité* » [1005] , dès lors qu'elle sera jugée incompatible avec les dispositions conventionnelles, c'est-à-dire que « *la loi ne doit pas être appliquée en totalité ou dans la mesure où elle a été déclarée inconventionnelle* »[1006]. Tandis que le contrôle *concret* de conventionnalité de la loi porte sur « *l'application* » de la loi litigieuse, mais dans ce cas, la loi déclarée inconventionnelle est « *inapplicable au cas d'espèce* » [1007], c'est-à-dire qu'« *il ne se fonde et n'a d'effet que sur le cas d'espèce ; il ne résulte nullement du raisonnement que la loi ne devrait plus être appliquée dans un certain nombre de cas identifiés par avance* » [1008]. En somme, le contrôle *abstrait* aboutirait, *in fine*, à une inapplicabilité générale de la loi alors que le contrôle *concret* est insusceptible de déboucher sur autre chose qu'une inapplicabilité limitée à la seule espèce. La notion de « *circonstances particulières* » n'étant susceptible de permettre l'extension de la solution qu'à des affaires présentant des circonstances rigoureusement identiques.

170. La frontière poreuse entre le contrôle abstrait et le contrôle concret. – Cependant, nous avons pu voir que certains imbroglios se dégageaient d'une telle lecture. La différence de nature qu'admettent les magistrats administratifs[1009] n'est pas une réalité. D'une part, affirmer que le contrôle *abstrait* impliquerait des conclusions sur la *validité* de la loi litigieuse, car étant relatif au *contenu* de la loi, indépendamment de toute application, est tout à fait discutable. Comme le relevait le Conseiller Pépy : « *les tribunaux, placés en face de deux règles juridiques, l'une inscrite dans un traité, l'autre définie par la loi interne, sont avertis par le législateur français lui-même, exprimant sa volonté sous la forme d'un principe constitutionnel, que s'il y a conflit entre ces deux règles, c'est la première qu'ils doivent appliquer* »[1010]. En d'autres mots, dans le contentieux de la conventionnalité, nous nous bornons à déterminer avant toute chose *l'applicabilité* de la norme – la *validité* serait réservée au seul juge constitutionnel des lois en France[1011], pourtant cette distinction n'est pas toujours claire, des auteurs affirment que le contrôle de *l'applicabilité* d'une norme est

[1003] O. Le Bot, « Le nouveau contrôle de conventionnalité », *op. cit.*, p. 20.
[1004] N. Boulois, « La double notion d'"inconventionnalité" de la loi », *op. cit.* ; D. Botteghi et A. Lallet, « De l'art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité », *op. cit.* ; L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionalité : in concreto veritas ? », *op. cit.* ; P. Delvolvé, « Droits subjectifs contre interdit législatif (…) », *op. cit.,* ; Dernièrement : S. Gaudemet, « Le contrôle concret de conventionnalité », *Defrénois*, n°5, 15 mars 2017, p. 289.
[1005] D. Botteghi et A. Lallet, « De l'art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité », *op. cit.*, p. 2418.
[1006] L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionalité : in concreto veritas ? », *op. cit.,* p. 1399.
[1007] D. Botteghi et A. Lallet, « De l'art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité », *op. cit.*, p. 2418.
[1008] L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionalité : in concreto veritas ? », *op. cit.,* p. 1399.
[1009] *Ibid.*
[1010] Rapport sur Crim., 3 juin 1950, S 1951. 1. 109.
[1011] P. Gaïa, « Le contrôle de conventionnalité », *RFDC*, 2008, HS n°2, pp. 201-207, spéc. p. 204.

une manifestation spécifique du contrôle de la *validité* [1012] –, que nous regardions son contenu indépendamment de l'espèce ou avec celle-ci. Il est certain que l'analyse du contenu général de la norme permet de tirer des conclusions puissantes en ce qu'elles transcendent les cas d'espèce, pour autant, cette analyse n'a pas pour effet d'exclure *juridiquement*, par l'entremise d'une abrogation ou d'une annulation, la Loi. Il s'agit toujours d'écarter son application tout en soumettant ces conclusions générales à la sagacité d'autres juges, dans des affaires similaires, qui décideront de lui faire produire ou non des conséquences[1013]. D'autre part, dans les propos liminaires de l'étude, nous avons pu noter que se poser la question de l'application d'une Loi dans une espèce particulière n'est pas autonome d'une analyse du contenu de la Loi. Un raisonnement fondé sur les données concrètes du cas peut – et souvent doit – conduire à une analyse précise du contenu de la norme législative et vient relativiser la distinction selon ce critère[1014]. En réalité, « *le juge ne peut jamais régler un cas concret sans envisager la classe des cas à laquelle il appartient (…). En d'autres termes, le contrôle concret a toujours en réalité un caractère général. Par son fondement et sa portée, il rejoint donc, dans une certaine mesure, le contrôle abstrait* »[1015]. Dès lors, le contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois pourrait logiquement produire les mêmes effets supposés que le contrôle *abstrait*. Au final, l'objet de cette analyse n'est pas de déconstruire toute l'entreprise des magistrats ainsi que de la doctrine. Nous garderons simplement ces données à l'esprit et nous admettrons que notre affirmation n'est pas tant contraire à cette présentation, elle vient simplement la préciser. Puis nous ne nions pas que psychologiquement/intellectuellement la différence d'analyse, en ce qu'elle se revendique sur le contenu de la Loi ou sur son application, peut produire des effets différents ni l'aspect didactique d'une telle présentation. C'est bien cette différence d'appréciation des conséquences de l'examen des lois qui motive, d'une certaine façon, la plupart des solutions du juge, et l'arrêt *Gomez-Turri* ne fait pas exception.

171. Les conséquences de la singularité de la loi contrôlée : l'élargissement du champ d'action du juge et la naissance d'un double étage. – Pourquoi est alors apparu ce double étage ? Sûrement en raison de la nature de la loi qui est à l'origine de la mesure de l'Agence de biomédecine. Effectivement, la mesure a été prise sur le fondement d'une loi qui a déterminé avec précision les contours d'un droit subjectif ou d'une interdiction, c'est-à-dire que les contours de l'application de la loi ont été posés de façon en principe exhaustive. Si la loi ouvre à l'Agence le pouvoir d'autoriser l'exportation de gamètes dans certaines conditions, elle interdit de façon claire cette exportation à l'étranger en vue d'une insémination *post mortem*. Elle pose un « *interdit absolu* »[1016] et cela est intéressant, car « *l'application de ce contrôle concret (…) semble n'avoir jusqu'alors (…) été opérée qu'à l'égard de dispositifs législatifs d'autorisation. En d'autres termes, ce qui peut frapper, dans l'affaire Gomez, c'est que l'exception d'inconventionnalité examinée in concreto permet au juge administratif d'autoriser ce que la législation française interdit en principe. Jusqu'alors, le contrôle concret de conventionnalité ne l'avait conduit qu'à interdire parfois la mise en œuvre de ce que la législation française autorise, comme la reconduite à la frontière d'un étranger* »[1017]. Il est vrai que la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers laisse un pouvoir d'appréciation à l'Autorité administrative, alors que tel n'est pas le cas du Code de la santé publique qui la place en situation de compétence liée. Deux conclusions peuvent être tirées de ces développements, d'une part, nous notons une extension de cette méthode de contrôle dans un domaine qui avait été largement occulté par les juges. Cela signifie qu'avec cet arrêt « *ce contrôle n'est plus sectoriel, mais général* »[1018], et que donc le paradigme de la concrétude est adopté d'une façon quasi certaine. Le juge entend utiliser le contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois dans toutes les affaires qui pourront lui être déférées. Nous voyons une nouvelle fois toute l'importance du contrôle développé dans cet arrêt, il tranche avec ce qui était fait jusqu'à présent. En réalité, l'arrêt *Gomez-Turri* porte à son pinacle l'esprit et la méthode du contrôle *concret* de proportionnalité. Il vient également lui donner une ossature stable et solide

[1012] *Voy*. X. Dupré de Boulois, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'Homme », *RDLF* 2015, chron. n° 8, disponible en ligne, pp. 1-12, spéc. p. 7 : « *La thèse de l'application préférentielle renseigne en définitive sur ce qu'est l'office du juge ordinaire : il lui appartient d'écarter l'application de la loi lorsqu'il n'est pas possible de concilier les deux normes dans l'espèce dont il est saisi. Cette opération n'efface pas le contrôle de validité. Mais il s'agit alors d'un contrôle de validité spécifique : il est situé dans un litige. Il n'est alors pas tant question de validité de la loi que de son application valide* ».

[1013] Une analyse des questions relatives à « *l'autorité de la chose jugée* » et « *le dialogue des juges* » a été fournie venant tempérer de nombreuses analyses : C. Arnaud, *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2016.

[1014] R. Guastini, « Le "point de vue" de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007, vol. 59, pp. 49-58, spéc. p. 58 : « *L'interprétation "in concreto" consiste à subsumer un cas particulier dans le domaine d'application d'une norme préalablement identifiée "in abstracto" (elle présuppose donc l'interprétation "in abstracto"). C'est l'interprétation typique de tout organe d'application du droit, et notamment des juges* » (souligné par nous).

[1015] F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 37e édition, 2016, pp. 80 et s.

[1016] A. Bretonneau, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit*., p. 746.

[1017] B. Seiller, « Le juge du référé-liberté peut se prononcer sur l'exception d'inconventionnalité d'une loi ; Note sous Conseil d'État, assemblée, 31 mai 2016, Madame Gomez, requête numéro 396848 », *Gaz. Pal*., 2016, n° 35, p. 31.

[1018] L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionalité : in concreto veritas ? », *op. cit.,* p. 1402.

ainsi qu'un champ d'action particulièrement large, voire absolu, mais surtout clair. Il peut s'exercer dans tous les domaines possibles. Également, la spécificité de la législation, au fondement de la mesure administrative, donne le sentiment qu'un véritable contrôle *concret* de proportionnalité en matière conventionnalité est exercé, puisqu'elle ne laisse quasiment aucune marge de manœuvre à l'Autorité d'exécution. Elle tranche alors avec les anciennes affaires, et postulerait presque pour la consécration de la révolution paradigmatique, qui n'avait été faite qu'à demi-mot auparavant. D'autre part, et en lien avec les précédents développements, cette extension heureuse, mais tardive, se comprend en raison de la complexité que suscite une législation d'interdiction, qui semble légitimer, par là même, l'introduction d'un contrôle *abstrait* de conventionnalité comme préalable nécessaire[1019] afin que soit développé un authentique contrôle *concret* de conventionnalité des lois[1020].

172. Assurément, l'interdiction absolue qu'elle cristallise réduit la marge d'action de l'Autorité administrative de décision. La netteté de ce dispositif implique, plus que n'importe quelle autre mesure et même dans un contentieux relatif à son application, une difficulté à départager l'étage *abstrait* et l'étage *concret* – selon le sens largement retenu par le juge administratif. La signification *abstraite* de la norme sera relativement identique à sa signification *concrète*, c'est-à-dire aussi que les effets dans *l'abstrait* de la norme seront sensiblement les mêmes que ses effets *concrets*. Se prononcer sur la conventionnalité *concrète* de cette loi c'est se prononcer d'abord et surtout sur sa conventionnalité *abstraite* parce qu'elle est claire et parce qu'elle filtre les significations. Il y aurait presque une confusion entre ces niveaux de contrôle, puisque dans ce cas est toujours concerné un même sens, mais ne négligeons pas le rôle de l'espèce qui peut relativiser le propos[1021]. Nous comprenons donc les propos de P. Delvolvé qui en retenant la définition classique du contrôle *abstrait* et *du contrôle concret* de conventionnalité des lois dit qu'« *en réalité c'est sur la loi elle-même que s'est exercé le contrôle de proportionnalité (sous le paravent d'un contrôle de l'application de la loi) (…). Mme Bretonneau le reconnaît : la loi, qui a posé un "interdit absolu", "dépourvu de toute équivoque", n'a pas prévu de situations atypiques* »[1022]. Selon certains, le contrôle *concret* de proportionnalité serait même « *inatteignable* » sans ce préalable[1023]. En raison de la complexité à appréhender les effets de la loi pris dans *l'abstrait* et dans le *concret*, le juge essaie d'établir une certaine frontière – factice ? – entre les deux dimensions afin de pérenniser, de continuer à consacrer un contrôle *concret* de proportionnalité qui semblait menacé en l'espèce, ainsi que certainement les conséquences qui en résultent. La plaidoirie de A. Bretonneau témoigne tout à fait d'une volonté des magistrats administratifs de sédimenter le contrôle *concret* de conventionnalité des lois dans le contentieux administratif[1024]. La position du juge, ici, est fortement *prescriptive*. Si la frontière apparaît plus que trouble dans cette affaire, l'affirmation du double étage permet d'éviter de nier le contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois, et à établir une délimitation réelle[1025]. Ces étages sont finalement liés, voire même complémentaires, dans le processus décisionnel du juge administratif, ils reflètent les deux faces d'une même pièce.

173. La sensation de renforcement subséquent du contrôle concret de conventionnalité des lois. – En outre, si cela était justifié par le cas afin de préserver le contrôle *concret* de conventionnalité des lois et de consommer le changement paradigmatique, nous noterons, comme l'affirme une partie des commentateurs, que le double étage est aussi, d'une autre façon, pertinent pour l'efficacité du contrôle *concret* de conventionnalité des lois de manière générale. En effet, le contrôle plus restreint qu'opère le juge administratif dans le cadre de l'étage *abstrait* peut être un élément qui tend à ne pas nier l'utilisation et

[1019] J.-M. Sauvé, « Le Conseil d'Etat et le droit européen et international », Université de Tokyo, mercredi 26 octobre 2016 , disponible en ligne : « *Dans l'affaire Gonzalez Gomez, il a décidé de formaliser l'exercice d'un contrôle dual et, par conséquent, il a explicitement complété son contrôle classique in abstracto, qui demeure une étape indispensable et nécessaire, par un contrôle in concreto visant à s'assurer que la mise en œuvre de l'interdit contenu dans la loi française n'était pas, dans les circonstances très particulières de l'affaire en cause, de nature à engendrer une violation des stipulations de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme* ».

[1020] M. Guyomar, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », *op. cit*., p. 30 : il affirme que « *ce contrôle abstrait de la norme, auquel le juge des référés n'était pas absolument tenu* ».

[1021] J.-M. Sauvé, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Intervention de Jean-Marc Sauvé à l'Institut Portalis, Aix-en-Provence, Vendredi 17 mars 2017, disponible en ligne : « *Cette évolution a connu, en droit français, de nouveaux développements avec la formalisation d'un contrôle de proportionnalité in concreto dans la jurisprudence du Conseil d'État et celle de la Cour de cassation. Dans des cas où la loi ne laissait que peu, voire aucune marge d'appréciation aux autorités publiques et, notamment, juridictionnelles, les deux cours suprêmes l'ont écartée en jugeant que son application au cas d'espèce aurait été de nature à porter une atteinte excessive à un droit fondamental et, dans ces affaires, au droit au respect de la vie privée et familiale* ».

[1022] P. Delvolvé, « Droits subjectifs contre interdit législatif (…) », *op. cit.,* p. 756.

[1023] A. Bretonneau, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit*., p. 746.

[1024] *Ibid*., pp. 746-747.

[1025] *Ibid*., p. 747 : « *Pour nous résumer, nous trouverions paradoxal, alors que la Convention vous invite, dans le champ des droits fondamentaux qu'elle protège, à ne pas vous voiler la face sur les conséquences concrètes de la législation, que les limites inhérentes à un contrôle abstrait de la norme vous handicapent au point de vous empêcher de vous saisir de conséquences inconventionnelles de l'application de la loi lorsqu'elles se présentent à vous* ».

la pertinence de l'étage *concret*, mais bien à la renforcer. C'est plutôt « *le risque d'inconventionnalité (...) décelé par le juge au stade du contrôle in abstracto de la loi qui lui donne mandat pour ne pas s'en contenter et le doubler, sauf à risquer de passer à côté de violations qu'on ne peut formellement exclure, d'un contrôle concret des situations particulières dont il est saisi* »[1026]. En d'autres mots, le contrôle *abstrait* de proportionnalité préalable permet de légitimer le contrôle *concret* qui fait encore l'objet de nombreuses réticences dans les prétoires et les universités[1027]. Puis, la plus grande souplesse du contrôle *abstrait* et son lien avec le *concret* permettraient de renforcer la puissance de ce dernier en identifiant des éléments préalables d'orientation qui pourront être des arguments à solliciter dans le cadre de la mise en balance *concrète* et de l'argumentation, mais qui ne sont pas susceptibles en eux-mêmes d'emporter conviction dans l'étage *abstrait*[1028]. Le juge administratif admet, d'une façon particulière, l'interaction réelle entre ces étages et donne un mode d'emploi clair qui invite les juges administratifs à passer par un examen préalable et *abstrait* de la norme afin de l'appréhender d'une façon spécifique, ce qui n'est pas toujours fait par les magistrats.

174. De plus, ce nouveau mode d'emploi permet de mieux appréhender et voir le contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois effectué par le juge administratif. Comme nous avons pu le dire, il n'était pas toujours aisé de l'identifier dans des affaires qui sont censées l'utiliser. Voilà sûrement ce temps révolu avec le nouveau mode de raisonnement développé par l'arrêt *Gomez-Turri*. Le contrôle *concret* de proportionnalité est bien explicité ainsi que ses composantes – il est bien fait mention du contrôle de la loi sous un angle particulier qui tient à ses effets dans l'espèce notamment par l'intermédiaire d'une mesure prise précisément « *sur le fondement des dispositions précitées du code de la santé publique* » –, tout cela est retranscrit dans une motivation plus riche et par l'utilisation de termes qui facilitent son identification, comme les marques « *par elle-même* », « *dans certaines circonstances particulières* », et surtout par la nouvelle formule de principe libellée comme suit : « *la compatibilité de la loi avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention. Il appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive* » – reprise dans tous les arrêts postérieurs.

175. En outre, l'arrêt *S. Abdeslam*[1029] offre une certaine acuité à notre propos. En effet, selon le Conseil d'État, la confrontation de la liberté fondamentale invoquée avec les dispositions législatives mises en cause et la mesure individuelle n'a pas justifié la remise en cause de cette dernière. *Primo*, la disposition *« qui réserve la mise en place des systèmes de vidéosurveillance continue aux situations qui l'exigent et la soumet à une procédure contradictoire, prévoit son réexamen régulier assorti d'un contrôle médical, limite notamment sa portée par des dispositifs garantissant l'intimité de la personne et encadre strictement, tant l'usage qui est fait des données ainsi recueillies que les personnes habilitées à en disposer, n'est pas, par elle-même, manifestement incompatible avec les stipulations de l'article 8* ». *Secundo*, il a affirmé que la mesure avait un caractère nécessaire. Le juge administratif a considéré que l'Administration était en mesure de s'assurer régulièrement du bien-fondé de la mesure, « *notamment (...) par l'existence d'une surveillance médicale régulière* » et que « *compte tenu de cette circonstance, ainsi que des modalités de mise en œuvre de la vidéosurveillance, qui comportent notamment la mise en place de dispositifs permettant de respecter l'intimité de la personne, l'absence de transmission ou d'enregistrement sonore, l'usage, ainsi qu'il a été précisé à l'audience, de caméras à infrarouge pendant la nuit, l'absence de dispositif biométrique couplé, la limitation de la durée de conservation des images et l'encadrement de leurs droits d'accès, la mesure contestée ne porte pas au droit au respect de la vie privée du requérant une atteinte manifestement disproportionnée aux buts en vue desquels elle a été établie* ». Avec notre arrêt, le juge donne une véritable

[1026] *Ibid.*
[1027] *Voy.* V. Vigneau, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D. 2017*, pp. 123 et s. : Il vise le contrôle opéré par la Cour de cassation du 4 décembre 2013 et qui présente une certaine proximité avec celui du juge administratif dans notre arrêt.
[1028] P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité (…) », *op. cit.,* p. 580 : « *cette interaction permanente, dans le raisonnement juridique, de l'appréciation abstraite et de l'appréciation concrète prend une forme particulièrement intéressante dans les conclusions d'Aurélie Bretonneau sur la décision Mme Gonzalez Gomez : c'est parce que le juge a décelé un risque d'inconventionnalité au stade du contrôle abstrait, qu'il doit poursuivre par un contrôle concret. Puisque les hypothèses appelant un contrôle concret sont ainsi potentiellement très ouvertes, son exercice doit être soigneusement justifié* ».
[1029] CE, 28 juillet 2016, n° 401800.

grille de lecture faisant dire à la doctrine que « *par un arrêt retentissant du 31 mai 2016, le Conseil d'État rejoint la Cour de cassation, mais en faisant preuve de davantage de pédagogie, grâce à un mode d'emploi précis du dédoublement du contrôle de conventionnalité* »[1030]. Elle fera mouche, car la Cour de cassation reprendra cette manière de raisonner, avec toutefois un brin supplémentaire de laconisme, dans un arrêt du 9 novembre 2016 relatif au délai de prescription de l'action en recherche de paternité. Effectivement, après avoir affirmé que les dispositions contestées « *ménagent un juste équilibre entre le droit à la connaissance et à l'établissement de son ascendance, d'une part, les droits des tiers et la sécurité juridique, d'autre part* », l'arrêt ajoute « *qu'il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces dispositions ne porte pas, au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention, une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi* ».

176. La lecture de tous ces éléments peut participer à affirmer que *l'abstrait* est un complément efficace au *concret* et que par son intermédiaire, malgré ce que suscitent ces notions, le juge renforce le contrôle *concret* de proportionnalité, surtout en matière e conventionnalité des lois, dans le contentieux administratif. Autrement dit, la particularité de l'architecture de cet arrêt est un élément actif qui participe au phénomène de concrétisation du Droit et de proportionnalisation dans le Droit, certes de manière paradoxale. En effet, ces contrôles tendent à être antinomiques pour la plupart des commentateurs. Plus encore, toute cette construction permet au juge de renforcer ses prérogatives et sa légitimité, ce qui est essentiel dans un contrôle *concret* de proportionnalité puisqu'il implique de se dégager des considérations légicentristes et de renforcer la partition du pouvoir[1031]. Désormais, avec lui, « *dans l'hypothèse où les juges de la conventionnalité confirment le potentiel du contrôle concret, l'attractivité du mécanisme de la QPC pourrait subir un coup d'arrêt. Bien que le niveau de garantie des droits et libertés constitutionnels soit sur certains points davantage protecteurs, la lourdeur procédurale de la QPC et les incertitudes sur l'effectivité de la décision du Conseil constitutionnel contrasteraient avec la commodité du contrôle concret de conventionnalité. En réaction, et hormis l'hypothèse d'une réforme d'envergure par le pouvoir politique, le Conseil constitutionnel pourrait éventuellement opérer un revirement de sa jurisprudence IVG, bien que la nature abstraite de son contrôle ne puisse compenser totalement la concurrence du contrôle concret* »[1032].

177. Les raisons de la colère. – En définitive, la révolution *paradigmatique* est-elle consommée réellement avec le contrôle *concret* de conventionnalité des lois développé dans l'arrêt *Gomez-Turri* ? D'une certaine façon oui, malgré toute l'ambiguïté de ses contours, puisqu'il vient exalter les caractéristiques méthodologiques de ce contrôle et ses potentialités, suscitées par la concrétisation du Droit. Le Conseil d'État « *a indubitablement réalisé le paradoxe de l'acceptation. (Il) a accepté d'assumer, suite à une déclaration d'incompétence du juge constitutionnel, une tâche dont son office tire effectivement aujourd'hui des "avantages" considérables en termes de souveraineté juridictionnelle* »[1033]. Pour autant, ne nous laissons pas avoir par ces quelques développements. La formalisation d'une étape préalable, qui bien qu'elle légitime des choses et semble participer au renforcement du phénomène de concrétisation du Droit, entre aussi en conflit avec tout cela et peut être révélatrice d'un opportunisme manifeste du juge. Assurément, « *les perspectives ouvertes par cet élargissement sont remarquables* »[1034] puisque ce dernier va faire produire des conséquences différentes aux deux étages de contrôle et le caractère préalable de l'étage *abstrait* peut conduire à museler le contrôle *concret* de conventionnalité des lois. Comme le résument bien deux auteurs, « *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* »[1035]. Si l'inconventionnalité de la loi est accueillie dans le cadre du contrôle *abstrait*, ce qui peut sembler déjà difficile à l'aune des objets à contrôler[1036] –

[1030] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle (2016) », *op. cit*., p. 179.
[1031] A. Roblot-Troizier et J. Bonnet, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques – Les droits et libertés invocables au soutien d'une QPC : Une définition utilitariste pour sauver la procédure du "verrou de Bercy" », *in* Les *NCCC,* 2017, n° 54, p. 85 : « *depuis le fameux arrêt du 31 mai 2016 rendu à propos du don de gamètes, le juge administratif dédouble le contrôle de conventionnalité en une appréciation abstraite et une appréciation concrète cantonnée aux faits de l'espèce qui échappe par définition à l'office du Conseil constitutionnel* ».
[1032] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle (2016) », *op. cit*., p. 179.
[1033] M. Guerrini, « L'utilisation du contrôle de conventionnalité par la Cour de cassation ou le paradoxe de l'acceptation », *op. cit.,* p. 9.
[1034] O. Le Bot, « Le nouveau contrôle de conventionnalité », *op. cit.*, p. 20.
[1035] L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionalité : in concreto veritas ? », *op. cit.,* p. 1400.
[1036] *Ibid.,* p. 1402 : mais comme ils le notent : « *il y a également une part de subjectivité dans le contrôle de conventionnalité in abstracto, lorsqu'il s'agit de déterminer si l'équilibre choisi par le législateur franchit la proportion admissible dans l'atteinte portée aux différents droits protégés par la convention* ». Cette subjectivité ne serait-elle pas renforcée à l'aune de la spécificité des objets à contrôler et du contrôle totalement *abstrait* ? La question reste entière.

nous reviendrons là-dessus –, le juge ne se livrera pas vraisemblablement à un contrôle *concret* de conventionnalité. Puis, selon ce que pense le juge, dans ce cas, l'arrêt sera revêtu d'une certaine parure qui conduit le juge, comme nous avons pu le dire, à lui donner une inapplicabilité totale dans des contentieux où, peut-être selon des espèces particulières, la conventionnalité se serait manifestée. En d'autres mots, cette étape préalable peut être un verrou [1037] comme un vecteur efficace du contrôle *concret* de conventionnalité des lois. Elle est, en dernière analyse, à double tranchant pour tous les prochains contentieux sur la conventionnalité des lois.

178. En somme, cet arrêt renforce la démarche *concrète* et de *proportionnalité*, au-delà du paradigme *abstrait* prévalent en France, tout en la liant à ce dernier. Il enchaîne le juge français à une tradition *d'abstraction* et *légaliste*, d'une part, et tente de l'en émanciper, d'autre part. L'opposition si elle n'est pas aussi stricte, elle est quand même révélatrice de paradoxes qui peuvent être sources d'écueils. L'introduction de *l'abstrait* dans un domaine pétri de concrétude, de fondamentalité, de relativité est nécessairement problématique et surtout révélatrice d'incompatibilités puisqu'il semble que la fondamentalité soit réticente, de prime abord, à toute lecture *abstraite*. N'y avait-il pas un autre moyen de faire un tel contrôle *concret* de conventionnalité des lois en l'espèce sans recourir à un tel dédoublement ? Au final, cela dépendra de l'utilisation faite par le juge de telles armes, mais le fait de les cristalliser est aussi la manifestation de considérations sous-jacentes, sûrement d'opportunités, qui se doivent d'être analysées. Dès lors, l'axiomatisation excessive de ce double étage, formellement indépendant, mais matériellement/intellectuellement dépendant, doit être questionnée avec une plus grande profondeur en ce qu'elle est l'épicentre d'une ambiguïté quasi ontologique de l'arrêt *Gomez-Turri* et de la méthode qui est développée par celui-ci. C'est ce que nous tenterons de faire dans la prochaine section.

Section 2
La généralisation paradoxale d'un double étage de conventionnalité dans le contentieux administratif

179. L'avènement problématique de l'abstrait dans un domaine marqué par la proportionnalité, la fondamentalité et la concrétude. – L'architectonique de l'arrêt *Gomez-Turri* – et donc le mode de raisonnement devant être adopté dorénavant par les juges administratifs –, en développant un double étage de contrôle de conventionnalité des lois, perturbe les choses connues jusqu'à présent. Elle apparaît comme un Objet Juridique Non-Identifié. Si nous avons pu dire que ce dédoublement semble inciter un renforcement du contrôle *concret* de proportionnalité, dans un sens particulièrement puissant par rapport à ce qu'il se faisait auparavant dans le contentieux administratif, nous pouvons également dire que le label "*abstrait*" de l'étage préalable ainsi que sa possibilité de produire des effets prioritaires et différents par rapport à l'étage *concret* peuvent conduire à des apories – dénaturer le contrôle *concret* –, au moins à des réprobations. En effet, le contrôle *abstrait* de conventionnalité des lois ne répond pas à la tendance actuelle qui semble privilégier la *concrétude* ainsi que le *dialogisme*. Il est certain que ce contrôle préalable ne fait pas bon ménage avec le contrôle de proportionnalité dans les droits fondamentaux ni avec la nature même du contrôle de conventionnalité des lois en France. Il tendrait à dénigrer la spécificité et les virtualités de ces deux objets, ce qui est encore moins anodin dès lors qu'il se situe comme une étape préalable et principale au contrôle du juge administratif (**§I**). Ce dernier point est une réalité ! Pour dire vrai, cette arhitectonique reflète un opportunisme manifeste du Conseil d'État qui tente, par cette structure si spécifique, de ne pas tomber sous le coup des critiques doctrinales qui ont animé la doctrine privatiste, et également la doctrine publiciste, attachée au rôle générique de la Loi et de celui du juge, ainsi que les critiques d'une société civile beaucoup plus revendicatrice. Mais cela au prix de raccourcis grossiers qui discréditent son entreprise (**§II**). Au final, cet étage peut altérer le raisonnement du juge administratif, il peut dénaturer aussi la spécificité de l'objet méthodologique "contrôle *concret* de proportionnalité". En réalité, il veut lui fait prendre des formes, et il veut lui fait produire des conséquences qui ne sont pas nécessairement adaptées à sa réalité, du moins à son esprit. Et surtout, ces mêmes conséquences sont susceptibles d'être pernicieuses, à long comme à court terme, pour les artisans et les acteurs du monde juridique.

[1037] *Ibid.*, p. 1402 : « *Lorsque le juge confronte abstraitement une disposition législative nationale à une règle précisément définie par le traité (ce qui est à trouver), et la trouve compatible, il est probable que cette opération épuise le contrôle et qu'on ne trouvera jamais d'incompatibilité in concreto* ».

§I - L'incongruité manifeste du contrôle abstrait de conventionnalité dans l'arrêt

180. Le contrôle *abstrait* de régularité des normes, quand il n'est pas lié d'une façon ou d'une autre à un contrôle *concret*, n'est pas une institution si anormale dans le contentieux de droit public ; bien au contraire, il est même la norme. En effet, la logique processuelle traditionnelle française est principalement basée sur un contrôle *abstrait* des normes. Il n'apparaît dès lors pas comme une ignominie, ce serait plus vraisemblablement le cas pour le contrôle *concret*. Pourtant, le cadre spécifique de son action *in casu*, qu'est celui de la fondamentalité européenne et de la proportionnalité, s'adapte plutôt mal aux réalités que cet étage instaure. Autrement dit, le contrôle *abstrait* de conventionnalité des lois vient, effectivement, relativiser les spécificités du contrôle de proportionnalité dans les droits fondamentaux ; jusqu'à même, parfois, le vider de sa substance (*A*). Puis, une étude sur la nature du contrôle de conventionnalité des lois en France tend à exacerber que les juges se fourvoient depuis des années en raison de la prégnance – récente[1038] – d'un paradigme juridique. Assurément, le contrôle de conventionnalité des lois, tel que systématisé par les juges et la doctrine, démontre une proximité assumée avec la logique *concrète*. À un point tel, qu'il serait paradoxal d'introduire ce contrôle *abstrait* surtout d'une façon autonome et prioritaire par rapport au contrôle *concret* (*B*).

A) L'antilogie de la logique abstraite avec le contrôle de proportionnalité dans les droits fondamentaux

181. Le recours à l'abstrait et au concret dans le contrôle des droits fondamentaux : quelle méthode choisir ? – « *La proportionnalité in abstracto relève de l'oxymore* », telle est la conclusion que tire P. Muzny de son analyse sur la technique de proportionnalité de la CEDH[1039]. Selon lui, le monde de l'*abstrait* ne saurait embrasser le contrôle de proportionnalité, surtout en matière de fondamentalité, tant le rôle de mise en relation concrète et effective de ce dernier est antinomique de la logique monopolistique et absolue que déploierait le premier[1040]. Nous pouvons souscrire, d'une certaine façon, à la conclusion qui est développée par cet auteur. Pour autant, ce serait être trop catégorique que d'affirmer cela sans y apporter des nuances. Il est certain que des modalités de contrôle/des méthodes peuvent être plus ou moins adaptées à l'objet contrôlé en ce qu'elles arrivent à développer toutes ses potentialités, à corroborer son essence, mais aucune n'est forcément exclusive et indispensable *per se*. Le titre de ce paragraphe est volontairement polémique afin de participer à la réflexion et démontrer que le mode de raisonnement le plus pertinent vis-à-vis d'un objet peut être passé sous silence pendant des années. En d'autres mots et à partir de ces postulats, nous affirmerons donc que le contrôle *abstrait* n'est pas totalement, mais pourtant largement incompatible avec l'esprit même du contrôle de proportionnalité. Il en limite simplement les virtualités en raison de la plus grande latitude qu'il suscite dans la phase réflexive du juge et dans les éléments à appréhender[1041]. Et ce constat pourrait être renforcé par les spécificités du contentieux de la *fondamentalité*, puisqu'en utilisant une telle méthode – alors que sa philosophie comme son ontologie semblent commander autre chose –, le juge n'arriverait pas à faire émerger la réalité de ces droits, ce qui participe à l'ineffectivité des droits, et donc à leur inexistence.

182. Néanmoins, il est clair que la « *la proportionnalité (…) est une méthode employée de longue date (…) pour exercer le contrôle classiquement abstrait de conventionnalité* »[1042]. Le contrôle *abstrait* de proportionnalité ne serait donc pas une totale ignominie. Également, le contrôle *abstrait* de constitutionnalité des lois en matière de protection des droits fondamentaux est une réalité[1043]. Plus encore, même la CEDH, qui pourtant est la juridiction qui sacralise le plus le contrôle *concret* de proportionnalité,

---

[1038] A. Panagopoulos *Modèle américain ou modèle européen de justice constitutionnelle ? Etude comparative à travers le cas hellénique*, thèse de Droit, Université Aix-en-Provence, 2012, pp. 31-38 : Il démontre d'abord que les traits « *abstraits* » de la culture française du contentieux viennent, d'abord, de la prévalence des dogmes rousseauiste et cartésianiste, avant l'incursion du paradigme kelsénien.

[1039] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit.,* p. 258.

[1040] *Voy*. O. Anokhina, « L'abstrait et le concret : Approche linguistique de l'abstraction », in N. Podzemskaia (éd.), *Revue LIGEIA*, numéro spécial "Abstraction dans les arts : concept à définir", 2009, pp. 242-249, spéc. p. 242 : l'auteur observe deux propriétés essentielles des éléments abstraits : « *d'une part, le détachement de l'objet et, d'autre part, l'inaccessibilité aux sens* ».

[1041] *Voy*. X. Philippe, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *LPA*, n° 46, 2009, p. 12 : « *Il "teste" la décision ou la norme au regard de situations imaginées (mais plausibles) qui lui permettent à la marge de vérifier le bien-fondé du contrôle de proportionnalité. (…) Dans cette hypothèse, le degré du contrôle de proportionnalité sera cependant limité aux aspects sur lesquels le juge pourra avoir une certaine maîtrise* ».

[1042] P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *op. cit.,* p. 579.

[1043] M. Disant, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité : cadre juridique et pratiques jurisprudentielles*, Rueil-Malmaison, Lamy, Paris, 2011, pp. 20-21.

se fait jour un contrôle *abstrait* de proportionnalité en matière de fondamentalité. En effet, en optant pour une stratégie consistant à examiner la « *conventionnalité de la norme restrictive de la liberté elle-même* »[1044], elle désindividualise le cas concret à juger. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Carson c. Royaume-Uni*, le juge strasbourgeois a cru bon de « *se prononcer sur une question de principe, celle de savoir si, en tant que telle, la législation incriminée (opérant une cristallisation des pensions pour les ressortissants britanniques expatriés dans des pays non liés au Royaume-Uni par des accords de réciprocité en matière de sécurité sociale) opère une discrimination illicite entre des personnes se trouvant dans une situation analogue* »[1045]. Les droits politiques constituent également un terrain d'élection de cette ligne jurisprudentielle. Assurément, les restrictions générales et automatiques du droit de vote des détenus ou des expatriés décidées par les législateurs nationaux peuvent difficilement échapper au phénomène de l'objectivisation du contrôle. De même, les difficultés à trancher un conflit de droits entraînent souvent l'exercice d'un contrôle *abstrait*. L'un des exemples emblématiques est sans conteste l'affaire *Evans c. Royaume-Uni* – dont la thématique est proche de celle de l'affaire *Gomez-Turri* – où était en cause la loi britannique autorisant sans exception les participants à un traitement par FIV à revenir sur leur consentement à l'utilisation des gamètes prélevés. Le dilemme en l'espèce consistait à concilier le droit de la requérante à recevoir les embryons et donc de devenir parent et le droit de son ancien compagnon de ne pas devenir parent, conformément aux latitudes de l'article 8 de la CESDH. « *C'est ainsi que, cédant à l'art de l'esquive, la Cour déplace le curseur de son contrôle vers une appréciation abstraite de la législation britannique, aboutissant in fine à un constat de non-violation* »[1046]. Bien que rarissime, ce raisonnement semble se développer de plus en plus eu égard au développement des conflits de droits[1047].

183. Retour sur la préférence pour un contrôle concret. – Nonobstant, au fil de nos excursions, nous avons pu noter quelque chose de précis : le contrôle *concret* de proportionnalité – qui alimente le contrôle de conventionnalité du juge dans l'arrêt *Gomez-Turri* – apparaît comme le mode de raisonnement le plus adapté à la matière juridique, et a *fortiori* aux droits fondamentaux. Il serait celui qui arrive le mieux à trancher les litiges, à participer à l'effectivité des droits, celui qui donnerait un contenu certain, mais surtout celui qui serait étroitement lié à l'ontologie des droits fondamentaux. Dans cette perspective et *a contrario*, le contrôle *abstrait* de proportionnalité ne paraîtrait pas opportun, il continuerait de renforcer les maux qui frappent le Droit et la fondamentalité, c'est-à-dire l'indétermination et l'ineffectivité. Sans revenir sur la totalité des débats, il est certain que la mise en balance *concrète* est un facteur d'approfondissement et d'identification du contenu des droits fondamentaux *lato sensu*. Comme le dit, par exemple, la CEDH, « *les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter et s'appliquer dans le vide* »[1048], c'est-à-dire qu'elle ressent la nécessité de juger par référence aux circonstances de l'espèce qui elles seules fournissent une consistance normative à ces principes, plus généralement aux droits conventionnels ; et aussi qui permettent de trouver un chemin dans le dialogue, la dialectique instaurée par le contrôle de proportionnalité. Dans ce cadre, il est toujours difficile de poser de manière abstraite et tranchée que, par exemple, les considérations inhérentes au principe du *droit au respect des biens* priment nécessairement sur celles du principe *la réglementation de l'aménagement urbain*. De même, affirmer que la *liberté de religion* primerait sur la *liberté d'expression* serait tout à fait péremptoire. Ces droits sont sincèrement généraux et indéterminés, il est alors compliqué de tirer d'eux des prescriptions univoques et de les départager simplement par un raisonnement *abstrait*. Il y aurait toujours la possibilité d'avoir des circonstances qui pourraient permettre, schématiquement, la prééminence de l'un ou l'autre, d'établir une autre signification. Au final, ce qui donne vie aux droits et permet d'en apprécier leur valeur, ce sont les circonstances factuelles d'un cas. « *Sans l'appréciation concrète propre à l'espèce, ces principes parlent autant qu'un papier vierge de tout écrit* »[1049]. Puis, cela assure une adéquation à la réalité sociale alors que « *le contrôle abstrait peut engendrer un droit (...) qui est un produit de laboratoire in vitro et qui n'est pas le fruit de l'évolution sociale in vivo* »[1050].

[1044] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.,* p. 250.
[1045] CEDH, 16 mars 2010, *Carson c. Royaume-Uni*, n° 42184/05, § 62.
[1046] M. Afroukh, « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux (…) », *op. cit.*, p. 1359.
[1047] Un autre exemple significatif qui le rapproche de la doctrine du « *droit vivant* » : CEDH, 7 juin 2012, *Centro Europa c. Italie*, n° 38433/09, § 140.
[1048] CEDH, 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie*, n° 15318/89, § 43.
[1049] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit.,* p. 346.
[1050] A. Panagopoulos *Modèle américain ou modèle européen de justice constitutionnelle ? Etude comparative à travers le cas hellénique*, *op. cit*., p. 27 ; P. I. André-Vincent, « L'abstrait et le concret dans l'interprétation », *APD*, 1972, pp. 135-148, spéc. p. 136 : « *l'abstraction est rupture avec le réel : elle est création de l'esprit, et elle se termine non au réel mais à l'idée* ».

184. En somme, le contrôle *abstrait* de conventionnalité des lois en ne retenant que les grands principes, les grands effets de la mesure, conduit à donner une signification très souvent inopérante des éléments du contrôle et du contenu des droits. Ce mode de raisonnement tend à appréhender tant les dommages générés par l'ensemble des applications de la norme que les bénéfices induits par l'ensemble des applications de la norme, et il tend à chercher des repères généraux qui lui permettront de trancher le litige. Pour les appréhender et trouver une solution, le juge va surtout s'attacher à analyser des éléments tangibles qui ont déjà envisagé ces effets, c'est-à-dire les travaux du législateur. Ce qui le conduit certainement à n'utiliser dans son raisonnement qu'un seul point de vue, celui du sujet à l'origine de la mesure, prise par référence au but qu'il s'est lui-même assigné[1051]. L'arrêt *Gomez-Turri* démontre en partie cela dans son point 8, puisque le Conseil d'État affirme que « *ces dernières dispositions, qui visent à faire obstacle à tout contournement des dispositions de l'article L. 2141-2, ne méconnaissent pas davantage par elles-mêmes les exigences nées de l'article 8 de cette convention* ». Dans cet étage, nous avons l'impression que le juge ne se départit pas totalement des considérations du créateur de la norme, il n'entend pas questionner l'opportunité réelle de cette norme. Ce sentiment est renforcé par l'invocation récurrente de la *marge d'appréciation* dont disposent les États. Il en résulte un aspect *monologique* et *monopolistique* qui enraye la machine du contrôle de proportionnalité – qui entend instaurer pourtant un dialogue de points de vue –, surtout si le contrôle *abstrait* de conventionnalité est utilisé de façon exclusive. Le premier perd ici une partie de son essence, ce qui conduit à le rendre vraisemblablement inefficace et à oblitérer *in utero* les avantages de son utilisation. Puis, cela malmène l'essence des droits fondamentaux appréhendés comme des *relations concrètes*. Dès lors, nous pouvons le dire, le contrôle de proportionnalité, surtout en matière de conventionnalité des lois, semble mal s'accommoder avec les conséquences de *l'abstraction* du raisonnement, puisque « *la logique de l'abstrait se fait à ce point pauvre et générale dans la prise en compte des circonstances de l'espèce qu'elle annihile toute possibilité de mise en œuvre d'un jugement concret et effectif* »[1052].

185. Une modalité de contrôle plus conforme à la méthode employée et à l'objet contrôlé. – Ainsi, le contrôle *concret* de proportionnalité, en tant que mise en œuvre d'une appréciation contextualisée supposant une appréciation détaillée et dialogique des effets, se distingue de ce point de vue du contrôle *abstrait*. « *Certes la distinction n'emporte pas une différence de nature, mais uniquement de degré. Il n'en demeure pas moins que l'effectivité de l'approche emporte la proportionnalité vers des sphères de jugement autrement plus hautes* »[1053]. La pertinence et ce déplacement de l'absolu vers le relatif, avec ce que nous nommons le contrôle *concret* de proportionnalité, avaient été systématisés par le Professeur Eisenmann. Il nous disait que « *le droit se montre beaucoup plus exigeant (...) il exige (...) que l'acte corresponde objectivement au but, qu'il y soit adéquat, qu'il représente le moyen qu'il fallait employer, ou l'un des moyens que l'on pouvait employer pour atteindre le résultat défini. (Le contrôle) ne porte plus (et ne doit plus) sur les intentions de l'agent auteur de l'acte, sur leur correction, c'est-à-dire sur leur conformité à une règle de détermination des buts possibles, licites ; l'acte sera considéré et jaugé (...), absolument en dehors de la conscience de l'agent, comme procédé pour atteindre un certain résultat, et l'on se demandera, ou si le procédé employé était approprié, correspondait bien aux résultats visés, ou même – dans le cas d'une réglementation encore plus rigoureuse – s'il était nécessaire pour atteindre le résultat en question* »[1054]. Ce serait finalement ce mode de raisonnement qui serait le plus adapté à une appréhension réelle de la teneur de tous les éléments du contrôle – c'est-à-dire tant la norme contrôlée que la norme de contrôle[1055]. De surcroît, il appert que le juge administratif s'est montré davantage sobre en matière de motivation et d'argumentation dans cet étage, il semblerait que le contrôle *abstrait* ne soit pas toujours adapté à une motivation riche ce qui renforce le sentiment d'arbitraire ainsi que l'aspect monologique de son raisonnement. Tout cela tranche une nouvelle fois avec ce qui fait l'intérêt du contrôle *concret* de proportionnalité en matière de fondamentalité. Finalement, « *la manière la plus idoine pour le juge de ne pas s'immiscer indûment dans les questions d'opportunité consiste à fonder son jugement sur les spécificités de la cause (...) par conséquen(t) s'intéresser particulièrement aux faits* »[1056].

[1051] *Voy*. G. Bergougnous, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », les *NCCC*, n° 38, janvier 2013, disponible en ligne : il analyse le contrôle *abstrait* de constitutionnalité et sa proximité manifeste avec le législateur, qui empêche une protection satisfaisante.
[1052] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit.,* p. 298.
[1053] *Ibid.,* p. 256.
[1054] C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, Paris, t. 2, 1983, pp. 278-283.
[1055] *Voy*. J.-J. Pardini, *Le juge constitutionnel et le "fait" en Italie et en France*, *op. cit.,* pp. 357-369 : il va consacrer toute sa thèse à cette double influence qui sera parfaitement synthétisée dans les pages citées.
[1056] P. Moor, « Systématique et principe de proportionnalité », in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges offerts à M. Fromont*, PUF, Paris, 2001, p. 340.

186. Le regard approbateur du juge communautaire. – C'est ce que semble affirmer également la Cour de justice de l'Union puisqu'elle admet que le contrôle *abstrait* de proportionnalité de la loi ne suffit pas, il faut encore vérifier que ses « *modalités concrètes d'application* » sont conformes à ce principe[1057]. Dans l'affaire *Ladbrokes*, la juge luxembourgeois a été interrogée sur le sens de l'affirmation précédente[1058]. Et selon la tentative de réponse de l'Avocat général Bot, le contrôle de proportionnalité doit être en réalité un « *double examen* ». Selon lui, il faut d'abord que le juge national examine « *le contenu de sa législation, telle qu'elle est écrite* »[1059]. Or, « *cet examen théorique ne suffit pas. Le juge national, en second lieu, doit également apprécier les conditions dans lesquelles sa législation nationale est appliquée concrètement. Il lui incombe ainsi de vérifier que, dans sa mise en œuvre par les autorités compétentes et, le cas échéant, par les opérateurs économiques, la législation en cause est appliquée de manière non discriminatoire, en conformité avec ses objectifs et de manière proportionnée* »[1060]. Par conséquent, ce n'est pas la loi considérée dans *l'abstrait* qui fait l'objet du contrôle, mais les mesures concrètes prises éventuellement en application d'une loi. Autrement dit, le *concret* serait consubstantiel au contrôle de proportionnalité, il lui donnerait ses lettres de noblesse et il favoriserait la protection effective des droits fondamentaux, c'est-à-dire qu'il assurerait leur existence.

187. Une synthèse extraite de l'étude du contentieux constitutionnel français de la protection des droits et libertés. – Tous ces développements ont trouvé une illustration précise sur le terrain de la protection constitutionnelle des droits et libertés – nous prenons volontairement cet exemple, car la jurisprudence constitutionnelle est particulièrement développée, le Conseil constitutionnel incarne le mieux la logique *abstraite* et surtout, ce choix ne décrédibilise pas notre propos en raison de la convergence matérielle entre les droits et libertés constitutionnels ainsi que conventionnels. En effet, l'introduction de la Question Prioritaire de Constitutionnalité dans le contentieux constitutionnel français entendait modifier les méthodes de contrôle du juge constitutionnel. Elle était précisément envisagée comme voulant donner une nouvelle texture, plus *concrète*, au contrôle du juge constitutionnel pour assurer une protection plus sincère des droits fondamentaux[1061], mais aussi pour modifier les rapports juridictionnels[1062]. Comme si *l'abstrait* n'était pas suffisant pour assurer une protection juridictionnelle efficace. Cela se trouve traduit explicitement dans les conditions de renvoi et de transmission d'une QPC, fixées surtout à l'article 23-2 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 qui dispose que la disposition contestée dans le cadre d'une QPC doit être « *applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites* » ; ce qui est sûrement la manifestation la plus éblouissante de la préférence pour le *concret* qui animait la QPC. D'ailleurs, des auteurs, à raison, n'hésitaient pas à affirmer qu'avec elle « *c'est le rapport aux faits qui pourrait muter et affecter l'enseignement du droit constitutionnel (…) le contentieux de la QPC implique de partir des faits et non plus des concepts, comme traditionnellement* » [1063]. Pour autant, tout ceci sera brouillé, du moins au départ, par les différentes juridictions impliquées[1064] encore trop réticentes à un contrôle *concret* – ainsi pour des questions de souveraineté juridictionnelle –, faisant de ce mécanisme un « *contrôle a priori bis* »[1065]. Et il en résulte des conséquences palpables, car comme nous avons pu le dire, si la frontière n'est pas si stricte, la plus grande souplesse induite par *l'abstrait* conduit souvent à ne pas toujours bien appréhender des violations, et à ne pas toujours trouver de signification stable et effective des droits fondamentaux, surtout si ce contrôle est utilisé de manière exclusive. En d'autres mots et conformément à nos précédents développements, le contrôle *abstrait* de proportionnalité peut être dangereux pour la protection des droits[1066], et il s'acclimate très mal avec l'esprit même de la méthode de proportionnalité. Nous en avons un exemple avec les dissensions sur des thèmes communs entre un

[1057] CJCE, 5 décembre 2006, *Federico Cipolla c. Rosaria Portolese, épouse Fazari et Stefano Macrino et Claudia Capoparte c. Roberto Meloni*, n° C-94/04 et C-202/04, § 70.
[1058] CJUE, 3 juin 2010, *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd et Ladbrokes International Ltd c. Stichting de Nationale Sporttotalisator*, aff. C-258/08, Rec. p. I-04757, §§ 39 et s.
[1059] Conclusions de l'avocat général Bot présentées le 17 décembre 2009, *Sporting Exchange Ltd contre Minister van Justitie,* Demande de décision préjudicielle : Raad van State - Pays-Bas, § 105.
[1060] *Ibid*., § 106.
[1061] C. Cerda-Guzman, « Une recodification des droits fondamentaux pour un nouveau contrôle de constitutionnalité ? », *op. cit*., p. 7.
[1062] *Voy*. W. Mastor, « La QPC au cœur du dialogue – conflit ? – des juges », *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit*., pp. 143-152.
[1063] X. Bioy, « La nouvelle appréhension de l'enseignement du droit constitutionnel », in X. Bioy, X. Magnon, W. Mastor et S. Mouton (dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 74-75.
[1064] X. Magnon, « La QPC est-elle une question préjudicielle ? », *AJDA*, 2015, n° 5, pp. 254-259, spéc. pp. 258-259.
[1065] X. Magnon, « La QPC, beaucoup de bruit pour quoi ? », *AJDA*, 2010, p. 1673.
[1066] J. Andriantsimbazovina, « La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme », les *NCCC*, n° 32, juillet 2011, disponible en ligne : l'auteur développe une dernière partie sur « *les libertés abstraites et les libertés concrètes* » comme le fruit d'une différence d'appréciation et en tire des conclusions qui postulent pour une certaine convergence dans la protection.

contrôle *concret* (fait par la CEDH) et un contrôle *abstrait* (fait par le Conseil constitutionnel)[1067] poursuivant pourtant les mêmes finalités, c'est-à-dire la protection « *des mêmes droits* »[1068].

188. Pour bien appréhender cela, nous examinerons le contentieux constitutionnel relatif aux discriminations[1069]. Dans celui-ci, l'usage récurrent d'un contrôle *abstrait* a conduit à ce que « *le Conseil, en l'espèce, conforte davantage le gouvernement qu'il ne le contrôle* »[1070]. En l'occurrence, dans l'affaire *Mlle Fazia C.*, la question posée au juge était de savoir si le fait pour le législateur d'avoir maintenu un régime de preuve beaucoup plus contraignant pour les enfants étrangers de mère française nés hors mariage violait le principe d'égalité. Selon le juge constitutionnel, « *la différence de traitement qui résulte de la succession de deux régimes juridiques dans le temps n'est pas, en elle-même, contraire au principe d'égalité* »[1071]. La formule « *en elle-même* » démontre tous les problèmes que peut susciter une démarche uniquement orientée vers *l'abstrait*, c'est-à-dire vers la généralité et les mots de l'auteur de la norme. En réalité, cette formule constitue un bouclier justificatif par lequel le Conseil constitutionnel admet que de manière très abstraite le législateur n'a pas entendu, contrairement aux allégations des requérants, discriminer les enfants étrangers de mère française nés hors mariage. Autrement dit, quand bien même les requérants font état d'une violation tout à fait caractérisée de droits et libertés, selon le juge, ce n'est pas dans la loi, appréhendée de façon absolutiste et monopolistique, que nous pouvons trouver ce motif qui susciterait naturellement son invalidité. Le juge constitutionnel protège heuristiquement la norme législative. Dans le même temps, au-delà de l'autolimitation du juge constitutionnel, ce contrôle favorise la transformation de la question de constitutionnalité. En effet, avec lui, le juge peut délibérément refuser de considérer tel ou tel motif avancé par les requérants, pour finalement lui substituer un autre motif sans que cela apparaisse comme totalement incongru. Et c'est précisément ce qu'il fait dans cette affaire ! Comme il le dit très clairement : « *la différence de traitement qui demeure entre les enfants selon qu'ils sont nés en ou hors mariage ne porte pas sur le lien de filiation, mais sur les effets de ce lien sur la nationalité ; qu'elle présente un caractère résiduel* »[1072]. Le Conseil constitutionnel estime donc que le législateur n'a pas voulu discriminer les enfants nés hors mariage, il a plus précisément fait une différence de traitement entre enfants majeurs et enfants mineurs, car « *les effets de (la filiation) sur la nationalité* » sont différents lorsque la filiation est établie pendant ou après la minorité. En somme, « *un motif neutre de différentiation – minorité/majorité –, conforme au principe constitutionnel d'égalité, est substitué à celui discriminatoire – nés en ou hors mariage. D'où la conclusion assez étonnante du juge selon laquelle la différence de traitement entre les enfants nés en ou hors mariage "présente un caractère résiduel"* »[1073].

189. Au final, nous remarquons qu'un tel mode de raisonnement – à usage unique – ne convient pas nécessairement aux droits fondamentaux, à leur protection[1074], mais surtout peut devenir un outil liberticide. Avec lui, il peut arriver au juge constitutionnel, pour reprendre une formule désormais devenue célèbre, de « *filtrer le moustique et de laisser passer le chameau* »[1075]. De même, il n'y a quasiment aucune mise en balance avec lui, presque aucun dialogisme, voire aucune appréciation réelle des effets de la mesure. Les effets restent hypothétiques et le contenu de la norme reste également supposé, alors que les droits fondamentaux commandent, voire tendent à s'établir selon le cas. Dès lors, il est certain que l'effectivité de ces droits est largement altérée ce qui conduit, mécaniquement, à faire ressembler de plus en plus à des pétitions de principe. Comme le résument bien des auteurs, le contrôle que nous venons de présenter « *s'offre à la critique, car en contrôlant principalement la loi "en elle-même" et insuffisamment dans son contexte factuel et juridique, le Conseil constitutionnel réduit l'effectivité des droits et libertés constitutionnels* »[1076]. Ce qui peut d'ailleurs apparaître paradoxal quand nous savons que la voie contentieuse de la QPC a été précisément ouverte pour assurer l'inverse.

[1067] *Voy*. V. Champeil-Desplats, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés ? », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°9, 2011, pp. 11-22, spéc. pp. 19-20 : un exemple est donné en matière d'hospitalisation d'office.
[1068] *Voy*. F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et la Convention européenne des droits de l'Homme », *Gaz. Pal.*, 10 juin 2007, n°161, p. 11 : il affirmait la conception unitaire des droits fondamentaux, c'est-à-dire que « *le Conseil constitutionnel et la Cour européenne protègent en fait les mêmes droits* ».
[1069] CC, 21 octobre 2011, décision n° 2011-186/187/188/189 QPC, *Mlle Fazia C. et autres* (Effets sur la nationalité de la réforme de la filiation).
[1070] P. Rrapi, « Le "contrôle abstrait" de constitutionalité comme obstacle à l'identification des discriminations », *La Revue des droits de l'homme, op. cit*.
[1071] CC, 21 octobre 2011, *Mlle Fazia C. et autres*, *op. cit.,* cons. 6.
[1072] *Ibid*.
[1073] P. Rrapi, « Le "contrôle abstrait" de constitutionalité comme obstacle à l'identification des discriminations », *op. cit.*
[1074] P. Wachsmann, « L'oracle des libertés ne parle qu'une seule fois », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, disponible en ligne.
[1075] J. Rivero, « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1981 », *AJDA*, 1981, p. 275.
[1076] D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2016, p. 314.

190. De telles conclusions peuvent tout à fait être transposées dans notre contentieux. Introduire un étage *abstrait* préalable de proportionnalité c'est aller au-devant de grands problèmes d'ineffectivité des droits, alors même que l'architecture particulière développée dans l'arrêt *Gomez-Turri* doit tendre à l'inverse selon les propos mêmes de magistrats administratifs[1077]. Il faut donc éviter cette "prison" – pour reprendre les termes de A. Bretonneau[1078] – de fer qu'est le contrôle *abstrait* de conventionnalité des lois, car avec lui « *vous vous retrouveriez ensuite à juger que la loi est inconventionnelle pour l'ensemble, quand bien même ce serait par l'effet des circonstances exceptionnelles que la Cour aurait été amenée à la disqualifier* »[1079]. C'est le contrôle *concret* de proportionnalité qui est la « *technique avérée de conciliation des droits et libertés* »[1080], mais également, il est clair que la spécificité méthodologique et axiomatique du contrôle de proportionnalité ne s'exprime pleinement que dans un cas concret et compte tenu de circonstances précises. Une parenté intime unit la proportionnalité à la casuistique, et la fondamentalité à la casuistique. Effectivement, « *le contexte de l'espèce offre un cadre adapté afin d'estimer si, dans la situation particulière, une mesure moins contraignante aurait ou non suffi (…). Un contrôle abstrait (…) rend (le test) plus difficile à réaliser* »[1081]. Au bout du compte, l'abstraction du contrôle de conventionnalité oblige à repenser et amender le contrôle de proportionnalité en l'envisageant de manière plus globale. A-t-il toujours quelque chose à voir avec la logique et la méthode du contrôle de proportionnalité ? Cela est moins certain. Par conséquent, nous pouvons manifester nos doutes sur l'intérêt d'introduire un niveau *abstrait* distinct formellement du niveau *concret*, ainsi que l'intérêt de lui faire produire des conséquences précises qui, *per se*, peuvent déboucher à des incongruités et des antilogies avec l'objet, l'esprit et la méthode qu'il est censé véhiculer. Un tel apport est manifestement contre-productif surtout lorsque nous nous plaçons du point de vue de la protection et de l'effectivité des droits fondamentaux. Mais l'incompréhension persiste à partir du moment où nous appréhendons la nature propre du contrôle de conventionnalité des lois en France, « *puisqu'il porte sur une dimension qui n'a pas été vérifiée par le Conseil constitutionnel, celle de l'application de la loi dans le litige* »[1082].

B) L'antilogie de la logique abstraite avec la nature du contrôle de conventionnalité français

191. La dissociation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois en France. – « *Nul ne peut plus contester que (…) le contrôle de conformité de la loi aux traités que le juge du fond a pris l'habitude d'opérer ressemble à s'y méprendre à un contrôle (…) de la constitutionnalité des lois : si monopole il y avait, il ne serait dès lors que formel* »[1083]. Cette citation est tout à fait intéressante – *a fortiori* avec l'architecture singulière de l'arrêt *Gomez-Turri* –, elle atteste de tous les paradoxes qui existent dans le contrôle de conventionnalité des lois opéré par les juges du fond. Pourtant, nul doute que le contrôle de conventionnalité, tel qu'il a été développé en France par les juridictions, tend à adopter une logique particulière qui le distingue du contrôle de constitutionnalité des lois. Nous pourrions aborder la question de savoir s'il y a une véritable différence de nature entre ces deux types de contrôle, pour autant cela nous ferait rentrer dans des considérations qui ne sont pas nécessairement adaptées à notre travail. D'autant qu'un certain nombre d'auteurs a déjà abordé la question[1084]. C'est pourquoi nous nous contenterons d'étudier cette différence à travers la lecture qui en est faite par le Conseil constitutionnel, lecture qui a conditionné tout le développement du contrôle de conventionnalité des lois en France. Ainsi, la raison avancée par le Conseil constitutionnel dans la décision *IVG* pour refuser d'assimiler l'inconventionnalité d'une loi à son inconstitutionnalité, et donc pour décliner sa compétence, consistait dans la stigmatisation du « *caractère relatif et contingent* » de la conventionnalité, s'opposant au « *caractère absolu et définitif* » de la constitutionnalité. Il est clair que le type de normativité de la conventionnalité se distingue de celle de la constitutionnalité, du fait que cette première se caractérise par la condition de réciprocité, et donc par sa nature multilatérale, *a contrario* de cette seconde – mais est-ce

[1077] J.-M. Sauvé, « Le juge administratif et les droits fondamentaux - Premiers entretiens du contentieux », *op. cit.*
[1078] A. Bretonneau, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit.*, p. 747 : elle parle de « *prisonniers* ».
[1079] *Ibid.*
[1080] D. Symczak, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in L. Potvin-Solis (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 44.
[1081] E. Dubout, « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP*, 2013/1, p. 130.
[1082] P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *op. cit.,* p. 579.
[1083] P. Brunet, « Que reste-t-il de la volonté générale ? : Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, pp. 5-19, spéc. p. 11.
[1084] *Voy.* S. Platon, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français, op. cit.,* pp. 367-402 ; J. Andriantsimbazovina, « L'enrichissement mutuel des droits fondamentaux en Europe au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ? », *op. cit.*, p. 134.

suffisant pour justifier les termes de la solution ? [1085]. Dès lors, selon lui, le contrôle de conventionnalité des lois doit être « *infligé* »[1086] aux juges du fond en raison d'une différence de nature qui n'est pas compatible avec la mission qui lui est dévolue par le texte constitutionnel. En effet, le juge constitutionnel a été principalement institué pour être "*juge de la Loi*", ce qui implique le contrôle de son élaboration, de son contenu général ainsi que « *le caractère absolu et définitif* » des décisions prises. Tandis que les juges ordinaires ont été institués pour être "*juges de son application*", ce qui implique le contrôle de sa mise en œuvre ainsi que des décisions marquées par la relativité et la contingence. Nous voyons donc que, d'une certaine façon, la nature particulière de la conventionnalité s'accommode parfaitement avec leur office et leurs prérogatives.

192. Derrière ces développements, nous identifions en réalité les conséquences de la fameuse distinction entre le contrôle de la *validité* et le contrôle de l'*applicabilité* de la norme contrôlée[1087]. Autrement dit, le contrôle de constitutionnalité des lois aurait été agencé, *ab initio*, pour n'avoir qu'un seul objet, c'est-à-dire la *validité* de la loi, alors que le contrôle de conventionnalité n'aurait quant lui que l'*applicabilité* de la loi au litige comme objet[1088]. Cette lecture correspond d'ailleurs à celle des effets respectifs des contrôles : disparition de la norme pour le contrôle de constitutionnalité, mise à l'écart de son application pour le contrôle de conventionnalité. Ces quelques éléments ne sont pas anodins, ils témoignent aussi de la préférence pour un type de raisonnement juridictionnel. En effet, il est certain que la question de la *validité*, qui gravite donc autour du contrôle de constitutionnalité des lois, importe un raisonnement marqué par l'abstraction. Un lien s'établit clairement entre les deux en raison d'une lecture très normativiste de la question de la *validité* d'une règle de droit. Ici, la *validité* est appréhendée comme une donnée fondamentale, précisément elle est vue comme « *le mode d'existence spécifique des normes* »[1089]. En d'autres termes, elle est une propriété constitutive de la norme juridique de sorte que s'il existe une norme juridique, elle est forcément valide. Une tautologie en résulte pour sûr : une norme est nécessairement valide, sinon il n'y a pas de norme. Mais « *une norme n'est pas valable parce qu'elle a un certain contenu (…) elle est valable parce qu'elle est créée d'une certaine façon* », c'est-à-dire conformément à une norme supérieure qui est elle-même produite de façon conforme, de près ou de loin, avec la norme fondamentale[1090]. Finalement, ce qui est essentiel dans cette lecture théorique de la matière juridique, c'est le respect de la procédure de production ainsi que l'organisation hiérarchisée de l'ordre juridique[1091]. Toutefois, selon les normativistes, d'autres exigences peuvent s'ajouter aux conditions de validité, en effet, O. Pfersmann affirme qu'il peut exister des conditions dites de « *conformité* »[1092]. Dès lors, une loi pourra être valable, car édictée conformément aux règles de production prévues, mais non conforme à d'autres règles instituées par le système qui ne se rattachent pas à son édiction. La notion de *conformité* se place alors après l'existence de la norme.

193. Au final, force est de noter que cette lecture de la notion de *validité*, qui anime le contrôle de constitutionnalité, implique de porter un jugement sur une norme prise uniquement en elle-même, en globalité et abstraitement, en la confrontant, sans médiation, à une norme hiérarchiquement supérieure. Toute l'appréhension de la *validité* de la norme se fait donc indépendamment de considérations spécifiques, le raisonnement est *normocentrique* en ce sens que ce qui compte dans ce contrôle ce n'est que les normes, rien que les normes et toujours les normes, et non pas leur application dans des circonstances particulières. L'élément factuel, du moins celui du litige principal, est en principe exclu. En effet, avec ce schéma, seule

[1085] *Voy*. O. Cayla, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *op. cit.* : « *Quand on se penche en effet de près sur les termes employés dans le texte de la décision IVG, on peut déplorer que le juge y ait opposé le "caractère absolu et définitif" des "décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution", au "caractère à la fois relatif et contingent" de la "supériorité des traités sur les lois dont le principe est posé à l'article 55". Car on ne voit guère ce que le principe constitutionnel de supériorité du traité sur la loi posée par l'article 55 peut bien avoir de plus "relatif et contingent" ou de moins "absolu et définitif" que le principe constitutionnel de supériorité de la Constitution sur la loi dont l'article 61 permet la sanction en confiant au Conseil constitutionnel la tâche d'infliger celle-ci au législateur contrevenant. L'un comme l'autre de ces deux principes sont également des principes constitutionnels et ils présentent donc l'un et l'autre exactement le même degré de constitutionnalité, c'est-à-dire le même caractère "absolu et définitif". Car ce qui est certes relatif et contingent, c'est le traité lui-même, c'est-à-dire la conventionnalité, en tant que genre de norme non unilatérale, mais ce n'est absolument pas le principe constitutionnel de sa supériorité sur la loi qui, quant à lui, est une norme constitutionnelle, c'est-à-dire une norme unilatérale* ».
[1086] *Ibid*., p. 265.
[1087] *Voy*. X. Dupré de Boulois, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'Homme », *op. cit*., pp. 6-8.
[1088] Conclusions de M. Laroque sur l'arrêt CE Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tabacco Products et SA Philip Morris France*, n° 87753, Rec. Leb., p. 78 : « *vous n'avez pas dans votre décision Nicolo posé le principe d'un contrôle de légalité du juge sur la loi, qui pourrait aboutir à une censure de celle-ci. Vous avez en réalité révisé ou rétabli la hiérarchie des normes juridiques, conformément à l'article 55 de la Constitution, en faisant prévaloir en cas de discordance entre une norme internationale et une norme nationale fût-elle législative, la norme internationale, en excluant le facteur temps. Ceci vous conduit non pas à vous prononcer sur la validité d'une loi postérieure à un traité international, mais sur son opposabilité ou son applicabilité à une situation donnée* » (souligné par nous).
[1089] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit*., p. 18.
[1090] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit*., pp. 197-198 (pour la citation) et pp. 194-196 (pour la question de la norme fondamentale).
[1091] *Voy*. P. Amselek, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de L. Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 983-1014.
[1092] *Voy*. L. Favoreu, P. Gaïa, O. Pfersmann et autres, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 19e édition, 2016, § 89, pp. 74-75.

une norme est *a priori* susceptible de mettre fin à la validité d'une autre norme. Si la loi est abrogée, ce n'est que parce qu'une tierce norme, d'un niveau hiérarchique spécifique, met fin à son existence juridique. De même, si un acte juridique précis devient caduc, c'est parce qu'il perd l'un de ses éléments de validité. L'invalidité se fonde sur l'acte lui-même. Il est donc logique qu'un contrôle marqué par *l'abstraction* s'enracine dans ce contentieux[1093]. Puis, comme nous avons pu le dire auparavant, il est également normal que des effets spécifiques soient attachés aux conclusions du juge constitutionnel. Finalement, l'effet *erga omnes* de ses décisions, les pouvoirs d'abrogation et d'annulation du juge illustrent bien que le contrôle de constitutionnalité des lois a pour objet l'examen de la *validité-abstraite/validité-objective* de la norme qui lui est déférée, c'est-à-dire la loi en elle-même, dans son entièreté et dans son existence. Ainsi, si cette norme n'est pas valide en elle-même, alors elle n'existe pas théoriquement, mais elle doit disparaître totalement dans la pratique. C'est pour cela que, par exemple, la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil n'est pas réservée à l'instance qui a donné lieu à la QPC. Le principe posé par l'article 62 de la Constitution est bien *l'abrogation* de la disposition législative. De surcroît, ce n'est que si le Conseil constitutionnel en décide ainsi que l'abrogation de la disposition législative bénéficie à l'auteur de la QPC[1094]. Nous voyons alors que « *la finalité principale (de ce contrôle de constitutionnalité des lois) est la disparition de l'ordonnancement juridique, avec pour "effet secondaire" que le juge du litige doit en écarter l'application si le Conseil constitutionnel l'admet* »[1095]. Finalement, la préservation des droits du requérant n'est qu'une conséquence collatérale du contrôle de constitutionnalité des lois[1096], et elle n'est pas son but premier. Il vise prioritairement à « *assurer la cohérence matérielle et formelle du système juridique, par rapport aux paramètres fixés par les normes constitutionnelles et seulement par conséquence à assurer la protection des droits et libertés* »[1097]. Des évolutions sont certainement notables sur ce terrain, mais elles ne se font pas sans mal. L'introduction d'une logique de contrôle *concret*, adaptée aux droits fondamentaux, dans le contentieux constitutionnel vient créer des ambiguïtés dans une matière dont la nature même privilégie la question de la *validité-abstraite*[1098].

194. *A contrario*, pour le contrôle de conventionnalité des lois, le juge se bornerait à déterminer la norme applicable dans le litige sans apprécier la *validité* de la norme qu'il écarte – il contrôle d'une certaine façon la "*validité*" de son application. La question serait moins celle de juger la régularité, en elle-même et abstraitement, des règles de droit interne à la Convention que de savoir si une mesure appliquée *in specie* au requérant est compatible ou non avec les droits qu'elle garantit[1099]. La *validité* juridique de la mesure contestée ou de la norme nationale lui ayant servi de fondement n'est dès lors pas remise en cause. Dans ce cas, il apparaît logique que le contrôle soit *concret* puisque ce dernier tend à se structurer sur le litige, sur les faits de l'espèce qui vont être des indices plus ou moins déterminants du sens de la conclusion juridictionnelle[1100]. En fin de compte, ce qui est envisagé c'est une dimension spécifique de la loi, c'est-à-dire son sens *concret* et sa régularité *concrète/pratique*, et non pas sa *validité*, toujours appréhendée de façon *abstraite* et *générale*. C'est d'ailleurs pourquoi, d'un point de vue procédural, « *le contrôle de conventionnalité est un contrôle qui s'exerce par voie d'exception à l'initiative d'un justiciable qui conteste devant un juge l'application qui lui est faite d'une loi en soutenant que celle-ci est incompatible avec une convention internationale* »[1101]. Par conséquent, dans l'arrêt *Marckx c. Belgique*, la Cour de Strasbourg souligne, en des termes très limpides, que « *si sa décision produira (...) fatalement des effets débordant les limites du cas d'espèce (...) elle ne saurait annuler ou abroger par elle-même les dispositions litigieuses* »[1102]. Si cela explique, d'une part, le rôle de la CEDH vis-à-vis des États membres, cette citation tente de

[1093] *Ibid.*, § 299, p. 263 : « *Le contrôle de constitutionnalité selon le modèle kelsénien, implique en effet une confrontation entre normes générales, l'une constitutionnelle, l'autre législative, le juge statuant sur la loi en elle-même et non sur son application dans un litige particulier* ».
[1094] CC, 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau [Imposition due par une société agricole]*, décision n° 2010-52 QPC, cons. 9 : la présente déclaration d'inconstitutionnalité n'est pas « *applicable* » aux instances en cours, elle « *peut être invoquée* ».
[1095] E. Geffray, « QPC : De l'office du juge de cassation après une décision d'inconstitutionnalité : contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité appliqués à la cristallisation des pensions », Concl. Sur CE, Ass., 13 mai 2011, *M'Rida*, Rec. Leb., 2012 et *RFDA*, 2011, p. 789.
[1096] M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, p. 65 : La justice constitutionnelle n'est pas exercée ici en vue de la protection des droits subjectifs des individus dans le cadre d'un procès ordinaire, mais dans le but de discipliner les organes de l'Etat et d'assurer un fonctionnement de l'Etat conforme aux principes posés par la Constitution.
[1097] G. Zagreblesky, « Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », *LPA*, n°126, 25 juin 2009, p. 12.
[1098] *Voy.* D. Fallon, « Le contrôle concret de constitutionnalité des lois », *communication au Xème congrès de l'AFDC*, Lille, Juin 2017, pp. 1-25, spéc. pp. 21-23, disponible en ligne.
[1099] *Voy.* V. Larribau-Terneyre, « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionalité in concreto appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », *JCPG*, n°3, 16 janvier 2017, pp. 77-81.
[1100] *Voy.* B. Pellegrini, « La portée structurante des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 153 : « *Contrairement au juge constitutionnel qui veille au respect des droits fondamentaux de manière abstraite et générale à la source de la loi, le juge de l'application de la loi doit dire le droit, concrètement, dans telle situation, tel litige, tel contexte, selon les exigences relatives de la situation pour faire œuvre de justice. Il doit pouvoir continuer d'y veiller dans le cas par cas de l'acte de juger, par la voie de la qualification et de l'interprétation jurisprudentielle de la norme* ».
[1101] O. Dutheillet de Lamothe, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », in *Mélanges en l'honneur de D. Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007, p. 10.
[1102] CEDH, *Marckx c. Belgique*, *op. cit.*, § 58.

démontrer, d'autre part, la différence de logique qui anime le contrôle de conventionnalité des lois, en ce que ce dernier qui tisse des liens étroits avec la *concrétude*. En définitive, dans ce schéma, un contrôle *abstrait* de conventionnalité des lois apparaîtrait comme un outil superfétatoire au contrôle de constitutionnalité des lois, mais surtout comme une aberration. Tandis qu'un contrôle *concret* de conventionnalité des lois, plus conforme à l'essence de ce dernier, deviendrait un complément efficace[1103], car il est limpide qu'une loi abstraitement constitutionnelle peut se révéler concrètement inconventionnelle[1104]. À partir de ces quelques mots, nous comprenons que l'introduction d'un étage *abstrait* préalable dans le mode de raisonnement du juge administratif, en matière de conventionnalité des lois, n'est pas tout à fait pertinent. Sa réprobation pure et simple semble être de mise, pourtant tel n'est pas le cas à la lecture des propos doctrinaux. Mais pourquoi donc ?

195. Une parcellisation contestée des tâches. – Parce que la pratique du contentieux de la conventionnalité des lois a tendu à établir une conclusion différente. Nous sommes, en réalité, habitués depuis 1989 – au moins sur le plan du contentieux administratif – à l'exercice d'un contrôle de conventionnalité des lois qui est organisé d'une façon singulière. Effectivement, l'abstraction du raisonnement juridictionnel serait privilégiée, elle deviendrait même la règle[1105]. Et cela pour au moins deux raisons interdépendantes. *Primo*, la limite entre la *validité* et l'*applicabilité* est souvent ténue – sur le terrain de l'essence de ces notions moins que celui des effets – ce qui conduit régulièrement à des confusions sur le terrain de la conventionnalité *lato sensu*[1106]. La doctrine comme les magistrats ont tendance à voir partout une question de *validité* – notre objectif n'est pas de critiquer cette notion, mais plutôt son extension. À titre d'exemple, P. Frydman affirmait, dans ses conclusions sur l'arrêt *Nicolo*, qui « *si le juge écarte l'application de la loi, c'est bien, en définitive, et, quels que soient les méandres du raisonnement suivi, parce qu'il considère que celle-ci ne saurait trouver application du fait même de sa contrariété au traité. Il est donc à tout le moins difficile de ne pas voir dans une telle démarche un contrôle exercé sur la validité de la loi* »[1107]. De même, R. Abraham alléguait que « *lorsque deux normes ont un même objet et disent le contraire, ne pas appliquer la plus récente, c'est nécessairement la tenir pour nulle* »[1108]. Il est vrai que la frontière n'est pas toujours étanche, ni vraiment très claire. D'ailleurs les principaux commentateurs de la question de la conventionnalité, en voulant légitimer ce rôle de juge de la *validité bis*, ont souvent eu du mal à trouver les mots pour expliciter une ligne de partage. En effet, à propos du double contrôle de conventionnalité des lois, N. Boulois affirmait qu'il existe « *un contrôle de validité de la loi qui n'est qu'un moyen pour se prononcer sur l'applicabilité de la loi (contrôle concret) et un contrôle dont l'objet même est la validité de la loi (contrôle abstrait)* »[1109]. Finalement, de par la complexité à appréhender précisément la teneur de ces termes et de par la diversité que suscite le vocable unique « *contrôle de conventionnalité* »[1110], des rapprochements avec le contrôle de constitutionnalité des lois ont été vite opérés, donnant, par là même, une autre dimension au contrôle de conventionnalité des lois. Assurément, dès l'arrêt *Nicolo*, nous nous rendons compte que le juge administratif a introduit l'esprit et la méthode du juge constitutionnel – il suffit de voir la faiblesse des faits de l'espèce pour le comprendre et la brièveté de la rédaction qui caractérisait déjà ses arrêts. En d'autres termes, il tente de marcher sur les plates-bandes de l'action du juge constitutionnel, même s'il ne dispose pas des mêmes moyens d'action – qui se rapprochent pour le coup de ce que peuvent faire, en contenu comme en intensité, les juges américains pour la protection du texte constitutionnel. Pour autant, l'impact de telles modalités de contrôle et d'une telle logique de contrôle a conduit à des conséquences puissantes, au moins intellectuellement. Matériellement parlant, le juge ordinaire ne se distingue plus forcément, dans sa manière de contrôler sur le terrain de la conventionnalité, du contrôle de constitutionnalité des lois opéré par le Conseil

[1103] X. Magnon, « Le réflexe constitutionnel au service du réflexe conventionnel ? Quelle place pour la conventionnalité face au contrôle de constitutionnalité a posteriori ? », in *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, *op. cit.*, pp. 167-188, spéc. pp. 182-185.
[1104] A. Panagopoulos *Modèle américain ou modèle européen de justice constitutionnelle ? Etude comparative à travers le cas hellénique*, *op. cit.*, p. 84 : « *Les avantages du contrôle concret face au contrôle abstrait sont incontestables. Tout d'abord, le juge peut prendre en considération l'application de la loi qui ne peut pas être prévue d'avance et découvrir des (incompatibilités) qui ne sont pas visibles de prime abord. Ensuite, le juge peut juger les problèmes des individus "en chair et en os" et non pas des textes froids* ».
[1105] D. Botteghi et A. Lallet, « De l'art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité », *op. cit*., p. 2418.
[1106] *Voy*. X. Dupré de Boulois, « Exception d'inconventionnalité des règlements administratifs : la Cour de cassation persiste et signe », *RFDA* 2008, p. 504 : « *Enfin, l'affirmation selon laquelle le contrôle de conventionnalité par voie d'exception ne serait pas un contrôle de validité ne correspond pas à la réalité de la jurisprudence administrative. Quid par exemple de l'arrêt Alitalia qui a posé l'obligation d'abrogation des règlements illégaux et qui mettait en cause l'incompatibilité d'un décret avec les objectifs d'une directive ? Quid également de la mention récurrente de la part du juge administratif de l'illégalité de l'acte réglementaire contrôlé par voie d'exception au regard d'une norme internationale ? Le rapport de compatibilité entre un acte administratif et une norme internationale, tout autant que le rapport de conformité ou de non-contrariété, se situe donc bien sur le terrain de l'appréciation de la validité d'une norme au regard d'une autre norme* » (souligné par nous).
[1107] Cité par A. Pellet et A. Miron, *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz, Paris, 1ère édition, 2015, p. 173.
[1108] R. Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette, Paris, 1989, p. 116.
[1109] N. Boulois, « La double notion d'"inconventionnalité" de la loi », *op. cit*., p. 124.
[1110] X. Dupré de Boulois, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'Homme », *op. cit*., p. 1.

constitutionnel[1111]. Certains auteurs ont dès lors noté que « *le mécanisme intellectuel par lequel on parvient à ce résultat (inconventionnalité) ne diffère pas de celui dont use le Conseil Constitutionnel : il s'agit de juger la loi, de statuer objectivement sur sa conformité à la règle supérieure, dire sa licéité* »[1112]. Le contrôle de conventionnalité des lois a muté, il se distingue progressivement de son rôle originel au point de faire de ce mécanisme la seule façon d'appréhender réellement la conventionnalité. Nous pourrions également trouver des facteurs explicatifs de ce choix dans l'histoire de la justice administrative qui a toujours été mêlée de près ou de loin avec les considérations inhérentes au contrôle de constitutionnalité du fait de la délégation du rôle de juge constitutionnel des actes administratifs à la justice administrative – *a fortiori* aujourd'hui avec son rôle (nous visons surtout ici le Conseil d'État) de « *juge constitutionnel partiel* » des lois[1113]. Au total, nous pouvons dire que la *validité* apparaît comme une notion intrusive. Elle serait partout et nulle part à la fois.

196. *Secundo*, cette extension s'explique surtout par les fondements du paradigme normativiste. Effectivement, comme nous avons pu l'entrevoir jusqu'à présent, il y a une véritable phobie positiviste de l'invalidité des normes qui conduit à faire d'elle la notion cardinale de la vie juridique, et au moins de l'action juridictionnelle[1114]. Mais c'est bien la puissante présence de ce paradigme en France[1115] qui a conduit à sa diffusion soutenue dans tous les prétoires et notamment dans celui du juge administratif. En effet, il est clair que le droit français a donné ses lettres de noblesse au modèle kelsénien de justice constitutionnelle[1116]. Un tel mouvement n'est pas anecdotique puisqu'il a permis de faire du juge constitutionnel la figure de proue de l'activité juridique[1117]. Ainsi, la structuration générale de celui-ci et sa prise de puissance corrélative ont participé à introduire de façon intensive ses vues dans le monde juridique[1118]. Le paradigme s'est démocratisé, la phobie subséquente aussi, tout en faisant du Conseil constitutionnel la référence parfaite en termes de contrôle. Donc, s'il se déleste d'un tel contrôle de *régularité*, il était normal pour les juges de développer ce type de revendication dans leur domaine de compétence. À plus forte raison que contrôle de conventionnalité des lois se caractérise par sa proximité, en raison des objets utilisés et contrôlés[1119], avec le contrôle de constitutionnalité des lois. C'est bien la force de cette phobie en France qui a conduit à renforcer le changement, *in utero*, de la teneur du contrôle de conventionnalité des lois[1120], et à lui donner une acception qui apparaît comme la plus *normale* sans pourtant être la plus naturelle[1121]. Cependant, tout cela n'est pas de nature à valider totalement le tournant "*abstrait*" du contrôle de conventionnalité développé dans l'arrêt *Gomez-Turri* dès lors que le Conseil d'État avait fait le plus dur, c'est-à-dire introduire un étage *concret*. Il avait enfin pris ses distances avec cette lecture caricaturale de la mission qui lui était dévolue ainsi que de la teneur de la *validité normative*. Il est donc difficile de comprendre la logique de son action, de prime abord. D'autant plus qu'une inconventionnalité *abstraite* est déjà faussée à la base, puisque s'inspirant directement du sens de la loi issue de l'application pour déterminer sa compatibilité. Néanmoins, une chose claire résulte de notre analyse : le contrôle de conventionnalité des lois en France se singularise originellement du contrôle de constitutionnalité des lois.

[1111] J. Andriantsimbazovina, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ? », *RFDA* 2002, p. 131 : « *Sous l'angle formel, on ne peut qu'admettre la distinction conventionnalité - constitutionnalité. Du point de vue substantiel de protection des droits fondamentaux, il est artificiel de séparer les deux contrôles. Matériellement et notamment en matière de protection des droits fondamentaux, même la distinction s'estompe. En cas d'identité ou de similitude des normes internationales, européennes et constitutionnelles de référence du contrôle, le juge exerce un contrôle à la lisière de la conventionnalité et de la constitutionnalité. L'on a même souligné que le contrôlee de conventionnalié constitue un contrôle de constitutionnalité indirecte* ».

[1112] D. de Béchillon, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la constitution) », *RFDA*, 1998, p. 225.

[1113] A. Roblot-Troizier, « le Conseil d'État et la Cour de cassation », les *NCCC*, n° 40, juin 2013, disponible en ligne.

[1114] D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 16-17 : « *Dès lors que la validité juridique d'une règle dépend de son rapport de correspondance avec le degré supérieur de l'ordre juridique, il est d'une nécessité que soit contrôlée, à chaque échelon, l'existence de ce rapport de correspondance et d'imputation* ».

[1115] Nous en avons une illustration avec cette lecture caricaturale de la portée normative d'une règle de droit : CC, 28 février 2012, décision n° 2012-647 DC, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, cons. 6 ; R. Ferré « L'influence du normativisme sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *IXe congrès de droit constitutionnel*, Lyon 2014, pp. 1-11, disponible en ligne.

[1116] L. Favoreu et autres, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2010, n°288, p. 246 : « *la France et son système de contrôle exclusivement abstrait qui se rapprochent le plus du schéma kelsénien* » cité par A. Panagopoulos *Modèle américain ou modèle européen de justice constitutionnelle ?*, *op. cit.*, p. 31.

[1117] *Voy*. L. Favoreu, « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, pp. 5-120 ; Dans une autre mesure : P. Martens, « Sur le juge constitutionnel », *RFDC*, n°53, Janvier-mars 2003, pp. 3-16.

[1118] *Voy*. L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges en hommage à R. Drago*, Économica, Paris, 1996, pp. 25-42.

[1119] *Voy*. D. De Béchillon, « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de L. Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 109-129, spéc. pp. 113-115 ; C. Grewe, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité : à la recherche d'une frontière introuvable », *RFDC* 2014, n° 100, p. 961-970, spéc. pp. 967-970.

[1120] *Voy*. D. Botteghi et A. Lallet, « De l'art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité », *op. cit.* : « *Dans le premier (abstrait), la loi française sera jugée contraire à une norme conventionnelle au terme d'un contrôle abstrait ; elle sera donc écartée pour invalidité. Dans le second (concret), la loi française sera également écartée, mais en étant considérée comme inapplicable au cas d'espèce* ».

[1121] P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *op. cit.,* p. 579 : « *il est possible de se demander quel contrôle dénature le plus l'office du juge judiciaire ou administratif : celui par lequel, depuis plusieurs décennies, il condamne les vues générales du législateur ou celui par lequel, depuis quelques années, il en conteste une application particulière* ».

197. L'impropriété d'un étage abstrait dans le contrôle de conventionnalité des lois. – Au bout du compte, cet étage *abstrait* prioritaire n'apparaît pas comme fondamentalement pertinent dans cette thématique, malgré la plupart des commentaires qui s'indignent aujourd'hui sur la nature *concrète* adoptée par ce contrôle. C'est bien celui-ci qui est envisagé comme le mode naturel de raisonnement de juge de la conventionnalité des lois, et lui adjoindre une démarche *abstraite* indépendante n'est pas forcément pertinent. Ainsi, « *quel intérêt reste-t-il à exercer un contrôle de conventionnalité abstrait ?* »[1122]. Cette interrogation démontre, en réalité, la dimension stratégique que lui donne le juge afin de répondre à des exigences déterminées. Cela est limpide dès lors que nous analysons minutieusement le raisonnement déployé par le Conseil d'État dans cette affaire. En effet, il apparaît que ce contrôle *abstrait* préalable et distinct n'est que pure opportunité, et le restera dans la plupart des cas. Pour dire vrai, il n'est utilisé que pour cacher une certaine réalité et transformer le débat contentieux – ce dont il est réellement capable à la lumière de nos précédents développements. Comme un illusionniste qui utilise des mécanismes occultes pour obtenir l'émerveillement de la foule, le juge administratif voit dans le contrôle *abstrait* de conventionnalité des lois un outil parfait pour arriver à ses fins et relativiser les conséquences et la spécificité du contrôle *concret* de conventionnalité des lois. Ce qui, nous le comprenons bien, est tout à fait explosif dans notre contentieux.

§II - L'opportunité manifeste du contrôle abstrait de conventionnalité dans l'arrêt

198. La généralisation de ce contrôle *abstrait* préalable de conventionnalité des lois est paradoxale, surtout dans un environnement marqué par la concrétisation intensive du Droit. Elle n'est donc pas insignifiante, elle répond certainement à une volonté du juge administratif qu'il va pouvoir assouvir grâce aux spécificités du contrôle *abstrait* – comme si cette intervention n'était qu'homéostatique. Effectivement, comme nous avons pu le voir, le contrôle *abstrait* est un mécanisme relativement opportun en ce sens qu'il permet de détourner l'objet du litige et de faciliter l'obtention d'un résultat précis[1123]. Il introduit une certaine souplesse dans le raisonnement du juge et produit des effets psychologiques assez importants sur les acteurs de la vie juridique ; et c'est précisément ce que recherche le Conseil d'État. Au total, cette architecture exacerbe donc une véritable stratégie du juge administratif qui s'adonne, grâce à l'étage *abstrait*, à une lecture sophistique des éléments contrôlés afin de les protéger et de se protéger. Il entend effectivement minimiser certains effets supposés du contrôle *concret*[1124] et qui bouleverseraient une tradition encore prégnante : la tradition *légaliste* et *positiviste*[1125]. En d'autres mots, son introduction n'est que pure opportunité et met en exergue l'ambition du juge administratif de ménager la chèvre et le chou, c'est-à-dire d'éviter de donner le sentiment d'une violation trop frontale de la Loi (*A*), ainsi que faire droit aux revendications de la requérante sans éveiller les soupçons ; mais surtout, il est un moyen de légitimer la présence du contrôle de proportionnalité dans un contentieux transfrontalier (*B*). Nous pouvons admettre que cette étape prioritaire est conçue comme un bouclier par lequel le juge se défend des critiques, mais également comme une épée qui peut avoir des conséquences désastreuses sur le monde juridique.

A) L'usage détourné du contrôle, un élément au service du Juge administratif et de la Loi

199. La peur pantagruélique des effets du contrôle concret de proportionnalité sur l'œuvre législative. – « *Le juge crée véritablement une nouvelle norme, à partir de la confrontation et la pesée d'exigences générales dont il tire un équilibre particulier au cas d'espèces. Il n'interprète plus la loi, prémisse majeure du syllogisme juridique ; il crée cette majeure en déformant, remodelant ou écartant la règle selon les exigences des principes supérieurs* »[1126]. Avec ces quelques mots, nous comprenons que le contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois est appréhendé d'une façon telle qu'il entendrait bouleverser les œuvres législatives à partir de la conjugaison de cas concret et des droits fondamentaux. Le potentiel explosif des droits fondamentaux[1127] et de la démarche concrète a été le

[1122] P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité (…) », *op. cit.,* p. 578.
[1123] *Voy*. P. Rrapi, « Le "contrôle abstrait" de constitutionalité comme obstacle à l'identification des discriminations », *op. cit*.
[1124] A.-S. Brun-Wauthier et G. Vial, « Droits des personnes et de la famille : le nouveau visage de l'influence de la Cour EDH », *RDLF* 2017, chron. n°16, pp. 1-5, spéc. p. 3, disponible en ligne : pour les principaux commentateurs ce contrôle « *conduit à une remise en cause de l'arbitrage politique opéré par le législateur et, partant, à une atteinte à la séparation des pouvoirs. Ils craignent également l'aléa, voire l'arbitraire, de l'appréciation personnelle par le juge et, corrélativement, la mise en péril de la sécurité juridique* » (souligné par nous).
[1125] P. Deumier, « Le contrôle concret de conventionnalité (…) », *op. cit.,* p. 580
[1126] L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionalité : in concreto veritas ? », *op. cit*., p. 1403.
[1127] *Voy*. C. Jamin, « Les droits fondamentaux en mal d'enracinement », *D.* 2016, p. 2561.

cœur de nos précédents développements, nous n'y reviendrons donc pas en totalité. Mais ces éléments expliquent pourquoi l'introduction d'un tel contrôle dans une tradition juridique assez réticente à la concrétisation fait pâlir les acteurs et les observateurs juridiques qui ne le voient finalement que comme un mécanisme « *légicide* »[1128]. Il est certain que mal exploité, il est destructeur en ce qu'il conduirait à un véritable désordre juridique. Si ce point est réel, nous pensons qu'il est le plus souvent exagéré par les principaux commentateurs. Il ne s'agit pas d'abroger la loi, puisque sa disproportion n'apparaît que dans une situation particulière – même si des conclusions plus larges peuvent en être tirées –, mais son éviction localisée pèse lourdement sur sa vigueur et sur sa légitimité. De même, nous pouvons comprendre ces critiques par le fait que ce contrôle *concret* donne une apparence de « *casuistique* » qui fait peur dans un système romano-germanique où l'écrit et la prédétermination sont des éléments fondamentaux[1129]. Pour beaucoup, le contrôle *concret* de proportionnalité ne serait donc que le totem d'une « *redéfinition de la séparation des pouvoirs et le démantèlement du système juridique romaniste* »[1130]. Pourtant, il peut apparaître que le contrôle *concret* de conventionnalité de la loi demeure, dans ses potentialités, bien moins attentatoire aux prérogatives du Parlement que lorsqu'il s'exerce à l'occasion d'un contrôle *abstrait*[1131].

200. L'administration d'un antidote marqué par sa forme "abstraite" : une réponse aux critiques doctrinales. – S'il n'est point pertinent d'analyser outre mesure ces éléments – d'autant que de nombreuses productions s'intéressent déjà sur la modification du rôle des différentes autorités et spécifiquement sur celui du juge vis-à-vis du législateur[1132] –, nous voyons simplement que l'étage *abstrait* façonné par le Conseil d'État dans cette affaire, et qui sera applicable pour toutes les prochaines, est, à première vue, un outil au service d'une mission spécifique poursuivie par le Conseil d'État : *la préservation de l'apparence d'applicabilité générale de la Loi – de l'égalité dans son application –* et *l'assurance de la légitimité de l'action du juge*[1133]. La hantise est de voir cette substitution au législateur se réaliser[1134] – sûrement pour des raisons anthropologiques, ce paradigme continue de produire des effets depuis 1791[1135]. Comme le dit l'adage populaire : « *chacun son métier et les vaches seront bien gardées* ». Malgré le militantisme de A. Bretonneau sur la nécessité d'introduire une telle démarche *concrète*, du moins de la renforcer en l'exploitant dans ses moindres détails, elle n'oublie pas que la France reste un pays de tradition légaliste et qui apprécie l'abstraction, et c'est que tend à représenter cet étage *abstrait*. Plus précisément, ce que recherche le Conseil d'État à travers celui-ci et ses effets psychologiques, c'est la protection des dispositions du Code de santé publique, c'est-à-dire d'éviter de marquer au fer rouge l'inconventionnalité et l'inapplicabilité d'un texte qui reste par ailleurs justifié pour la majorité des cas – cependant, est-ce que le contrôle *in abstracto* et ses potentialités ne sont pas plus légicides que le contrôle *in concreto* ? En d'autres mots, son souci est de faire une application mesurée du contrôle *concret* de conventionnalité des lois et de minimiser ses effets vis-à-vis du prescrit législatif[1136] – d'où la mention de « *certaines circonstances particulières* » – puisqu'avec ce contrôle, le juge administratif peut arriver à une jurisprudence *contra legem*[1137].

201. Il s'agit d'éviter de donner l'apparence d'un « *contrôle purement casuistique* »[1138] et « *le risque d'un retour aux parlements d'Ancien régime* »[1139] que semblaient raviver la Cour de cassation par son « *arrêt en équité* »[1140] en date du 4 décembre 2013. Effectivement, ce dernier est un évènement traumatisant

[1128] F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit*., p. 513.
[1129] *Voy.* J.-C. K. Dupont, « Une reviviscence de la casuistique en droit ? Le raisonnement in specie de la Cour européenne des droits de l'Homme », in S. Boarini (dir.) *La casuistique classique : genèse, formes et devenir*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, Sain-Étienne, 2009, pp. 187-219.
[1130] F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit*., p. 514 ; Pour une synthèse des différents écrits sur la question : F. Rouvière, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *op. cit.*, p. 525.
[1131] L'exemple italien est éclairant : N. Perlo, « La Cour constitutionnelle italienne et ses résistances à la globalisation de la protection des droits fondamentaux : un « barrage contre le Pacifique » ? », *RFDC*, 2013, n° 93, p. 717.
[1132] *Voy.* O. Cayla, « "Si la volonté générale peut errer". À propos de "l'erreur manifeste d'appréciation" du législateur », in *Le Temps des savoirs*, Odile Jacob, Paris, 2000, n° 2, pp. 61-90.
[1133] B. Haftel, « Insémination post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *D.* 2016, p. 1477 : « *le Conseil d'État commence, en effet, par valider en général les règles françaises prohibant l'insémination post mortem, déclarées en elles-mêmes conformes à la Convention européenne des droits de l'Homme* » (souligné par nous).
[1134] P. Delvolvé, « Droits subjectifs et interdit législatif », *op. cit.,* p. 758.
[1135] E. Gojosso, « Le rapport entre la loi et la constitution dans la pensée des Lumières », in *Dix-huitième Siècle*, n°37, 2005, *Politiques et cultures des Lumières*, p. 147 : « *Force est de constater que la première constitution française, celle de 1791, est précisément à l'origine du légicentrisme qui a prévalu en France jusqu'à une époque récente* ».
[1136] *Voy.* S. Deygas, « Le contrôle de conventionnalité et le juge du référé-liberté », *Procédures* n° 7, Juillet 2016, comm. 244, p. 35 : « *on voit donc que l'ouverture ici proposée par la Haute Assemblée, se présente certainement de manière très encadrée, au regard du caractère exceptionnel de l'atteinte à une liberté fondamentale telle qu'elle était invoquée d'une part et de l'appréciation in concreto des conséquences induites par l'application de la loi française au regard de la garantie conférée par la norme européenne* ».
[1137] *Voy.* C. Lassalas, « Insémination post mortem : si le droit devenait compréhensible ? », *Les Petites Affiches*, n°45, 3 mars 2017, pp. 7-14, spéc. pp. 10-14.
[1138] A. Bretonneau, « Droits subjectifs et interdit législatif », *op. cit.*, p. 747.
[1139] *Ibid.*, p. 746.
[1140] F. Chénédé, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *op. cit*., p. 796.

pour la doctrine qui y voyait la fin du rôle premier du législateur[1141] et l'aube d'un monde juridique marqué par « *l'insécurité* »[1142]. Il semblerait, pourtant, que ce sentiment n'ait pas été dissipé malgré les efforts du Conseil d'État. Selon P. Delvolvé, si « *on comprend la compassion qui a animé le Conseil d'État devant la situation particulière dont il était saisi* », sa solution, « *sous un habillage, relève de l'équité* »[1143]. Notons également que la théorie du lit de justice apparaît bien plus délicate à appliquer avec ce contrôle *concret*. En effet, si le législateur peut toujours intervenir pour mettre un terme à une jurisprudence à l'égard de laquelle il serait en désaccord, cela est difficilement réalisable dès lors que le juge se prononce sur le terrain de la conventionnalité *concrète* de la loi, notamment au regard des droits fondamentaux européens. Puisqu'en procédant à un lit de justice, prendrait le risque de se mettre en contrariété avec les droits fondamentaux européens et de s'attirer les foudres des juges supranationaux. Également, la loi nouvelle venant briser une déclaration d'inconventionnalité ayant privé une loi d'application pourrait elle-même être privée d'application par les juges internes sur ce même fondement. Dans un tel schéma, une déclaration d'inconventionnalité prononcée par un juge national s'apparente à une décision quasi définitive. Le pouvoir que ce contrôle de conventionnalité confère aux juges se révèle donc considérable. Dès lors, les acteurs juridictionnels perçoivent dans le contrôle *abstrait* un moyen de ne pas aboutir à la même sensation que celle produite par la Cour de cassation qui semblait ignorer superbement les termes de la loi. Cet arrêt semblait décrédibiliser l'œuvre législative ainsi que favoriser la subjectivité pure et dure du juge[1144].

202. En d'autres mots, la règle n'est pas remplacée par le cas ! Telle est la conclusion à laquelle veut aboutir le juge administratif. Effectivement, la « *déférence (au) législateur* », la volonté d'éviter « *de lui faire (un) faux-procès* » sont des éléments récurrents dans le propos de A. Bretonneau[1145]. Ce maillon *abstrait* est alors essentiel afin de démontrer que le monument législatif est toujours sur pied et qu'il continuera à produire les mêmes effets pour à peu près tout le monde[1146]. L'article 6 de la Déclaration de 1789 qui proclamait que la Loi, « *expression de la volonté générale* », devait « *être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* », reste donc partiellement respecté. Si des exceptions *in concreto* peuvent demeurer, et donner l'impression de « *pulvérisation du droit par les droits subjectifs* »[1147] et de la primauté de ces droits sur la Loi[1148], la présente méthode tend à relativiser ce constat. Le contrôle *concret* de conventionnalité des lois n'est envisagé que comme une exception, permise par *l'abstrait*[1149], afin d'appréhender des risques d'une inconventionnalité impossible à envisager de façon générale, sans pour autant donner l'impression que la Loi devient une simple donnée factuelle dans le contrôle. D'où ces remarques par certains auteurs : « *les décisions (…) ne constituent pas nécessairement une remise en cause de la règle française de l'interdiction de l'insémination post mortem et de son corollaire interdisant l'exportation des gamètes à cette fin* »[1150]. Au vu du raisonnement du Conseil d'État, « *la lettre de la loi française est préservée* »[1151], seule l'application du texte a été écartée en raison du contexte singulier.

203. La fonction négatrice et négative du contrôle abstrait. – En réalité, loin de se poser la question de savoir si les droits ont été violés dans *l'abstrait*, cette étape prioritaire entend simplement faciliter ce sentiment de protection du dispositif législatif pour mieux le malmener par la suite. Le contrôle *abstrait* n'est donc qu'une instance d'enregistrement de l'arbitrage du législateur grâce à la souplesse qu'il induit. Afin d'expliquer notre analyse, intéressons-nous simplement à l'argumentation déployée par le Conseil d'État dans notre affaire. Nous voyons que par celui-ci, le juge administratif a pu réinvestir la large *marge*

[1141] M. Lamarche, « Empêchement à mariage entre alliés et nullité : sentimentalisme ou pragmatisme de la Cour de cassation », *JCPG*, n°4, 27 Janvier 2014, pp. 139-141, spéc. p. 141 : « *en excluant de faire une application implacable de la loi dans un cas particulier, la Cour oblige à une réflexion dont le législateur a certainement fait l'économie* ».
[1142] L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité : in concreto veritas ? », *op. cit*., pp. 1402-1403.
[1143] P. Delvolvé, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit*., p. 754.
[1144] F. Chénédé, *op. cit*., pp. 797 et 798 : « *on ne trouve apparemment aucune décision identique à celle du 4 décembre 2013 dans la jurisprudence du Conseil d'État, qui ne s'est jamais permis d'évincer la volonté claire et précise du législateur, au motif que son application au cas d'espèce serait "disproportionnée" ou "inéquitable" pour l'une des parties au litige* » et « *loin de s'en remettre à l'opinion du législateur, les hauts magistrats ont préféré y substituer leur appréciation personnelle, estimant que ces considérations devaient céder devant la préservation du droit au respect de la vie privée et familiale de l'épouse de plus de vingt ans* ».
[1145] A. Bretonneau, « Droits subjectifs et interdit législatif », *op. cit.*, p. 747.
[1146] P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *op. cit.,* p. 580 : L'auteur appréhende le contrôle *abstrait* de conventionnalité des lois dans cette affaire comme une « *concession à une tradition légaliste méfiante à l'égard de la casuistique ou conformité aux habitudes ancrées du contrôle abstrait de conventionnalité* ».
[1147] J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e^ République*, Champs Flammarion, Paris, 1996, pp. 121 et s.
[1148] P. Delvolvé, « Droits subjectifs contre interdit législatif (…) », *op. cit.,* pp. 754 et 757-759 : « *une revendication individuelle prévaut sur la volonté générale, le droit subjectif d'un seul l'emporte sur le droit objectif applicable à tous* ».
[1149] A. Bretonneau, « Droits subjectifs et interdit législatif », *op. cit*., p. 747 : « *c'est plutôt, à notre sens, le risque d'inconventionnalité (...) décelé par le juge au stade du contrôle in abstracto de la loi qui lui donne mandat pour ne pas s'en contenter et le dédoubler* » (souligné par nous).
[1150] N. Ni Ghairbhia, « Les premiers pas vers l'autorisation d'exporter des gamètes du défunt en vue de leur utilisation pour une insémination post mortem ? ; Note sous Conseil d'État, assemblée, 31 mai 2016, requête numéro 396848 et Tribunal administratif de Rennes, 11 octobre 2016, ordonnance numéro 1604451 », *Gaz. Pal.* n°1, 3 janvier 2017, p. 80.
[1151] J.-P. Vauthier et F. Vialla, « Le Conseil d'État autorise une exportation de gamètes destinée à une insémination post mortem », *JCPG*, 2016, n°29, p. 864.

d'appréciation que le juge européen laisse dans ce domaine. Il est clair que les questions de société sont difficiles à trancher, des considérations sociétales, culturelles se mêlent au raisonnement juridique[1152], et seuls les États doivent trancher ces questions en jouissant d'une marge qui est loin d'être le synonyme d'une absence de contrôle[1153]. Bien au contraire, le contrôle sera opéré afin de déterminer si un « *juste équilibre* » a été trouvé tout en étant plus restreint. Cependant, s'il existe bien une absence de consensus européen sur ce terrain[1154], l'utilisation de cet argument, en l'occurrence, semble masquer le défaut d'un véritable contrôle. La marge d'appréciation devient presque un élément qui postule pour une présomption irréfragable de compatibilité des articles visés du Code de la santé publique avec la CESDH. La marge apparaît ici comme « *une forme d'immunité accordée aux États* »[1155]. Assurément, l'opération de mise en balance dans cet étage est loin d'être évidente et transparente[1156], le Conseil d'État se réfugie derrière cet argument d'autorité pour alléguer de la conventionnalité, et donc de la légitimité des interdictions de principe inscrites dans ces dispositions. Il utilise sensiblement le caractère monologique de *l'abstrait* afin de donner le sentiment d'un respect profond de la volonté du législateur. Cela est également renforcé par la faible motivation qu'il développe. Alors même que la CEDH se livre, dans des affaires semblables, à un examen beaucoup plus approfondi[1157]. D'ailleurs, il en arrive à une conclusion hautement intéressante, dans son point 8 : « *Les dispositions mentionnées aux points 6 et 7 ne sont pas incompatibles avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, en particulier, de son article 8* ». Comme si le Conseil d'État montrait que les dispositions étaient compatibles, non pas seulement avec l'article 8 qui est invoqué par la requérante, mais la CESDH dans sa globalité.

204. Donc, il semble que cette étape ne soit pas destinée à opérer un contrôle poussé du respect des droits fondamentaux, mais uniquement à délivrer quasi automatiquement un *quitus*. La recherche de celui-ci sera d'autant plus facile que le contrôle *abstrait* permet au juge une certaine manipulation des éléments à prendre en considération. Il facilite le détournement des questions et l'invocation de motifs qui ne sont pas toujours attendus. Et en employant sensiblement ces latitudes, le Conseil d'État permet de relativiser les atteintes au dispositif législatif dans l'étage *concret*[1158]. Ce contrôle *abstrait* est finalement un élément au service de l'action du juge et de celle du législateur. Généraliser une telle conclusion à partir de notre lecture de l'arrêt *Gomez-Turri* est compliquée puisque nous manquons d'éléments de comparaison. L'ordonnance *S. Abdeslam* ne nous permet pas de corroborer entièrement notre propos, car, si dans celle-ci la marge d'appréciation n'est pas invoquée et le juge administratif admet tout de même la conventionnalité *abstraite* de la loi, il semble ici s'adonner à une analyse plus précise des effets *abstraits* de la disposition dans son considérant n°11. En effet, il dit que « *les dispositions citées ci-dessus de l'article 58-1 de la loi du 24 novembre 2009 pénitentiaire, qui réserve la mise en place des systèmes de vidéosurveillance continue aux situations qui l'exigent et la soumet à une procédure contradictoire, prévoit son réexamen régulier assorti d'un contrôle médical, limite notamment sa portée par des dispositifs garantissant l'intimité de la personne et encadre strictement, tant l'usage qui est fait des données ainsi recueillies que les personnes habilitées à en disposer, n'est pas, par elle-même, manifestement incompatible avec les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Pour autant, encore une fois, il en arrive à affirmer sa conventionnalité qui est, certes, beaucoup plus justifiée, mais qui est également permise par la spécificité du contrôle *abstrait* et des éléments qu'il invoque. La plus grande souplesse de ce contrôle lui permet d'adopter de telles conclusions.

205. Enfin, si nous forçons encore les traits de l'analyse sous cet angle spécifique, nous pouvons dire que cet étage préalable a été le moyen de pérenniser l'apparence de protection de l'esprit de la Loi, même au stade du *concret*[1159]. En effet, avec lui, le Conseil d'État va donner une solution singulière à la lumière d'une relecture des différents effets et objectifs de ces dispositions. Tout cela s'apparente d'une certaine

[1152] C'est ce qu'affirme la CEDH : CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, n°40183/07, § 36.
[1153] CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, série A n° 24, p. 23, § 49 : « *la marge nationale d'appréciation va donc de pari avec un contrôle* ».
[1154] Les documents de travail du Sénat, « L'accès à l'Assistance Médicale à la Procréation », janvier 2009, n° LC 193, pp. 1-29, spéc. pp. 5-7.
[1155] F. Tulkens et L. Donnay, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'Homme : Paravant juridique superflu ou mécanimse indispensable par nature », *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé,* 2006, p. 10.
[1156] Pour en avoir une certaine illustration : A. Bretonneau, « Droits subjectifs et interdit législatif », *op. cit*., pp. 743-744.
[1157] CEDH, 5e sect., 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11, §§ 62, 83-84 et 99 ; CEDH, *S.H. c. Autriche, op. cit*., §§ 110, 112 et 114.
[1158] À propos de ce double étage adopté par la Cour de cassation et de l'intérêt de l'introduire : P. Chauvin, « Contrôle de proportionnalité : Une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne », *Gaz. Pal*. n°43, 6 décembre 2016, p. 14 : « *Au demeurant, il ne s'agit, par le biais d'un contrôle de proportionnalité in concreto, que d'une mise à l'écart ponctuelle, par conséquent moins drastique qu'une mise à l'écart définitive obtenue par le biais d'un contrôle de conventionnalité in abstracto* » (souligné par nous).
[1159] M. Guyomar, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », *op. cit*., p. 30.

façon à une « *interprétation sous réserve conventionnelle* »[1160]. Il est donc clair que ce contrôle a facilité la transformation de la question et le développement certains motifs, afin d'admettre la totale pertinence *in toto* du dispositif législatif. En effet, à la suite de son propos dans l'étage *abstrait*, l'étude du raisonnement développé dans le second étage nous permet de voir que « *le juge mesure les circonstances particulières de Mme Gonzalez Gomez (qui ne cherche pas à contourner la loi française) à l'aune de l'objectif législatif de l'interdiction d'exportation de gamètes (éviter un contournement de la loi française)* »[1161]. Étonnamment, cette confrontation tend presque à démontrer que la non-application du dispositif législatif n'en est pas totalement une, car la situation de fait qui la tient en échec n'entrait pas pleinement dans ses prévisions – cela est bien explicité par la formule du point 11. Au final, ce contrôle n'apparaît pas comme une marque de mépris à l'égard du législateur, bien au contraire, il s'appuie sur ses objectifs, identifiés à l'étage *abstrait*, pour étayer l'atteinte aux droits fondamentaux que constituerait la mise en œuvre desdits articles dans une situation qui n'est pas de celles qu'ils ont voulu interdire. En somme, par ce contrôle préalable, le Conseil d'État manipule les éléments contrôlés pour éviter toute réprobation de son action qui pourrait être analysée comme un mépris de l'action du législateur[1162], sans pour autant nier les revendications de la requérante[1163]. En affirmant cela, il vient, en outre, remettre en question les véritables soubassements de cet édifice législatif[1164], alors même qu'il tente de protéger la logique de ces dispositifs, au nom d'une relecture de plusieurs indices[1165]. Il donne, en réalité, une interprétation *contra legem* de celui-ci, car comme le résumait bien J. Hauser, à partir de cette législation, « *la fabrication des enfants n'est pas seulement faite pour satisfaire ou consoler ceux qui les font. L'enfant, c'est un avenir, il ne se résume pas à un monument in memoriam* »[1166]. Tout cela permet, *in fine*, de légitimer sa solution tirée du cas *concret*, et de la faire apparaître comme la plus naturelle et respectueuse possible. Notons, de surcroît, que le Tribunal administratif de Rennes étaye cette analyse puisqu'il affirme, dans son considérant n°8, qu'« *il résulte des travaux parlementaires de la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 que l'exigence que "l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants" posée par les dispositions codifiées au deuxième aliéna de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique avait pour objet d'une part de préserver l'intérêt de l'enfant à naître, et d'autre part de conserver au projet parental son caractère de décision prise en commun par les deux membres du couple* ».

206. En définitive, le contrôle *abstrait* n'est rien d'autre qu'un trou dans lequel le juge ramène vers lui des données qui pourront légitimer son action et circonscrire au maximum la pluralité des effets du contrôle *concret*, sans pour autant l'empêcher de s'exercer à tous les coups. L'architecture du mode de raisonnement témoigne simplement d'une opportunité manifeste du juge administratif. Réellement, il vient s'arroger une compétence que la CEDH ne peut – ou plutôt ne veut – se reconnaître, même si d'autres éléments contrebalancent cette présentation, enfin et surtout, il vient affirmer que la loi contestée est tout de même préservée en venant minorer la sensation de dérogation. Mais plus étonnant encore, il a permis de légitimer les revendications de la requérante en ne s'attardant outre mesure sur la dimension des droits sollicitée. Nous pouvons donc admettre que le contrôle *abstrait* permet d'ouvrir le champ de certains droits qui ne sont pas toujours bien identifiés ni bien justifiables, afin d'aboutir au résultat escompté dans le contrôle *concret*. Il tente de travestir par tous les moyens les résultats du contrôle *concret* de conventionnalité des lois. Et c'est ce que nous allons voir maintenant…

[1160] Proximité entre ces deux points : X. Dupré de Boulois, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'Homme », *RDLF* 2015, chron. n°08, pp. 1-12, disponible en ligne.
[1161] P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *op. cit.,* p. 581.
[1162] A. Bretonneau, « Droits subjectifs et interdit législatif », *op. cit*., p. 746.
[1163] J.-P. Vauthier et F. Vialla, « Le Conseil d'État autorise une exportation de gamètes destinée à une insémination post mortem », *op. cit.*, p. 870 : « *Le juge administratif parvient à une solution équilibrée : la lettre de la loi française est préservée, tout en permettant à la requérante de trouver satisfaction* ».
[1164] G. Monziols, « Conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation et procréation post-mortem : l'appel des juges à la révision des lois de bioéthique ? », *Médecine & Droit* 2017, n°143, mars 2017, pp. 37-43, spéc. pp. 38-40 ; Étude du Conseil d'État, « La révision des lois de bioéthique », *La documentation française*, 6 mai 2009, p. 38 ; *Projet de loi relatif à la bioéthique*, Rapport n° 128 (2002-2003) de M. F. Giraud, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 15 janvier 2003, disponible sur le site du Sénat : « *En effet, la légalisation du transfert d'embryons post mortem, introduite par l'Assemblée nationale, ne laisserait vraisemblablement pas intacte la conception commune du couple et du projet parental ni celle du rapport entre la volonté des géniteurs et l'intérêt de l'enfant. La souffrance de la mère justifie-t-elle que l'on donne naissance à un enfant orphelin ? L'intérêt de l'enfant autorise-t-il un tel transfert ? Il ne serait pas acceptable de considérer ce dernier, ainsi que le font certains, comme une aide à laquelle la veuve pourrait faire appel pour "faire son deuil", car l'enfant ne peut être ainsi "instrumentalisé". Comment, en outre, cet enfant construira-t-il son identité ?* » et « *il n'est pas possible de contourner, en leur faveur, cette réalité que constitue le décès (…). Le projet de loi rappelle que la dissolution du couple fait obstacle au transfert de l'embryon ainsi qu'à l'insémination. La porte du transfert post mortem d'embryon n'est donc pas ouverte » ;* Rapport d'information n°2235, MM. Alain Claeys et Jean Léonetti, 20 janvier 2010.
[1165] A. Bretonneau, « Droits subjectifs et interdit législatif », *op. cit*., p. 748 ; Conclusions de l'avocat général J.-D. Sarcelet, sous Cass., avis, 22 septembre 2014, n° 15010, p. 14 : « *Si l'article 16-7 du code civil prohibe toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui, aucune disposition relative au respect du corps humain n'interdit l'assistance médicale à la procréation. La fraude à la loi ne repose donc que sur le contournement d'une loi qui a pour but de préserver l'apparente biologisation de la filiation* » ; Notons, par ailleurs, l'avis du CCNE en date du 27 juin 2017 qui se prononce pour l'ouverture de la PMA aux couples homosexuels et qui donc vient modifier la teneur de la réflexion sur la PMA.
[1166] J. Hauser, « Adoption par un célibataire vivant en couple homosexuel », *RTDC*, 2010, p. 95.

B) L'usage détourné du contrôle, un élément au service du Juge administratif et des droits de la requérante

207. La légitimation de l'extension du droit au respect de la vie privée par l'étage abstrait. – Dans l'affaire qui est la nôtre, une dimension particulière de l'article 8 de la CESDH est invoquée. Plus précisément, nous voyons bien que c'est le *droit au respect des décisions de devenir parents ou de ne pas devenir parents* qui est sollicité ici, mais dans une situation tout à fait atypique puisqu'il s'agit également du droit d'un des parents défunts de mener à bien le projet parental – le Tribunal administratif de Rennes, quant à lui, précise cela en mentionnant, dans son considérant n°11, l'« *atteinte manifestement excessive au droit de la requérante au respect de sa vie privée et familiale, en particulier à son droit et à celui de son époux défunt au respect de leur décision de devenir parents* ». Ce droit est l'un des points cardinaux du contrôle, il apparaît un peu le catalyseur de la réflexion du juge administratif puisque c'est à partir de lui que toute la controverse va se structurer. À titre illustratif, notons que la décision d'autorisation est rendue au visa de ce texte. Pourtant, au fil de son raisonnement le juge ne daigne pas préciser quelle composante du droit au respect de la vie privée et familiale était en jeu dans cette affaire[1167]. Il ne se cantonne qu'à parler des « *stipulations de l'article 8 de cette convention* » ou encore des « *exigences nées de l'article 8 de cette Convention* ». Or si nous nous attachons à la lecture de la jurisprudence de la CEDH – qui organise ce contentieux –, nous pouvons émettre des doutes sur la pertinence de lui faire produire de tels effets dans une affaire aussi singulière[1168]. L'étape préalable du contrôle *abstrait* joue donc un rôle pertinent pour le Conseil d'État, puisqu'il lui offre la possibilité de faire l'économie d'une réflexion soutenue sur les droits tirés de l'article 8 ; lui permettant aussi d'utiliser efficacement cet article par la suite. L'introduction du terme « *exigence* » suspend la question de son contenu, il affirme, implicitement mais nécessairement, « *la texture ouverte* » de cet article qui pourra contenir de nouvelles considérations qui seront développées et légitimées notamment dans l'étage *concret*. Certes, la nature évolutive de ces articles n'est plus à démontrer, mais l'activité des juges, habitués au contrôle de proportionnalité, se base sur des éléments tangibles qui favorisent la réflexion, sur des éléments principalement liés aux circonstances de la cause. Autrement dit, la faiblesse du contrôle générée par l'étage *abstrait* ainsi que sa brève motivation permettent de tenir pour acquis de choses qui ne le sont pas naturellement, et d'introduire une plus grande flexibilité dans les droits fondamentaux – ce qui n'est pas nécessairement le cas dans le *concret* qui délimite pragmatiquement un champ de discussion. En somme, s'il a pu jouer un rôle pertinent pour donner l'apparence d'une préservation de la Loi, le contrôle *abstrait* préalable permet également, selon nous, de faciliter et légitimer les dérogations à cette dernière, et d'une autre façon, l'utilisation d'un tel article dans le contrôle *concret* – ce qui conduira à ne pas ou peu contester son action. Nous voyons donc que le Conseil d'État, au-delà de se poser sérieusement la question de l'applicabilité de l'article 8 dans cette espèce, c'est-à-dire de se demander quelle dimension est sollicitée et si elle est pertinente dans la balance, comme le fait notamment la CEDH[1169], il admet une applicabilité générale de cet article par l'intermédiaire de l'étage *abstrait*. Comme le note parfaitement une grande partie des observateurs, « *le Conseil d'État se contente en l'espèce d'une référence "globale" à l'article 8, sans s'expliquer plus avant* »[1170].

208. De cette façon, le Conseil d'État légitime une lecture très *subjective* des droits fondamentaux[1171], au nom d'un sentiment de justice qui l'anime dans cette affaire, et qu'il tente d'étayer par "l'esprit" de la jurisprudence européenne – du moins sa propre lecture de celui-ci – afin de ne pas être taxé de faire de la pure *équité*. Il est certain qu'admettre explicitement une telle extension du champ du « *respect de la vie privée* » serait tout bonnement révolutionnaire dans un pays à la tradition *objectiviste*. D'autant que la Cour de Strasbourg ne semble pas encore prête à franchir le pas dans une situation aussi sensible – qu'elle n'a jamais eu à connaître encore. Pourtant, ici, le juge administratif semble vouloir aller au-delà de tout ce qu'a pu consacrer la CEDH, ce qui peut être mal perçu, car il favorisait un sentiment de *subjectivisation* du droit qui est largement conspué par de nombreux auteurs, dont le plus célèbre reste le doyen Carbonnier. En effet, ce dernier affirmait « *qu'après le Bicentenaire, (le) droit fut plus que jamais réduit (...) à n'avoir été*

[1167] M.-L. Moquet-Anger, « Droit de la santé – Responsabilité médicale et hospitalière : Décisions d'avril 2016 à septembre 2016 », *JCPA*, n°1, 9 janvier 2017, p. 3.
[1168] *Voy.* H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *op. cit.*, pp. 656-657 ; H. Fulchiron, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité », *op. cit.,* pp. 1472-1473.
[1169] Sur cette thématique et pour un exemple concret : CEDH, 3 novembre 2011, S.*H. c. Autriche*, *op. cit.,* §§ 78-82.
[1170] H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *op. cit.*, p. 657. Mais aussi : P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *op. cit.,* p. 580.
[1171] P. Delvolvé, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit.,* pp. 758-759.

qu'un pullulement de libertés individuelles et de droits subjectifs, tandis que les institutions objectives étaient superbement rejetées dans l'ombre »[1172]. Finalement, pour éviter tous ces problèmes, le juge, grâce à cet étage, ne se contente que d'affirmer l'existence de nombreuses « *exigences* » en fonction d'une lecture très générale du texte ainsi que de son esprit, comme en témoigne le propos de A. Bretonneau. Assurément, dans sa plaidoirie, elle a abordé la question du contenu de cet article ainsi que son applicabilité. Et à la lecture de cette étude, nous nous rendons compte qu'elle affirme subrepticement la géographie illimitée de cet article, qui serait conforme aux dernières évolutions de la jurisprudence européenne. Ce dernier « *est en effet un pavillon généreux* », affirmait-elle[1173].

209. Le conflit ouvert avec la jurisprudence européenne. – Il est vrai que la CEDH a développé, à partir de son arrêt *Niemietz c. Allemagne*, une conception extensive de la notion de "vie privée", puisqu'elle estimait qu'il serait « *trop restrictif de la limiter à un "cercle intime" où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise* » et que « *le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables* »[1174]. Aujourd'hui, le droit au respect de la vie privée, en tant qu'il englobe le « *droit à l'autonomie personnelle* »[1175], est devenu un concept tentaculaire dont le champ d'application est particulièrement malléable [1176] ; ce qui crée naturellement des résistances[1177]. « *L'article 8 de la Convention et le droit au respect de la vie privée demeurent assez logiquement les terrains originels et privilégiés de la manifestation de l'autonomie personnelle* », affirmait un auteur[1178]. Ce constat n'est pas anodin, bien au contraire, il suppose quelque chose de singulier : une lecture individualiste de l'article 8. Plus précisément, le principe *d'autonomie personnelle* promeut un sujet qui se construit lui-même, afin de s'approprier une identité qu'il choisit. Effectivement, il implique le « *droit de disposer de son corps* », c'est-à-dire le droit « *d'opérer des choix concernant son propre corps* », ceux-ci pouvant être « *d'une nature physiquement ou moralement dommageable(s) ou dangereu(x)* »[1179]. Également, « *le principe d'autonomie personnelle semble être la matrice, dans le domaine de la vie privée, de l'invention de soi qui se traduit par la disposition corporelle, c'est-à-dire l'utilisation de son corps* »[1180]. Cela est surtout illustré dans le domaine de la procréation[1181]. Il en résulte le droit au « *développement personnel* »[1182], ou encore le droit à « *l'autodétermination* »[1183]. C'est sur ces bases que l'arrêt *Evans* consacre explicitement *le droit au respect des décisions de devenir ou de ne pas devenir parent*. Au final, « *ce droit constitue une sorte de nébuleuse qui attire dans son champ magnétique d'innombrables "droits à" et dont l'énergie propre en produit sans cesse de nouveaux* »[1184]. Il protège le droit de chaque sujet humain d'épanouir « *sa personnalité dans la direction qu'il a choisie selon le mode et avec l'intensité qui lui sont propres* »[1185]. Nous le comprenons avec cette observation, le droit au respect de la vie privée et familiale est un droit particulièrement volcanique dans sa philosophie, il doit donc être utilisé à bon escient. Néanmoins, en adoptant une telle lecture, il n'y a « *pas de doute que ce droit (ce que Mme Gomez demande) tombe sous le pavillon englobant de l'article 8* »[1186], d'autant que A. Bretonneau admet que l'arrêt *Evans* consacre ce droit « *de façon générale (…) quelle que soit la configuration du projet parental* »[1187].

210. Cependant, la lecture précise de la jurisprudence européenne permet de donner une version différente, c'est-à-dire d'exclure l'application de cet article 8 pour le moment. En effet, l'analyse non exhaustive de la jurisprudence de la Cour européenne permet d'exclure la "vie familiale" au sens de la Cour, car celle-ci vise une vie familiale qui existe et non un projet fondé sur une insémination. « *Le seul*

[1172] J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e^ République*, *op. cit*., p. 25.
[1173] A. Bretonneau, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit*., p. 743.
[1174] CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, n° 13710/88, § 29.
[1175] CEDH [GC], 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, § 90 ; CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 346/02, § 61.
[1176] F. Sudre, « Rapport introductif : La "construction" par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la CEDH,* Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 11 et s.
[1177] M. de Jessey et P. Prigent, « Droits de l'homme : quand la CEDH détruit les valeurs », *Valeurs actuelles 2016,* disponible en ligne : http://www.valeursactuelles.com/comment/470037
[1178] X. Souvignet, « Le modèle politique de la Cour européenne des droits de l'homme : du pouvoir du peuple à la souveraineté du sujet », *Jurisdoctoria*, 2010, n° 5, pp. 41-59, spéc. p. 54.
[1179] CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, n° 42758/98, § 83.
[1180] E. Lagard, « Le principe d'autonomie personnelle : étude sur la disposition corporelle en droit européen », thèse de Droit, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2002, p. 12.
[1181] CEDH, 20 mars 2007, *Tysiac c. Pologne*, n° 5410/03 ; CEDH, 16 décembre 2010, *A.B.C. c. Irlande*, n° 25579/05, § 212.
[1182] CEDH, 6 février 2001, *Bensaïd c. Royaume-Uni*, n° 44599/98, § 47.
[1183] CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, *op. cit*., § 61.
[1184] H. Fulchiron, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité », *op. cit.,* p. 1473.
[1185] F. Rigaux, « La vie privée. Une liberté parmi d'autres ? », Larcier, coll. "Travaux de la faculté de droit de Namur", Bruxelles, 1992, p. 135.
[1186] A. Bretonneau, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit*., p. 743.
[1187] *Ibid*., p. 748.

désir de fonder une famille n'est pas protégé par la vie familiale », rétorquait un auteur[1188]. Assurément, l'arrêt *Marckx c. Belgique* affirme bien que « *l'article 8 présuppose l'existence d'une famille* »[1189]. Dans notre cas, il était difficile de justifier cette existence puisque le projet n'avait même pas commencé. L'existence d'embryons aurait pu certainement justifier l'extension de ce droit au respect de la vie familiale de la mère, car les requérants pourraient facilement arguer d'un commencement de réalisation du projet, de l'existence d'une vie familiale avec ces « *êtres humains potentiels* »[1190]. Par conséquent, selon le droit prétorien européen, seule la dimension « *droit au respect de la vie privée* » de l'article 8 pourrait être utilement invoquée, plus précisément, seul « *le respect des décisions de devenir parent ou de ne pas le devenir* » reconnu par les arrêts *Evans*[1191] et *Dickson*[1192] pourrait être utilisé. D'autant, que le juge européen a étendu cette mention à la question des parents *génétiques* dans l'arrêt *S.H. c. Autriche*[1193]. Plus encore, dans l'affaire *Knecht c. Roumanie*, dans laquelle était en cause le droit d'une femme d'obtenir le transfert de ses embryons pour les utiliser dans le cadre d'une fécondation *in vitro*, la Cour reconnaît « *the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation to that end* »[1194]. Une nouvelle fois, ces affaires ne portent pas sur une maternité chimérique, mais bien sur un projet réel puisque des embryons avaient été créés avec les ovules de la femme dans le cadre d'un projet commun. Dans notre cas, l'utilisation de cette dimension de l'article 8 est également complexe, puisque nous faisons face à une parentalité virtuelle. Face à ces éléments, il ne semble donc pas aujourd'hui possible, indépendamment d'un projet réel basé sur des embryons, d'affirmer l'application d'un tel droit. Pourtant, telle n'est pas la conclusion que retient le Conseil d'État. Il faut bien comprendre que le Conseil d'État, en utilisant l'article 8 de façon générale et en n'explicitant pas sa consistance dans *l'abstrait*, facilite la pertinence d'une telle dimension. En réalité, la seule donnée structurante sera une philosophie générale – et certainement caricaturale – qui semble légitimer beaucoup de choses, et surtout un tel droit qui, mis en œuvre dans le *concret*, pourra s'épanouir pleinement.

211. L'explicitation des potentialités destructives d'un étage abstrait préalable. – En somme, l'étage *abstrait* apparaît une nouvelle fois comme une chambre d'enregistrement des différentes revendications – surtout les plus difficiles à justifier. Le juge s'assure de consacrer la solution qu'il avait appréhendée sans s'adonner à une analyse profonde et absconse de la géographie des droits tirés de l'article 8 ; analyse qui l'aurait conduit à devoir lutter contre certaines affirmations. Dit autrement encore, avec lui, le juge vient limiter les effets du contrôle *concret* en ce qu'il remettrait en cause le dispositif législatif, mais également en ce qu'il permettrait ou pas d'utiliser la dimension de droits manifestement – une telle observation n'est pas nécessairement véridique, l'opinion doit sûrement avoir un avis plus tranché sur la question – mal acceptés par la culture juridique du pays. Dans le même temps, derrière tout cela se cache aussi une autre volonté, qui est celle de légitimer l'introduction et l'utilisation du contrôle de proportionnalité et de conventionnalité[1195], dans une affaire dans laquelle cela est demandé, mais dont l'utilisation d'autres méthodes aurait été tout aussi pertinente[1196].

212. Au bout du compte, l'introduction de ce double étage n'est que la manifestation d'une totale opportunité, et démontre que c'est bien plus le contrôle *abstrait* de conventionnalité des lois qui est dangereux que le *concret*. Le premier, tente par tous les moyens de masquer les potentialités du contrôle *concret* de conventionnalité des lois au nom d'une tradition particulière, alors même que ce dernier n'est pas nécessairement le signe d'un ébranlement des monuments législatifs dès lors qu'il est soigneusement utilisé et appréhendé. Surtout, et conformément à nos précédents développements, il témoigne d'une hostilité profonde à la méthode de proportionnalité et aux éléments de la balance, en ce qu'il n'assume ni la singularité des dispositions législatives, qui peuvent être tout à fait compatibles dans *l'abstrait* comme dans le *concret* avec la CESDH, ni la spécificité des effets et de l'esprit *dialectique/dialogique* du contrôle de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois. L'étage *abstrait* préalable sert finalement à

[1188] H. Fulchiron, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité », *op. cit.,* p. 1473.
[1189] CEDH, 13 juin 1979, *op. cit*., § 51.
[1190] CCNE, Avis n° 1 du 22 mai 1984 « Avis sur les prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques », *La documentation française*, Paris.
[1191] CEDH, 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05, § 71.
[1192] CEDH, 18 avril 2006, *Dickson c. Royaume-Uni*, n° 44362/04, § 66.
[1193] CEDH, 3 novembre 2011, S.*H. c. Autriche*, *op. cit.,* § 82.
[1194] CEDH, 2 octobre 2012, *Knecht c. Roumanie*, n° 10048/10, § 54.
[1195] Le discours du juge administratif est assez intéressant sur ce point, comme s'il voulait rattraper son "retard" par rapport à la Cour de cassation (J.-M. Sauvé, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Intervention de Jean-Marc Sauvé à l'Institut Portalis, *op. cit.* ; J.-M. Sauvé, « Le juge administratif et les droits fondamentaux - Premiers entretiens du contentieux », *op. cit.*). Cette espèce était donc un peu l'occasion d'aller plus loin.
[1196] *Voy.* B. Haftel, « Insémination post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *op. cit.*, pp. 1477-1480.

enrayer l'étage *concret*, du moins certaines de ses conséquences, alors même qu'ils peuvent apparaître comme étant fondamentalement liés. De sus, à travers lui et dans notre affaire au moins, le juge ne participe pas réellement à une explicitation de l'article 8 et de son contenu[1197]. Il ne donne qu'une place réduite à la teneur réelle de la CESDH, un aspect presque cosmétique, et en se parant de vouloir favoriser son enracinement et la protection effective des droits fondamentaux grâce à un contrôle *concret*, il aboutit presque à l'effet inverse. Les droits fondamentaux sont, d'une certaine façon, malmenés dans leur essence, au moins dans cette affaire, puisqu'ils sont appréhendés, avec l'étage *abstrait* et pour la suite, d'une façon monopolistique, monologique. Les revendications des individus deviennent un tout intangible. Notons encore que l'ordonnance du tribunal administratif de Rennes est encore plus caricaturale sur tous ces points-ci. S'il répond sûrement à des considérations précises dans l'affaire *Gomez-Turri*, cet étage *abstrait* a déjà largement montré ses potentialités. Il reste une arme dans les mains du juge pour n'importe quelle affaire. Dans ce cas, le contrôle *abstrait* préalable, tant par sa nature que par son utilisation faite par le juge administratif, est pernicieux, *a fortiori* lorsqu'il conditionne un contrôle *concret* de proportionnalité. Il conduit à de réels problèmes en ce qu'il est difficilement sécable et ce qui donne le sentiment d'un arbitraire palpable.

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE

213. Pour conclure, nous avons pu montrer toutes les ambiguïtés qui touchent la méthode développée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Gomez-Turri*. Le contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois répond à de nouvelles exigences, mais il n'est pas totalement inconnu dans le contentieux administratif. Pourtant, il est doté aujourd'hui d'une plus grande force en raison du développement sensible de ses éléments structurants. À tel point que, d'une certaine façon, pour ne pas susciter des véhémences de la part des observateurs du monde juridique, il a fallu le coupler à un contrôle *abstrait* préalable. Contrôle qui entretient des relations complexes, voire conflictuelles, avec l'idée même de fondamentalité/proportionnalité et de conventionnalité. Et son utilisation dans l'affaire ne vient pas nous contredire. C'est finalement ce dernier, sa dimension prioritaire et son utilisation, qui est problématique. Alors même qu'il entend répondre à des critiques qui ont été formulées par la doctrine, notamment privatiste[1198], sur l'idée très générale de « *sécurité juridique* », il arrive finalement au résultat inverse. Au terme de notre étude, nous pouvons dire que ce contrôle *abstrait* de conventionnalité des lois préalables est celui qui favorise véritablement l'insécurité juridique. Il est la source d'une certaine précarité sur le plan juridique en ce qu'il n'est qu'un instrument aux contours malléables au service de la cause du juge, et qui favorise inévitablement l'arbitraire. Plus que ne le serait le contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois, puisqu'utilisé conformément à son esprit et avec la nouvelle teneur exacerbée par le juge administratif – comme dans notre affaire malgré l'influence de l'étage *abstrait* –, celui-ci accentuera l'exigence de *prévisibilité juridique* bien au-delà de ce qu'a pu noter la majeure partie de la doctrine. Voilà les principales conséquences qui peuvent être tirées de l'exploitation renouvelée du contrôle *concret* de conventionnalité des lois par le juge administratif et qui se retrouveront dans le contentieux administratif de manière générale.

[1197] A.-S. Brun-Wauthier et G. Vial, « Droits des personnes et de la famille : le nouveau visage de l'influence de la Cour EDH », *op. cit.*, p. 4.
[1198] F. Chénedé, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.* 2014, pp. 179 et s.

DEUXIÈME PARTIE

LES CONSÉQUENCES DE L'INTRODUCTION DU CONTRÔLE CONCRET SUR LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF : L'ÉMERGENCE D'UNE PRÉVISIBILITÉ JURIDIQUE RENOUVELÉE

214. Propos liminaires. – La question de la *prévisibilité juridique*, comme composante première et essentielle de la *sécurité juridique*, est au centre de tous les débats actuellement. Déjà, car, comme F. Lopez de Oñate l'écrivait, celle-ci « *a toujours été perçue comme indispensable pour une vie sociale commune ordonnée* »[1199]. En effet, Rousseau, Locke, Hobbes, Spinoza et Pufendorf sont autant de grands noms qui lui ont dédié une étude complète[1200]. Mais surtout elle représente la fonction première et principale du Droit. Elle « *est le besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal* »[1201]. Autrement dit, elle intègre et influe sur toutes les dimensions du Droit, et surtout la matière juridictionnelle. Selon un auteur, elle serait même le signe de la régularité de l'activité juridictionnelle[1202]. Ensuite, l'accélération du temps social explique aussi le regain d'intérêt pour cette exigence. Foisonnement anarchique de textes instables, contradictions entre eux et perte de qualité de la norme sont aujourd'hui le lot commun de nombreux systèmes juridiques. À tel point qu'il faut, pour certains auteurs, reconsidérer toute sa consistance[1203].

215. Enfin, l'avènement de la *fondamentalité* [1204] et, corrélativement, du contrôle *concret* de proportionnalité rouvre les débats sur la façon de la respecter[1205]. Comme nous avons pu le noter, cette exigence serait totalement malmenée par le contrôle *concret* de conventionnalité des lois développé par le juge administratif[1206]. Cependant, nous affirmerons que le développement de ce nouveau contrôle a conduit à renforcer l'exigence de *prévisibilité juridique*, du moins à lui donner une autre forme[1207]. Effectivement, le contrôle effectué par le juge administratif dans l'affaire *Gomez-Turri*, malgré certaines critiques possibles, introduit une pluralité de données qui plaident pour la stabilisation de la matière juridique ainsi qu'une plus grande prédictibilité de la décision juridictionnelle. Plus précisément, le contrôle *concret* de conventionnalité des lois aurait des vertus *normatives*. En effet, la mise en œuvre de ce raisonnement favorise l'émergence de critères concrets grâce auxquels la norme de référence acquiert une sorte de consistance prescriptive, que retrouveront par la suite tous les justiciables. Mais sans le préalable *méthodologique* qu'implique ce contrôle, la norme nécessaire en vue de la réalisation du jugement et la solution ne seraient qu'indéterminées. Au final, le juge administratif va, grâce à la nouvelle teneur de ce contrôle, renouveler la substance de l'exigence de *prévisibilité juridique* dans un sens totalement novateur par rapport à ce qui était connu jusqu'à maintenant. Assurément, il vient consacrer une méthode claire et démocratique (**CHAPITRE 1**) qui permet, *in fine*, de renforcer la prévisibilité des conclusions

[1199] F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Milan, Giuffrè, 1968, p. 47 cité par M. Luciani, « L'éclipse de la sécurité juridique », *RFDC*, 2014, n° 100, p. 992.
[1200] *Voy*. F. Grech, « Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français », *RFDC*, 2015, n° 102, pp. 405-428, spéc. pp. 410-411.
[1201] J. Carbonnier, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in *Flexible droit*, LGDJ, Paris, 2001, p. 193.
[1202] J. Jiang, *Essai sur la notion de situation juridique et son extension en droit administratif français*, *op. cit*., pp. 280 et s.
[1203] *Voy*. F. Tulkens, « La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer », *RIEJ*, 1990/24, pp. 25 et s.
[1204] *Voy*. M. Luciani, « L'éclipse de la sécurité juridique », *op. cit.,* p. 995.
[1205] *Voy*. E. Ballot, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, *op. cit*., pp. 392 et s.
[1206] Pour une synthèse sur la question : F. Marchadier, « Le juge judiciaire face à la multiplication des sources des droits fondamentaux », *op. cit*., pp. 4-5.
[1207] Comme le notait un auteur : S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit* (…), *op. cit*., p. 342 : « *d'une certaine manière, il n'y a pas plus de sécurité juridique qui se trouve ici offert, mais bien une autre forme de sécurité juridique* ».

juridictionnelles ainsi que leur caractère juste (**CHAPITRE 2**). Tout cela renouvelle à la fois l'office du juge administratif et l'appréhension du contentieux administratif par les individus.

CHAPITRE 1
L'ÉMERGENCE D'UNE PRÉVISIBILITE JURIDIQUE MÉTHODOLOGIQUE : UN FACTEUR DE FIXITÉ ET DE FLEXIBILITÉ

216. Cette méthode « *est une nécessité pragmatique* »[1208], telle est la conclusion que nous allons retenir dans ce chapitre. Il est certain que le contrôle développé dans l'arrêt *Gomez-Turri* tranche avec ce qu'il se faisait auparavant. En réalité, il illustre de la plus grande rigueur que tente d'apporter le Conseil d'État par rapport aux contentieux du même ordre[1209]. Effectivement, le juge développe ici de véritables lignes directrices qui favorisent la stabilité et la crédibilité du débat juridictionnel. Avec cet arrêt, le juge administratif abandonne enfin l'apparence d'une décision puisée déductivement de la Loi – ainsi que l'arbitraire subséquent –, il s'ouvre à un autre cadre qui exerce une contrainte puissante sur lui ainsi que sur la structure des arrêts[1210]. Dit autrement, il développe une méthode qui tranche avec le modèle *syllogistique* traditionnel ainsi que l'ambiguïté qui recouvre automatiquement le raisonnement. Il s'est lié à un nouveau processus qui rend compte de la volonté d'assurer une meilleure effectivité des droits fondamentaux, mais aussi de favoriser la démocratisation et la concrétisation de la décision. L'exigence de *prévisibilité juridique* ainsi que la cohérence du droit en ressortent indubitablement renforcées. Au final, nous pouvons dire que la solidité méthodologique est le mode d'expression privilégié du contrôle *concret* de conventionnalité des lois. Néanmoins, entendons-nous bien, cette méthode n'a pas la prétention de prédire les décisions des juges, elle entend plutôt anticiper stratégiquement les axes du débat juridictionnel et les arguments qui pourront être opposés en faveur du choix d'une solution au détriment d'une autre. En d'autres mots, une méthode *limpide* et spécifiquement démocratique[1211] est développée dans les procès de la conventionnalité qui permet aux citoyens de trouver une certaine constance ainsi qu'une place dans le processus décisionnel du juge (nous envisageons ici le critère de la *certitude* avant celui de la *confiance*, critères propres à l'exigence de *prévisibilité juridique*) (**Section 1**) ; mais elle assure aussi une certaine *flexibilité*. Cette dernière ne doit pas être appréhendée comme un élément qui prône l'anarchie, bien au contraire, elle participe à renforcer la sécurité et le sentiment de *justice* puisqu'elle s'appuie sur les caractéristiques précises et actuelles des différents litiges – nous envisageons ici le critère de la *confiance* avec celui de la *certitude* – (**Section 2**). Dorénavant, l'exigence de *prévisibilité juridique* est revêtue d'une parure dite « *méthodologique* »[1212] ou « *procédurale* »[1213]. Une dimension nouvelle qui est particulièrement protectrice[1214] ainsi que particulièrement adaptée à notre contexte institutionnalo-démocratique comme l'affirmait J. Habermas[1215]. Elle nous fait rentrer « *dans l'ère post-positive* »[1216] dans laquelle la controverse ainsi que les garanties méthodologiques deviennent la clé de voûte de la sphère contentieuse.

[1208] M. Miaille, *Introduction critique au droit*, Librairie F. Maspero, Paris, 1977, p. 210.
[1209] P. Deumier, « Le contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *op. cit.,* p. 581.
[1210] C. Jamin, « Cour de Cassation : une question de motivation », *op. cit.*, p. 1446.
[1211] *Voy*. H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité », *op. cit*., pp. 1376-1377.
[1212] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit*., pp. 710 et s.
[1213] F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit*., p. 442.
[1214] A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Paris, 17e édition, 1991, « méthode » : elle est envisagée comme « *un programme réglant d'avance une suite d'opérations à accomplir et signalant certains errements à éviter, en vue d'atteindre un résultat déterminé* » (souligné par nous).
[1215] J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, *op. cit.,* p. 242 : « *Un système juridique qui n'est pas seulement composé, conformément à l'image positiviste, de "règles", et donc de normes avec des procédures d'application a fortiori intégrées, ne peut se porter garant du même degré de prédictibilité des décisions de justice que le permettent des programmes conditionnels. La conception classique de la sécurité juridique, (...), requiert une structure de règle à laquelle un système juridique complexe et autoréférentiel, construit à partir de règles, de principes et de desseins, ne peut plus satisfaire. C'est pourquoi une sécurité juridique qui repose sur la connaissance d'attentes de comportement conditionnées de manière univoque, représente elle-même un principe qui, dans un cas concret, doit être mis en balance. (...) La théorie du droit que nous postulons permet des décisions "qui sont les seules justes" et qui garantissent la sécurité juridique la prétention à une procédure équitable qui ne garantit aucune sécurité de résultat mais une élucidation par la discussion des questions juridiques et matérielles en cause ; les personnes concernées peuvent donc compter sur le fait que, dans la procédure, ne seront décisives pour la décision judiciaire aucune raison arbitraire, mais uniquement des raisons recevables. Si nous considérons le droit en vigueur comme un système de normes idéalement cohérent, cette sécurité juridique dépendant de la procédure peut satisfaire l'attente dont est susceptible de faire preuve une communauté juridique soucieuse de son intégrité et guidée par des principes, à savoir que chacun soit garanti dans les droits qui lui reviennent* » (souligné par nous) ; M. Grange, *Compétence du juge et recevabilité de la requête : leurs relations dans l'exercice du pouvoir juridictionnel – L'exemple de la Cour internationale de Justice*, thèse de Droit, Université Panthéon-Assas, Paris II , 2011, p. 22 : « *Les Etats ont besoin d'une sécurité et d'une prévisibilité procédurales lorsqu'ils consentent à ce que le juge connaisse des différends qui les concernent* » puis pp. 532-560 et 593.
[1216] F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 513.

Section 1
Une méthodologie limpide au service des procès

217. La solidité méthodologique du contrôle concret de conventionnalité des lois. – Il existe bien un fil d'Ariane dans le contrôle *concret* de conventionnalité des lois opéré par le Conseil d'État qui participe à la stabilisation de la controverse juridictionnelle. Les quelques décisions relatives à ce domaine exacerbent cette méthode effective – bien loin de la méthode déductive – qui consiste à se demander continuellement s'il existe un rapport de convenance ou de disconvenance entre les différentes données présentes dans un cas précis. Autrement dit, si la raison d'être de chacun des comportements se trouve en adéquation avec la raison d'être de la norme de départage. Cette démarche garantit donc la constance d'une méthode qui fait de chaque contentieux un espace dialectique, un espace d'échange. Plus précisément, une *zone de dialogue prioritaire* dans laquelle les parties au procès et leurs intérêts concrets ne sont point négligés et deviennent des éléments structurants de la décision. C'est en cela que nous parlerons de la nature *dialogique* de ce contrôle (**§I**). De cette manière de procéder découle tout naturellement une logique de *justification* et de *persuasion*. Ici, les différentes parties et précisément les autorités concernées doivent justifier leur comportement en expliquant les raisons pour lesquelles elles sont passées outre certaines libertés. L'activité de justification exerce également une contrainte sur le juge, lui interdisant un recours tous azimuts à des accommodements. Il doit s'appuyer sur les raisons des parties ainsi que coller au plus près de la réalité des circonstances de la cause, mais surtout il doit expliciter les raisons qui sous-tendent la solution. Tout cela postule pour la nature *justificative* de ce contrôle (**§II**). *In fine*, ce contrôle, stable et cohérent, constitue un « *forum de discussion où s'échange à la fois le contenu des thèses opposées et se justifie par la motivation le choix du décideur* » [1217]. Tout cela participe à cantonner la subjectivité du juge et son pouvoir d'appréciation dans une mesure certainement plus forte que n'importe quel autre mode de raisonnement. En somme, l'aléa est mieux muselé. Plus encore, cette méthode fixe à l'avenir la façon dont le juge devra mener le raisonnement et introduit des garanties que retrouveront tous les individus dans ce contentieux. Il y a désormais une stabilité méthodologique qui démontre aussi la spécificité du « procès » en matière de conventionnalité-fondamentalité.

§I - La nature dialogique du contrôle concret de conventionnalité des lois

218. Le dialogue entre les prétentions des parties instauré par le contrôle *concret* de conventionnalité des lois est sûrement la plus belle manifestation de ce mode de raisonnement[1218], mais aussi de la rénovation de l'exigence de *prévisibilité juridique*. C'est par la mise en relation des données – par un raisonnement *dialectique* – que peut et doit se dégager une vérité juridictionnelle dans tous les procès relatifs à la conventionnalité, *a fortiori* à la fondamentalité[1219]. Une vérité également légitime, puisqu'appréhendée et fondée sur les intérêts des comparants, là où le mode de raisonnement classique tendait à peu ou prou les nier en raison de son aspect monolithique. Le procès deviendrait réellement « *un problème à résoudre grâce à la collaboration des intéressés et du magistrat, représentant de la collectivité* »[1220]. Désormais, avec l'intégration pleine et entière de cette méthode, se met en place une zone de concurrence dans laquelle les revendications des parties deviennent fondamentales, elles influent sur la conclusion à adopter. Comme des actionnaires sur le marché boursier, les différents comparants au litige sont susceptibles de modifier le cours de la solution. Au total, cela plaide à la fois pour une meilleure fixité de la démarche du juge et une plus grande légitimité de ses solutions (*A*). Mais également, cette méthode vient rétablir *l'équité* et *l'égalité* des procès, c'est-à-dire qu'elle cristallise le renforcement du rôle et des droits des parties dans le débat juridictionnel[1221], ainsi que leur équilibre. Effectivement, ces dernières sont assurées de trouver un même mode de raisonnement qui prône, d'une certaine façon, l'idée de *Justice* (*B*).

[1217] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.,* p. 518.
[1218] *Voy.* A.-S. Epstein, « La recodification du droit français des contrats et le droit européen », *La Revue des Juristes de Sciences Po*, Automne 2016, n° 12, pp. 16-18.
[1219] *Voy.* M. Mekki, « Vérité et preuve : Rapport français », in *La preuve. Journées internationales 2013 d'Amsterdam, Pays-Bas et Liège, Belgique*, Bruylant, coll. "Travaux Henri Capitant", Bruxelles, vol. LXIII, 2015, pp. 813-847.
[1220] H. Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Rivière et Cie, Paris, 1964, p. 54.
[1221] Plus précisément avec ce que recouvre actuellement la notion du « *droit à un procès équitable* » : J. Andriantsimbazovina, F. Sudre et a., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, op. cit.,* pp. 342-358, spéc. p. 349 et s.

A) L'avènement d'une mise en concurrence concrète dans les procès

219. La nature dialogique/dialectique du raisonnement et de la méthode du juge administratif en matière de conventionnalité des lois. – Le contrôle *concret* de proportionnalité, propre au contrôle de conventionnalité des lois, est « *un forum (…) où sont mises en rapport les raisons ou encore les objectifs poursuivis par les intérêts particuliers en cause* »[1222]. Voilà une remarque qui exacerbe parfaitement la spécificité méthodologique et intellectuelle de ce contrôle. Tout cela s'explique par l'idéologie qui anime ce contrôle, c'est-à-dire que le Droit se détermine de manière rhétorique et non plus de manière apodictique. Désormais, et nous avons pu en attester au fil de nos développements, il est certain que le contrôle *concret* de conventionnalité des lois constitue un espace particulière où s'effectue une mise en rapport des droits et des intérêts en cause dans un cas donné en vue de leur départage, de leur conciliation dirons-nous[1223] – nous utiliserons ce dernier terme dans un sens tout à fait particulier, c'est-à-dire l'établissement d'une solution de manière autoritaire, mais fondée sur les éléments précis du procès. La conclusion juridictionnelle serait alors le fruit d'un rapport entre ces variables[1224]. Plus précisément, elle donne lieu à « *du droit négocié* »[1225]. Là est la principale évolution introduite par ce contrôle, surtout d'un point de vue méthodologique ! Ce qui caractérise spécifiquement la méthode inhérente à ce contrôle c'est son aspect *dialogique* ou *discursif*. C'est d'ailleurs lui qui est à même d'exprimer de la manière la plus complète la méthode de réalisation des droits fondamentaux sachant que leur nature propre est celle d'une *relation*. Dès lors, qu'importe les affaires, il y aura toujours une mise en concurrence, puisqu'elle est l'élément central de la nouvelle méthodologie du juge administratif. Il y aura toujours « *une véritable mise en balance des différents intérêts en présence et non à la prédominance systématique des droits fondamentaux sur l'intérêt général* »[1226].

220. Pour être plus précis, le *dialogisme* de cette méthode se manifeste par une "pondération" entre les différents intérêts en présence, selon une norme de départage, et par la concrétisation de cette discussion dans l'arrêt. En réalité, il se caractérise par la cristallisation d'une querelle entre des principes juridiquement protégés et opposés. Cette façon de raisonner se distingue alors de la méthode classique de jugement, c'est-à-dire le syllogisme pur, dans lequel se fait jour, théoriquement, un raisonnement *déductif*, un raisonnement *dogmatique* où les parties et les circonstances de la cause n'ont que peu de place. C'est en cela que nous notons son aspect *monologique*. Dans notre cas, la mécanique interne de cette méthode est sensiblement différente, elle est plus réflexive. En effet, la conclusion du raisonnement ne se construit pas par déduction, mais bien par mise en perspective, rapport entre une pluralité d'éléments. Il implique fondamentalement une pesée entre deux argumentations contraires dont les termes sont mélangés d'éléments factuels et juridiques, puisque ces éléments sont les seuls, avec la norme de référence, à pouvoir établir le périmètre de la discussion et le sens à donner à la conclusion juridictionnelle. En somme, avec lui, une véritable controverse doit s'installer et une activité combinatoire afin de déterminer une solution satisfaisante. Pour résumer la chose, affirmons que la méthode est marquée par une "discursivité". C'est pourquoi nous voyons régulièrement des rapprochements de cette méthode avec les termes de « *juste équilibre* » et de « *mise en balance* » [1227], termes qui illustreraient le mieux le cœur même de ce contrôle[1228] et de l'idéologie de la proportionnalité qui l'inspire[1229]. D'une certaine façon, le raisonnement propre à ce contrôle, c'est-à-dire un raisonnement *dialectique*, suscite un cadre méthodologique dans lequel un dialogue de coopération entre les variables en cause permet d'assurer leur concrétisation. La méthode

[1222] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.,* p. 76.
[1223] H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *op. cit*., pp. 657-658.
[1224] Exemple déjà cité : Cass, Civ. 1ère, 8 décembre 2016, *op. cit.,* dernier attendu : la règle « *poursuit un but légitime en ce qu'elle vise à sauvegarder l'intégrité de la famille et à préserver les enfants des conséquences résultat d'une modification de la structure familiale* » et la Cour souligne en suite que « *Mme X... avait 9 ans quand Pierre Y... 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 Pierre Y... n'avait duré que huit années lorsque les consorts Y... 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 Mme X..., au regard du but légitime poursuivi* » (souligné par nous).
[1225] F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 513.
[1226] J.-M. Sauvé, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Intervention de Jean-Marc Sauvé à l'Institut Portalis, *op. cit*.
[1227] *Voy*. A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, thèse de Droit, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, pp. 85-131 ; Des auteurs tels que Vlad Perju et Vicki Jackson, qui souhaitent distinguer la *proportionnalité* de *la mise en balance*, admettent tout de même que le plan *conceptuel*, les deux sont pratiquement identiques : V. Perju, « Proportionality and Freedom – An Essay on Method in Constitutional Law », *Journal of Global Constitutionalism*, 2012, pp. 334-367, spéc. p. 351.
[1228] *Voy*. P. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, pp. 2061-2070, spéc. p. 269.
[1229] *Voy*. E. Jeuland, « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *op. cit*., p. 21.

dialogique est, en d'autres termes, le fruit précis d'un choix épistémologique. Au final, elle traduit la démarche *dialectique* du juge et elle explicite les éléments pris en considération d'une façon beaucoup plus certaine que n'importe quel autre raisonnement. Il est certain qu'elle participe aussi à cloisonner fortement l'obscurité du raisonnement judiciaire comme son arbitraire. Effectivement, un raisonnement purement déductif n'est pas toujours gage de clarté méthodologique, le juge travestit parfois son raisonnement pour faire coller les différentes données du cas entre elles.

221. Dit autrement encore, le propre du raisonnement constitutif du contrôle *concret* de conventionnalité des lois procède de la réalisation du droit à travers la mise en relation des autonomies au procès en vue de leur départage. La prise en compte des plusieurs intérêts/données *a priori* concurrentiels apparaît dès lors comme une nécessité[1230]. Et c'est ce que tente de démontrer notre affaire. Seules la pondération des intérêts et leur confrontation permettront de trouver une solution avec ce type de raisonnement[1231]. Cette affirmation n'est pas sans rappeler les propos de F. Gény qui affirmait qu'« *au fond, le droit ne trouve son contenu propre et spécifique que dans la notion de juste, notion primaire, irréductible et indéfinissable, impliquant essentiellement, ce semble, non pas seulement les préceptes élémentaires de ne faire de tort à personne (…) et d'attribuer à chacun le sien (…), mais la pesée plus profonde d'un équilibre à établir entre les intérêts en conflit en vue d'assurer l'ordre essentiel au maintien et au progrès de la société humaine* »[1232]. En définitive, le contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois suppose, au moins dans notre affaire, la mise en scène d'un clivage *personne privée-personne publique* entre des acteurs de type individu-autorité publique et l'existence d'une action sous forme d'ingérence de la part de l'autorité publique[1233].

222. Ainsi, nous pouvons dire que le *dialogue* et le "*juste équilibre*" – terme souvent employé par le juge européen – sont bien les plus beaux avatars de la méthode inhérente à ce contrôle[1234]. Assurément, en s'efforçant de réaliser un départage, c'est-à-dire un <u>équilibre</u> – dans un sens particulier qui suppose, non pas l'harmonie des variables, mais plutôt « *tour d'adresse dans lequel on maintient le corps ou quelque objet fragile dans un état stable, bien que les positions soient très difficiles* » puisqu'il est soumis à des forces opposées, comme nous le dit le Littré en ligne –, entre des intérêts opposés, le juge doit se focaliser à l'évidence, avant tout, sur les <u>rapports</u> entre les intérêts en cause et les principes qui les sous-tendent. Il n'en demeure pas moins qu'il sera tenu pour y parvenir de s'appuyer sur une norme de référence. Finalement, dans ce contrôle, le jugement est la conclusion issue de la mise en œuvre du raisonnement dialectique fondé sur une mise en concurrence d'intérêts opposés. Dans notre affaire comme celles de la CEDH, la recherche de cet "*équilibre*" – c'est-à-dire de cette solution équilibrée – se reflète dans la structure même de la motivation des arrêts par l'intermédiaire de l'explicitation des thèses des parties, qu'importe les formules et standards employés. Nous notons alors que la méthode entend dépasser certaines idées reçues, comme le caractère monologique imposé par la lecture subjective des droits fondamentaux, et entend développer un échange qui bénéficie aux différentes parties. Elle postule pour une solution unique et immuable, elle assure une sécurité de faire entendre ses intérêts et de pouvoir les voir primer.

223. La synthèse. – Pour synthétiser notre propos – ce qui n'est pas toujours aisé avec ce contrôle – nous affirmerons que la méthode constitutive du contrôle *concret* de conventionnalité des lois conduit à une appréciation détaillée de la nature de tous les intérêts en jeu dans les circonstances de la cause. Plus précisément, elle postule qu'« *il faut partir de l'idée qu'une ligne de conduite raisonnable s'établit comme la résultante de deux sortes d'intérêts opposés : ceux que le comportement considéré risque de léser, et ceux, qui s'attachent au contraire, à l'exercice d'une libre activité (…et) la règle de comportement est ainsi fonction de deux variables, qui sont implicitement comparées l'une à l'autre* »[1235]. Les étapes méthodologiques qui forment la trame de ce contrôle peuvent se résumer finalement comme suit : d'une

[1230] Pour un exemple précis au-delà du contentieux administratif : CEDH, 28 septembre 1995, *Scollo c. Italie*, n° 19133/91, § 37.
[1231] T. Jeremy Gunn, « Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis », *Emory International Law Review*, 2005, n° 19, pp. 465-498, spéc. p. 494 : « *(…) the proportionality analysis itself – which involves weighing and balancing relationships – should be understood as being analytically distinct from the identification of the elements themselves. Thus, proportionality analysis is in fact the final step and consists of weighing the different components against each other* ».
[1232] F. Gény, *Science et technique en droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, T.I. Sirey, Paris, 1914, n°16, p. 50.
[1233] *Voy*. P. Moor, « Systématique et principe de proportionnalité », in *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges offerts à M. Fromont*, , PUF, Paris 2001, p. 319 : « *lorsque sont garanties en même temps les libertés individuelles et, dans une étendue plus ou moins grande, des objectifs de solidarité et de gestion des biens communes ou environnementaux, la proportionnalité manifeste la condition d'un équilibre entre l'autonomie de chacun et les exigences de l'intérêt général* » ; P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.,* pp. 101-108.
[1234] A.-F. Zattara, « La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété », thèse de Droit, LGDJ, Paris, t. 351, 2001, p. 91 : ces expressions « *sont utilisé(e)s de façon interchangeabl*e ».
[1235] N. De Jean De La Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en Droit Civil français*, LGDJ, Paris, Tome LVII, 1965, p. 145.

part, « *ils supposent d'apprécier la nature de la liberté restreinte* ». Cela signifie qu'il faut s'interroger « *sur les motifs qui sous-tendent la mise en œuvre de cette liberté, schématiquement, les valeurs qui justifient son existence et les motifs qui sous-tendent la restriction, schématiquement, les valeurs qui justifient la restriction à son application* » ; d'autre part, « *ils nécessitent de s'interroger sur la nature de la restriction mise en œuvre* », c'est-à-dire qu'il faut s'appesantir « *sur les motifs qui sous-tendent la mise en œuvre de ces restrictions, schématiquement, les valeurs qui justifient la restriction à son application et les motifs qui sous-tendent la liberté à laquelle il est porté atteinte, schématiquement, les valeurs qui justifient son existence* » [1236].

224. La prise de puissance corrélative des parties au procès. – Corrélativement, une telle posture entend faire des parties la pièce angulaire de l'édifice méthodologique. Ce qui leur assure de se faire entendre ainsi que de comprendre les revendications adverses afin de mieux appréhender le débat et la solution[1237]. *Exempli gratia*, dans l'affaire *Gomez-Turri*, le juge recherche un rapport de convenance entre les droits et les intérêts de M[me] Gomez et les droits et intérêts individuels et collectifs que tendent à protéger les dispositions législatives. Un dialogue s'installe bien entre ces éléments[1238]. Cela apparaît encore plus clairement dans les ordonnances postérieures relatives aux inséminations *post-mortem*. En effet, dans l'ordonnance du Tribunal administratif de Rennes, nous trouvons de longs développements – les considérants 8 à 11 – sur la confrontation de ces éléments qui est au cœur de la solution. Le considérant n°10 est sûrement la meilleure illustration, il affirme que « *le législateur a entendu de manière générale préserver les intérêts propres à l'enfant, cet objectif ne saurait, sans porter atteinte au droit que la requérante tire de l'article 8 de la Cour européenne des droits de l'homme de définir de manière autonome son projet familial, à la suite du double deuil qui l'a affecté, prévaloir dans les circonstances très particulières de l'espèce, sur la volonté que M. et Mme H... avaient clairement exprimée de mener à son terme leur projet parental* ». D'une certaine façon, la méthode inhérente à ce contrôle conduit à la création d'une arène dans laquelle les individus vont combattre, et dont la décision finale reviendra au juge en fonction des éléments du combat. Le poids des faits et le rôle de l'argumentation permettent de rendre compte de cette réalité – nous le verrons par la suite. Tous ces éléments participent à modifier le raisonnement du juge, mais surtout à circonscrire sa réflexion, il développe une solution en lien étroit avec les parties et ce qu'elles estiment. Les juges asseyent ainsi la validité de leur raisonnement sur ce garde-fou que constitue la « *controverse* » entre les comparants, qui sera toujours explicitée. Cela démontre également que les propos des requérants ne sont pas négligés, mais surtout ne sont pas exclusifs. D'ailleurs, la société, par l'intermédiaire de la Loi jugée, est amenée à se prononcer dans cette arène, développer des arguments qui dépasseront sûrement le simple cas. Elle rendra compte de l'état de l'opinion, des valeurs et des enjeux qui se cachent derrière le dispositif législatif. L'intérêt général trouve un terrain pour discuter, contrairement à ce que semblent dire des commentateurs[1239]. Par ailleurs, dans toutes les affaires, une même trame est identifiable, les individus ne sont pas pris de court sur la manière dont le juge détermine une solution. La méthode est unique et surtout limpide : elle est *dialectique/dialogique*. Elle impose, en plus, une véritable réflexion au juge qui ne doit pas se cantonner à une analyse de surface et se laisser entraîner par des considérations inhérentes à une seule partie. Par cette méthode dialogique, les juges administratifs favorisent la *confiance* et la *certitude* dans les moyens utilisés et le résultat, ce qui, indéniablement, participe à renforcer l'exigence de *prévisibilité juridique*.

225. En guise de conclusion, nous pouvons retenir que « *la mise en balance exposée restreint le juge et ses préférences personnelles occultes et impropres en dévoilant chaque étape dans le processus mental ; elle maximise la possibilité d'atteindre un consensus collégial en donnant réponse à chaque préoccupation des collègues qui manifesteraient des désaccords ; elle offre aussi une description complète du processus conduisant à la décision du juge, permettant les analyses postérieures des juristes et l'évaluation des citoyens* »[1240]. Cependant, cet aspect dialogique a des effets particulièrement intéressants puisqu'il permet de rétablir *l'équité* et *l'égalité* dans les procès, qui sont synonymes de protection et de sécurisation du débat

[1236] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.,* pp. 230-232.
[1237] J.-C. K. Dupont, « Établir, qualifier, argumenter (…) », *op. cit.,* p. 89 : « *la "manière" des comparants de présenter les "faits" à la Cour influe sur la décision* ». Une étude sur des *stratégies* possibles des comparantes est faite par lui et démontre bien tout cet aspect : pp. 90-96.
[1238] *Voy.* A. Bretonneau, « Droits subjectifs et interdit législatif », *op. cit*., pp. 746-748.
[1239] *Voy.* C. Lassalas, « Insémination post mortem : si le droit devenait compréhensible ? », *op. cit.,* pp. 12-14.
[1240] F.-M. Coffin, « Judicial Balancing : The Protean Scales of Justice », *New York University Law Review*, 1988, n°63, pp. 16-42, spéc. p. 25 (traduit par nous).

juridictionnel. Des mots qui aujourd'hui font frémir plus d'un observateur, mais qui pourtant obtiennent une place justifiée dans nos développements.

B) L'avènement de l'équité et de l'égalité dans les procès

226. L'arbitraire et l'équité. – L'émergence de la notion *d'équité* dans le débat juridique contemporain s'intègre couramment dans des réflexions relatives au renouvellement des méthodes de jugement. Aujourd'hui, en même temps que l'autorité des juges est recouvrée, l'équité ressurgit et trouble particulièrement les juristes français[1241]. Elle est vue comme un concept totalement destructeur qui s'affranchit de toutes considérations et réinstaure « *le spectre d'un anarchique "gouvernement des juges"* »[1242] que tentait de combattre les révolutionnaires[1243]. Fustigée par les justiciables, cantonnée par le législateur, quasi ignorée par la doctrine, l'équité serait frappée d'une sorte d'interdit, puisqu'elle serait la résurgence des anciennes peurs que suscitait l'arbitraire de son utilisation par la justice de l'Ancien régime. Elle correspondrait finalement à une « *logique de cœur* »[1244] mise en œuvre par le juge qui « *paraît inconvenant(e) et politiquement incorrect(e) (...) (en ce) qu'elle est perçue (...) comme un blanc-seing donné au juge pour statuer selon ses humeurs ou ses convictions* »[1245]. L'associer au contrôle *concret* de conventionnalité des lois serait donc particulièrement explosif, il conduirait à amalgamer « *contrôle de proportionnalité, jugement en équité (...) et arbitraire* »[1246]. Pourtant ce concept a toujours entretenu de près ou de loin des liens avec la matière juridique et surtout la sphère juridictionnelle. Il suffit de rappeler le discours de Portalis[1247] ou encore les réflexions de Aristote[1248] pour comprendre qu'elle est un point cardinal du Droit, entendu au sens large. Puis, il apparaît que la question de l'équité est au centre de l'activité de tout juge qui doit non seulement dire le *Droit*, mais surtout rendre la *Justice*. Dans son *Précis de droit administratif*, le Doyen Hauriou reconnaissait déjà que : « *le droit administratif est un droit d'équité fondé sur la prérogative de l'administration, fait par le juge et organisé selon la théorie de l'acte* »[1249]. Leur consubstantialité ne peut cependant pas être occultée, « *l'équité apparaît (...) comme étant inséparable de l'acte même de juger* »[1250] et le contrôle *concret* de conventionnalité des lois viendrait lui redonner ses lettres de noblesse dans les procès, comme l'explicite une partie de la doctrine[1251].

227. Quel contenu ? Pour quelle équité ? – Toutefois, il convient de revenir sur les diverses acceptions de *l'équité* qui sont couramment utilisées afin de venir démystifier ce concept et lui rendre la place qui est la sienne. Il est certain que l'équité est un concept fuyant[1252] et largement plus complexe que l'idée d'une « *exception au droit strict* »[1253] conçue comme une sorte d'évocation d'une parole transcendantale – *justnaturaliste*[1254] – par rapport à la norme formelle, elle affinerait la sentence par-delà la matière brute des lois positives écrites et selon le cas d'espèce[1255]. En réalité, elle a une acception relativement intéressante et différente en droit romain, là où elle a été exaltée[1256]. Pour dire les choses simplement, chez les Romains, le Droit de la Cité se donne pour but essentiel et principal le maintien de l'*aequabilitas*, traduit par l'idée de « *juste proportion* » selon M. Villey[1257]. La matière juridique s'incarne, en somme, dans la justice et la sert. Il n'est pas de plus célèbre définition que celle donnée Ulpien dans le *Digeste* : « *jus est ars boni et aequi* ». En définitive, le Droit a pour fonction de réaliser l'équité, c'est-à-dire le juste rapport de proportion entre

---

[1241] *Voy.* M.-L. Pavia, *L'équité dans le jugement*, L'Harmattan, coll. "Logiques juridiques", Paris, 2003.
[1242] J. Krynen, « Avant-propos », *in* J. Krynen (dir.), *L'élection des juges, étude historique française et contemporaine*, PUF, coll. "Droit et Justice", Paris, 1999, p. 7.
[1243] J. Krynen, *L'Etat de justice, France, XIII-XXe siècles : L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard, coll. "Bibliothèque des histoires", Paris, vol. 2, 2012, p. 33 : « *la reconnaissance constitutionnelle d'un pouvoir judiciaire est tout le contraire d'une promotion. Elle vise à spécialiser cet organe de l'Etat, à le contenir dans une activité exclusivement contentieuse, limitée au strict évidage des procès civils et pénaux. L'objectif poursuivi est la dévitalisation politique de la justice* ».
[1244] J. Carbonnier, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *in* C. Perelman et R. Vanderelst (dir.), *Les notions à contenu variable*, travaux du CNRL, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 112.
[1245] A. Girardet, « Équité du juge : et si on levait le voile ? », *Justices* n°9, janvier-mars 1998, p. 1.
[1246] H. Fulchiron, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité », *op. cit.,* p. 1472.
[1247] J.-E.-M. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*, Joubert-Librairie de la Cour de cassation, Paris, 1844, pp. 158-159, disponible sur Gallica.
[1248] Aristote, *Éthique à Nicomaque*, 1137a-1138, trad. G. Jolif, Louvain-Paris, 1958, Livre V, chap. 14 : « *L'équitable, en effet, tout en étant supérieur à une certaine espèce de justice, est lui-même juste : ce n'est pas comme appartenant à un genre différent qu'il est supérieur au juste. Le juste et l'équitable sont donc une seule et même chose, et l'un et l'aautre sont bons, mais l'équitable est le meilleur des deux. Ce qui fait la difficulté, c'est que l'équitable, bien qu'il soit juste, n'est pas le juste conforme à la loi, mais il est plutôt un amendement du juste légal* ».
[1249] M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de Droit public*, Sirey, Paris, 8e édition, 1914.
[1250] B. Majza, « Equité et droits fondamentaux », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux,* 2002, n° 1, pp. 80-89, spéc. p. 81.
[1251] *Voy.* H. Fulchiron, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *op. cit*., p. 1472.
[1252] E. Loquin, « Équité », in L. Cadiet, *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004, p. 425 : l'auteur considère que l'équité est « *indéfinissable* ».
[1253] E. Agostini, « L'équité », *D.* 1978, p. 7.
[1254] Contrairement à ce que laisse poindre S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit*., pp. 636 et s.
[1255] J. Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, Paris, 1960, p. 261 : « *(l)'équité est essentiellement une affaire d'espèce : c'est là son caractère distinctif* ».
[1256] Notamment par Cicéron : G. Ciulei, *L'Équité chez Cicéron*, Hakkert, Michigan, 1972, 61 p.
[1257] M. Villey, *Philosophie du droit*, *op. cit*., p. 68.

les parties au litige, en notant qu'il n'équivaut pas à la recherche de l'égal, mais du proportionné, c'est-à-dire du « *suum quique tribuere* ». Effectivement, comme le disait encore Ulpien : « *Juris praecepta sunt haec : honeste vivere, neminem laedere, suum quique tribuere* », se traduisant comme suit : « *les préceptes du droit sont les suivants : vivre honnêtement, ne pas nuire à autrui, rendre à chacun ce qui lui est dû* »[1258].

228. La consubstantialité entre le contrôle concret de proportionnalité et l'équité[1259]. – À partir de ce postulat et selon notre définition méthodologique du contrôle *concret* de conventionnalité des lois, nous voyons que la recherche du départage *dialectique* entre les parties s'identifie à celle de *l'équité*[1260]. Elle est plus qu'une démarche d'individualisation et de recherche d'une solution adaptée en l'espèce, elle participe de l'idée d'une action de nivellement issue d'un déséquilibre de niveau à l'origine du litige en vue du rétablissement d'une situation dite équilibrée, notamment par un dialogue, une mise en balance. L'équité dans son acception naturelle implique, à l'instar du contrôle *concret* de proportionnalité et donc de conventionnalité des lois, un raisonnement *dialectique* du juge fondé sur la réalisation d'un départage équilibré entre les acteurs au procès. Le contrôle doit être effectué dans chaque cas particulier et en fonction des parties. Il y a, *in fine*, une consubstantialité entre ces deux éléments, une consubstantialité à caractère *dialogique*. Réinvestir *l'équité* dans notre étude conduit à exprimer la *justice* et la *justesse* de la méthode et de la solution[1261] en ce que ces dernières postulent pour une attention supplémentaire aux éléments du litige ainsi qu'aux allégations des comparants qui doivent être confrontées – au détriment de la subjectivité absolue du juge qu'implique un autre raisonnement[1262] – afin de trouver une solution satisfaisante. Mais également elle permet de retrouver une dimension importante des droits fondamentaux[1263]. Il est certain qu'admettre cela dépasse l'idée d'instabilité de l'équité[1264], elle est *a contrario* le totem de la plus grande justesse et de la plus grande stabilité du processus décisionnel du juge. C'est en cela que nous pouvons dire qu'elle a été réinvestie par le contrôle *concret* de conventionnalité des lois. Au bout du compte, la finalité de la méthode du contrôle *concret* de conventionnalité des lois s'incarne dans la finalité du Droit lui-même, celle de la *justice* incarnée dans la recherche de l'équité dans une relation d'intérêts opposés[1265] : *le départage dialogique*. L'équité serait l'achèvement de la justice, de la sécurité des individus[1266].

229. L'égalité et le contrôle concret de conventionnalité des lois. – Plus encore, cette méthode revient à rétablir *l'égalité* entre les parties autant qu'entre les normes. Ce contrôle ne doit pas être regardé comme un élément contraire au principe *d'égalité* comme nous pouvons souvent le lire[1267]. Bien au contraire, il permet son épanouissement dès lors que nous expliquons sa teneur qui est également fugace. Nous voyons que ces éléments entretiennent des rapports complexes. En effet, régulièrement des rapprochements sont effectués entre *équité* et *égalité* en raison en de la racine latine du mot : *aequus*. Au-delà de ces quelques considérations, encore une fois, nous nous garderions bien de faire un lien entre le contrôle *concret* de conventionnalité des lois et *l'égalité*. Le premier n'aspire pas à réaliser l'égalité arithmétique et absolue. En réalité, la mise en œuvre du contrôle *concret* de proportionnalité admet l'inégalité entre des individus radicalement différents et inégaux, et il convient donc de distinguer différents types d'égalité : *l'égalité intrinsèque aux parties et l'égalité extrinsèques/entre les parties*[1268]. L'impossible réalisation de la première ne signifie pas l'impossibilité de la seconde, au contraire, la présente vient la réaliser. Le contrôle *concret* de proportionnalité est à la fois un instrument du contrôle de l'application du principe d'égalité et un moyen de sa satisfaction. Là où la conception française de l'égalité est globalisante et absolue, et qui vient confondre le principe d'égalité et le principe de la légalité, mais également rendre chimérique sa réalisation

[1258] M. F. C De Savigny, *Traité de droit romain*, trad. C. Guenoux, Firmin Didot frères librairies, Paris, tome 1, vol. 1, 1840, p. 402.
[1259] *Voy*. E. Ballot, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 409 et s. ; P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.,* p. 412 : « *La proportionnalité permet de rendre des décisions dans lesquelles l'équité est sous-jacente* ».
[1260] *Voy*. F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit.,* p. 513.
[1261] P. Ricoeur, *Lectures 1*, *op. cit.,* p. 270 : « *L'équité s'avère ainsi être un autre nom du sens de la justice, quand celui-ci a traversé les conflits suscités par l'application même de la règle de justice* ».
[1262] B. Mazabraud, *De la juridicité (…), op. cit.,* pp. 253-258.
[1263] B. Majza, « Équité et droits fondamentaux », *op. cit.*
[1264] *Voy*. E. Ballot, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 447-448.
[1265] H. Mazeaud, « Les notions de droit, de justice et d'équité », in *Études offertes à Simonius*, Balsen, 1955, p. 230 : « *la justice n'est-elle pas synonyme d'équité ? Il est incontestable qu'entendu dans un sens large le mot équité ne désigne rien d'autre que la justice. Équité, égalité. Être équitable, c'est être juste, tenir égaux les plateaux de la balance. Nombreux sont ceux pour qui le terme équité n'a pas d'autre signification et qui refusent ainsi toute distinction entre la justice et l'équité* ».
[1266] D. Soulas de Russel et P. Raimbault, « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », *RIDC*, vol. 55 n°1, Janvier-mars 2003, p. 96 : « *Sa jurisdictio, qui était ainsi fort étendue et à ce titre, considérée comme "adjuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam", liait le juge. Le sentiment d'équité, la logique et surtout la prévisibilité des normes est donc à la base même du droit romain, qui mettait ainsi le principe de sécurité juridique en œuvre* ».
[1267] M. Guyomar, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », *op. cit.*, pp. 30-31 ; D. Girard, « Le contrôle concret de conventionnalité de la loi enfin admis par le juge administratif des référés », *op. cit.* : « *En revanche, sauf à vouloir mettre un terme au principe d'égalité, il conviendra au Conseil d'État de déterminer les hypothèses dans lesquelles un tel contrôle concret s'impose et suivant quelles limites* ».
[1268] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.,* pp. 170 et s.

ainsi que le sentiment de justice, la méthode déployée dans cette affaire rend compte d'une autre acception. Si cela nous ferait rentrer dans des développements particulièrement abscons, nous affirmons juste que le contrôle *concret* de proportionnalité « *c'est la consécration de l'égalité entre les intérêts des individus qui sont nécessairement inégaux* »[1269]. Par la mise en place d'une balance en fonction des intérêts en présence et l'argumentation des parties, l'objectif de cette méthode est bien de réaliser déjà une égalité par la possibilité pour les parties de faire valoir des droits et intérêts de même importance, mais également par le résultat à atteindre qui fonde cette méthode. L'impossible égalité des parties conduit à mettre en place une méthode qui est censée garantir *in fine* une telle égalité au moyen d'une égalité dans la parole et dans la pesée des intérêts en présence.

230. La maturité du contrôle concret de conventionnalité des lois. – En définitive, cette méthode *dialogique* est perçue par certains comme le pinacle de la « *maturité juridique* », tellement la critique sceptique du raisonnement déductif a convaincu[1270]. Assurément, « *la méthode de la mise en balance a marqué une rupture avec le passé, obéissant à la chute du conceptualisme et du formalisme du XIXe siècle, ainsi qu'à un demi-siècle d'évolution intellectuelle et sociale. À partir des travaux de Holmes, James, Dewey, Pound, Cardozo et les "Legal Realists", ainsi que d'une défense ardente du pragmatisme, de l'instrumentalisme et de la science, la mise en balance d'intérêts a témoigné de l'effort de la jurisprudence à démontrer qu'elle était capable de rejeter l'application mécanique du droit sans pour autant rejeter la notion même de droit* »[1271]. Elle permet également de redorer l'image du procès qui est censée être l'instance du discours et de la reconnaissance du Sujet[1272]. De façon globale, nous pouvons affirmer qu'avec cette méthode, la solution devient donc *discursive*, ce qui n'était pas le cas jusqu'à maintenant – ce qui est essentiel comme nous le montre G. Canivet – mais également plus *explicative*[1273]. Cette méthode assure, d'une certaine façon, une « *éthique de la discussion* » chère à J. Habermas et sa lecture de la démocratie.

231. La puissance subséquente de la justification et de l'argumentation dans la méthode du contrôle concret de conventionnalité des lois. – Néanmoins, faire du dialogue entre les intérêts des comparants la pièce centrale de l'édifice méthodologique du contentieux de la conventionnalité des lois conduit nécessairement à favoriser l'activité de *justification*[1274]. Il est clair que cette méthode privilégie la *motivation* et *l'argumentation*[1275] pour une raison simple : la solution n'est jamais instantanée et naturelle en matière de fondamentalité, il y a une quête permanente des fondements. Et la pesée des intérêts laisse toujours un pouvoir d'appréciation au juge[1276]. Il faut donc justifier la solution en tant que juge, mais également en tant que comparant. Assurément, ces derniers, comme piliers du processus décisionnel – ce qui avait été mis en hibernation[1277] –, se doivent de trouver des fondements à leurs prétentions et la meilleure stratégie argumentative afin de vaincre dans l'arène juridictionnelle. Sans leur intervention et leur activité de justification, le dialogue resterait en quelque sorte muet. « *Si victoire il y a, c'est toujours dans une bataille, non dans la guerre* »[1278], toutefois, il faut quand même des armes. Par conséquent, le contrôle opéré ne porte pas à proprement parler sur les situations, mais sur les *raisons* par lesquelles requérants et défendeurs entendent justifier leurs prétentions ; et il favorise leur explicitation. En d'autres mots, la « *balance des intérêts* » désigne un examen critique et dialogique de ces *raisons*. Comme le disait J.-C. K. Dupont : « *cette quête de "proportionnalité" n'engage pas une théorie de la connaissance, mais une théorie de la croyance ou, pour le dire plus adéquatement, une théorie de la formation et de la*

[1269] *Ibid.,* p. 172.
[1270] D. Kennedy, « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », in R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia et S. Weatherill (dir.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 185-220, spéc. p. 187.
[1271] T.A. Aleinikoff, « Constitutional Law in the Age of Balancing », *Yale Law Journal*, 1987, n°96, pp. 943-1005, spéc. p. 949 (traduit par nous).
[1272] P. Ricoeur, *Le Juste, la justice et son échec*, éd. de l'Herne, Paris, 2005, p. 29.
[1273] G. Canivet, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », in S. Caudal (dir.), *La motivation en droit public*, Dalloz, coll. "Thèmes & commentaires", Paris, 2013, pp. 236-239.
[1274] C. Perelman, *Droit, morale et philosophie*, LGDJ, Paris, 1976, p. 70 : « *Chaque fois que des controverses surgissent quant à l'existence ou à la portée de certains droits, il est normal que l'on cherche à rattacher ces droits controversés à un fondement idéologique, c'est-à-dire à des principes ontologiques, anthropologiques ou axiologiques qui, une fois admis, fourniraient des raisons suffisantes en faveur de tel droit ou de telle limitation ou hiérarchisation des droits. Une conception du réel, une vision de l'homme contient, en effet, implicitement des évaluations, des hiérarchisations, des structurations, qui permettent d'en dégager une axiologie, et y rattacher des normes morales et juridiques. En structurant le réel grâce à une ontologie, on privilégie, par le fait même, certains de ses aspects* ».
[1275] J.-C. K. Dupont, *Procès et sociabilité en matière de droits de l'homme : Analyse institutionnelle, épistémologique et argumentative des fondements et des techniques de protection des droits de l'homme au Conseil de l'Europe*, thèse de Droit, Université Nancy 2, 2009, pp. 340-341.
[1276] T. Schultz, « Pesée d'intérêts : réflexions autour de la notion d'intérêt », *op. cit.*, p. 307 : « *nous avons retenu l'idée que le pouvoir d'appréciation du juge est le corollaire de la pesée d'intérêts et que le juge peut arriver à plusieurs solutions juridiquement correctes. (...) Nous pensons donc que le juge ne peut pas n'aboutir qu'à une seule solution exacte* ».
[1277] *Voy.* C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La Nouvelle Rhétorique*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2000, p. 137 : « *C'est ainsi que le juge "n'est point autorisé à déclarer un fait constant, par cela seul qu'il en aurait personnellement acquis, en dehors du procès, la connaissance positive". L'intervention du juge risquerait de modifier les prétentions des parties, or ce sont les parties qui déterminent le procès, dans le cadre de la loi* » (souligné par nous).
[1278] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.,* p. 467.

concordance des opinions »[1279]. Nous pouvons affirmer sans mal la nature *justificative* de la méthode du contrôle *concret* de conventionnalité des lois. Une nature qui participe également à renforcer l'exigence de *prévisibilité juridique* puisqu'elle favorise la *confiance* et l'identification de l'architecture du processus décisionnel ainsi que la présence et la puissance des parties au procès – notamment le principe du *contradictoire*.

§II - La nature justificative du contrôle concret de conventionnalité des lois

232. Comme nous avons pu le dire dans la partie précédente, le nouveau paradigme a commandé la modification de la consistance rédactionnelle des arrêts, nous sommes passés d'un style assertorique à un style un peu plus rhétorique et fourni[1280]. Il résulte alors de l'introduction du contrôle *concret* de la conventionnalité des lois une plus grande activité de motivation – cette dernière deviendrait « *pluridisciplinaire* »[1281] – qui n'est pas totalement anodine. Elle atteste de la prise en compte assidue d'une pluralité d'éléments, de leur pesée minutieuse et elle rend transparente la démarche du juge. Tout cela s'explique par les caractéristiques de cette méthode et postule également pour la consubstantialité entre l'activité de *justification* et cette dernière. Assurément, faire acte de justification, c'est étymologiquement parlant « *faire justice* » – nous le retrouvons dans les racines latines de ce mot : *justificare, justifico*[1282]. Plus précisément, l'activité de justification consiste à « *chercher les raisons d'une action, ou des raisons pour soutenir une décision, une opinion (...), sur le motif qu'elle est juste ou qu'elle est rationnelle* »[1283]. Elle prend donc une place cardinale dans une méthode qui prône la balance des droits et des intérêts en présence, c'est-à-dire la controverse entre les parties. Effectivement, elle est exaltée par celle-ci en ce qu'elle devient le cœur de l'action des parties au procès et du processus décisionnel du juge (*A*), qui se traduit, *in fine*, par la mise en lumière d'un jugement réfléchi et la transparence argumentaire (*B*). Une nouvelle fois, ces éléments participent à sécuriser le débat juridictionnel, en effet, ils permettent aux individus de trouver des permanences qui renforcent la cohérence et la stabilité de la démarche du juge, ainsi qu'un respect plus profond de leurs droits[1284]. Comme le prédisait bien H. Lévy-Bruhl : « *le tribunal cesserait d'être un champ clos pour devenir une sorte de laboratoire où les efforts de tous (...), convergent vers un but commun qui est la recherche de la vérité* »[1285].

A) L'indispensable activité de justification des parties et du juge

231. L'activité de justification dans le contrôle concret de conventionnalité des lois : le cœur de la méthode. – « *La proportionnalité ne doit pas être analysée sous l'angle du caractère optimal de la mesure prise, mais sous celui du caractère optimal de l'appréciation de la justification des parties en cause au moyen d'une mise en balance aussi complète que détaillée que possible des raisons au soutien de leurs prétentions* »[1286]. Ces quelques mots de P. Muzny nous montrent combien l'activité de justification est importante dans le raisonnement du juge européen fondé sur la *proportionnalité concrète*. Dans la logique de la CEDH, admettre qu'une mesure d'ingérence se justifie dans un cas d'espèce équivaut à considérer qu'elle est proportionnée à l'objectif poursuivi parce que les raisons d'être qui la fondent sont conformes au but poursuivi par le juge de Strasbourg. Si des différences peuvent être notées dans celle adoptée par le juge administratif, nous affirmerons que la *justification* est toute aussi centrale dans son mode de raisonnement. Plus encore, elle semble être l'épicentre de la logique juridique[1287]. En effet, « *le droit n'a aucun sens sans la prise en considération des contradictions, car ce sont les contradictions elles-mêmes qui suscitent l'intervention de la norme juridique. Elles sont constitutives de son essence même. Les Hommes sont rivaux (...) et ils émettent des prétentions contradictoires. C'est de cette réalité-là que naît le besoin du droit en même temps que se constitue l'ordre social* »[1288]. Puis, comme nous avons pu le voir, la solution juridictionnelle ne relève pas dans ce domaine pas du *vrai*, mais du *vraisemblable*. Au final, c'est

[1279] J.-C. K. Dupont, *Procès et sociabilité en matière de droits de l'homme (...)*, *op. cit*., p. 296.
[1280] P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *op. cit*., p. 580.
[1281] B. Louvel, « Réflexions à la Cour de cassation », *Dalloz actualité* du 25 juin 2015, disponible sur le site de la Cour de cassation, pp. 1-2, spéc. p. 1.
[1282] F. Gaffiot, *Dictionnaire latin français*, *op. cit*., p. 875.
[1283] J. Wroblewski, « Justification », *in* A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologique du droit*, LGDJ, Paris, 2e éd.,1993, p. 332.
[1284] *Voy.* A. Brunée, « Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour ce cassation », in *Justice et droits fondamentaux : études offertes à J. Normand*, Litec, Paris, 2003, pp. 51-60.
[1285] H. Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire. Étude de sociologie juridique*, *op. cit.,* pp. 33-34.
[1286] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.,* p. 152.
[1287] A. Aarnio, *Le Rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, *op. cit*.
[1288] M. Chemillier-Gendreau, *Introduction générale au droit*, Eyrolles, Paris, 1990, p. 54.

précisément parce qu'une décision, dans notre cas, pourra difficilement éviter les querelles que la solution devra découler d'une dialectique tant des parties que du juge. Elle implique que les thèses présentées sous la forme de moyens ou de motifs soient fondées sur des arguments afin de les justifier. « *Dans un droit basé sur la prudence et non plus sur la science, ce qui détermine la solution, c'est le balancement des intérêts et des valeurs invoquées pour leur défense* »[1289]. Enfin, il est limpide que « *la controverse sur les droits de l'homme constitue une instance de "mise à l'épreuve" de droit d'une quelconque normalité démocratique* »[1290].

232. Dès lors, et d'une certaine façon, la méthode *dialogique* pousse les parties au procès à l'explicitation des *raisons* et à leur construction – cela se voit plus explicitement dans les arrêts de la CEDH qui sont marqués par une « *discussion-dissertation* ». Celui qui argumente en matière de conventionnalité construit sa revendication comme un schéma. Les comparants visent à convaincre de ce que leur lecture de l'affaire est plus idoine que toutes les autres. Ils vont pour ce faire mobiliser de nombreuses données, comme celles propres à l'espèce afin d'obtenir un argumentaire convaincant. Autrement dit, le besoin de justification dans ce contexte naît ainsi de la mise en concurrence d'au moins deux schémas. Si le résultat de la controverse réside dans l'affirmation de la supériorité d'un schéma sur le ou les autres disponibles, cela n'implique en aucun cas que le schéma victorieux soit moins inachevé qu'un autre. Le critère de la « *justification* » sera son caractère « *suffisant* » étant entendu qu'un « *fondement suffisant (…) écarte un doute ou un désaccord actuel, mais (…) ne garanti(t) pas, une fois pour toutes, l'élimination de toutes les incertitudes et de toutes les controverses futures* »[1291]. Il s'agira, pour le requérant, de faire valoir tous les éléments, et surtout factuels[1292] – puisque nous sommes dans un contrôle *concret* qui fait d'eux la pièce centrale des litiges, les parties doivent contextualiser au maximum et il est certain que « *l'abondance des faits deviendra une liberté là où elle était autrefois une malfaçon, mais elle deviendra une nécessité* »[1293] –, susceptibles de contrarier le plus possible la possibilité même d'une justification de l'ingérence par l'autorité tandis que celle-ci cherchera à faire valoir les éléments les plus favorables à faciliter la production d'une telle justification. La pierre de touche n'étant pas l'expérience, mais la valeur persuasive d'un discours et de ses preuves à l'épreuve du discours adverse et des preuves qu'il contient. En quelque sorte, la méthode du contrôle *concret* de conventionnalité des lois donne la possibilité aux parties de discourir et de développer leurs revendications qui deviendront la base de la solution. Cette étape n'est qu'un préalable à la résolution du litige.

233. Cependant, l'activité de justification touche ensuite et surtout le juge. Lorsque la décision ne peut pas donner lieu à une solution automatiquement déduite de la vérité absolue d'une règle juridique, le juge n'a d'autre solution que de tirer le fondement de sa conclusion de l'accord donné par ceux qui sont plus ou moins directement intéressés par cette conclusion. Il l'obtient par la persuasion que va créer la *justification*[1294]. Cet accord est fondamental en ce qu'il assure l'acceptabilité du sens de la décision rendue qui est difficile à trouver dans un terrain aussi évasif que celui de la fondamentalité. L'accord sur la solution produite s'obtient donc lorsque le juge élabore la décision par l'entremise de motifs, mélangés de fait – tirés de la cause construite – et de droit, qui se trouvent en adéquation avec les *raisons* de la norme de référence. C'est alors que le discours persuade en faisant adhérer la conviction de l'auditeur à la thèse avancée. « *C'est précisément à travers la justification que le décideur, peu importe que cela soit un juge ou un fonctionnaire public, construit lui-même la crédibilité sur laquelle repose la confiance que les citoyens ont en lui* »[1295].

234. La sacralisation normale de la motivation juridictionnelle. – En d'autres mots, la méthode du contrôle *concret* de conventionnalité des lois a pour principale fonction de mettre en lumière une justification – c'est-à-dire une construction argumentative qui est issue d'une réflexion, d'une évaluation de certains éléments ; ce qui contribue à voir cette méthode comme véritablement constitutive d'un *jugement*

[1289] F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 516.
[1290] J.-C. K. Dupont, *Procès et sociabilité en matière de droits de l'homme (…)*, *op. cit*., p. 239.
[1291] C. Perelman, *Droit, morale et philosophie*, *op. cit*., p. 68.
[1292] J.-C. K. Dupont, « Établir, qualifier, argumenter (…) », *op. cit.*, pp. 90-96.
[1293] F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 516.
[1294] C. Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, coll. "bibliothèque Dalloz", Paris, 2e édition, 1999, p. 102 : « *La notion d'accord devient centrale quand les moyens de preuve sont absents ou insuffisants, et surtout quand l'objet du débat n'est pas la vérité d'une proposition, mais la valeur d'une décision, d'un choix, d'une action considérés comme justes, équitables, raisonnables, opportuns, honorables, ou conformes au droit* ».
[1295] A. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, *op. cit*., p. 8.

puisque ce dernier se définit comme « *une opération intellectuelle qui revient à comparer dans mon esprit deux objets, dont l'un est pris pour modèle* »[1296] – qui implique l'existence de motifs ou de raisons qui fondent le sens d'une action et qui ont dès lors pour but de convaincre un auditoire. Son emploi pousse la juridiction à développer une argumentation afin de gagner à sa cause l'auditoire concerné en le persuadant du bien-fondé des raisons avancées en faveur de la conclusion qu'elle livre – elle conduit donc à développer automatiquement une motivation. Cette méthode est en soi une « *fabrique de motivation* »[1297], motivation qui se donne à voir parce qu'en puisant son modèle de référence principalement dans des considérations *téléologiques* et de *normalité*, elle oblige de manière systématique le juge administratif à rechercher et répondre aux raisons du comportement ou de la disposition par des éléments constitutifs de causes ou de motifs au soutien de la conclusion. Ainsi, « *la place de la motivation est essentielle dans ce cadre conceptuel. Le débat idéal se compose en effet à l'origine d'une prétention à la validité, émise subjectivement, mais qui suppose une motivation visant à la reconnaissance de cette prétention* »[1298]. En ce sens, la motivation produite représente le noyau central de cette méthode et de la légitimité qu'acquiert la décision lorsqu'elle s'y réfère – cette méthode produit avant tout une motivation *formelle* et ensuite une motivation *substantielle*. Comme le résume bien le Professeur Perelman : « *motiver un jugement, c'est le justifier, ce n'est pas le fonder d'une façon impersonnelle et pour ainsi dire démonstrative. C'est persuader un auditoire, qu'il s'agit de connaître, que la décision est conforme à ses exigences. Mais celles-ci peuvent varier avec l'auditoire : tantôt elles concernent les conséquences : il s'agit de montrer que celles-ci sont opportunes, équitables, raisonnables, acceptables. Le plus souvent, elles concernent les deux aspects, elles concilient les exigences de la loi, l'esprit du système, avec l'appréciation des conséquences. La motivation s'adaptera à l'auditoire qu'elle se propose de persuader, à ses exigences en matière de droit et de justice, à l'idée qu'il se forme du rôle et des pouvoirs du juge dans l'ensemble des institutions nationales et internationales. Comme cette conception varie selon les époques, les pays, l'idéologie dominante, il n'y a pas de vérité objective en cette matière, mais uniquement une tentative d'adaptation à une situation donnée* »[1299]. La motivation des jugements se veut une garantie contre tout danger d'arbitraire. Sans satisfaire pleinement cette ambition, l'obligation de motiver constitue certainement un facteur de sécurité. Puis, le contrôle *concret* de conventionnalité des lois, en s'interrogeant sur la raison d'être de la norme ou du comportement intéressé, oblige le juge à dégager sa réponse au moyen des raisons qui auront été invoquées pour fonder l'affirmation avancée.

235. En définitive, ce qui importe avant tout au juge et détermine le sens de la solution, c'est le caractère persuasif ou non de l'explicitation avancée par les deux parties au litige et, en particulier, celle de la personne publique dans la mesure où c'est son comportement qui a donné lieu au contentieux. Axé sur une démarche qui se colle au plus près de la réalité des circonstances litigieuses et sur le dialogue, le juge dépasser les apparences pour exiger des autorités qu'elles disposent devant elles la raison d'être de leur choix et de leur décision par le truchement de motifs qui se doivent d'être convaincants. Cette méthode garantit la compréhension et la légitimation de la décision juridictionnelle en instaurant, au moyen d'un débat contradictoire, une procédure marquée par un raisonnement dialectique au bout de laquelle le juge parvient à établir la solution régulatrice du cas d'espèce, parce que les arguments invoqués – liés à l'espèce et son environnement immédiat – de part et d'autre du discours explicatif auront su faire naître en lui une conviction dans le sens à adopter. Comme l'affirmait M. Villey : « *la victoire appartiendra, dans ce combat réglé, à celui des antagonistes qui aura su trouver à l'appui de sa cause les lieux communs les plus ancrés dans l'esprit du juge, argumenter de la façon la plus convaincante, s'est révélé le plus persuasif. Que sont en fait les solutions du droit positif, sinon celles dont les juges à travers les juges l'opinion publique – en fait ont été persuadés ?* »[1300]. La présente méthode vient trancher avec le courant *réaliste* dans lequel toute décision est arbitraire puisqu'elle peut aller jusqu'à dépendre d'une pluralité de critères[1301] comme ce qu'aura ingurgité le matin même le juge.

[1296] P. Amselek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, *op. cit.*, pp. 51-53, spéc. p. 53.
[1297] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.,* p. 566.
[1298] O. Corten, *L'utilisation du raisonnable par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, thèse de Droit, Bruylant et éd. de l'U.L.B., coll. "droit international", Bruxelles, XXII, 1997, p. 398.
[1299] C. Perelman, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », in C. Perelman et P. Foriers (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, coll. "Travaux du CNRL", Bruxelles, 1978, pp. 415-426, spéc. pp. 425 et s.
[1300] M. Villey, *Philosophie du droit, op. cit*., n°155.
[1301] *Voy*. J. Frank, *Courts on Trial : Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, New Jersey, 1949.

236. Illustration avec l'affaire Gomez-Turri. – Nous pouvons illustrer cela avec notre affaire dans laquelle l'activité de justification est omniprésente. Effectivement, le juge va relever que la volonté des époux de recourir à ce procédé médical, y compris *post-mortem*, est avérée ; qu'il n'a pas été possible d'y procéder intégralement sur le territoire espagnol à raison de l'état de santé de Monsieur et qu'en conséquence seul un prélèvement physiquement entreposé en France était propre à permettre sa réalisation et, qu'enfin, un tel transfert aurait été possible au regard du droit interne si les deux conjoints étaient vivants. Ce n'est donc qu'à raison de l'évolution rapide de l'état médical de l'époux de la requérante que sa réalisation a été rendue impossible. Et en l'absence de toute fraude à la loi, ici caractérisée par l'extranéité des conjoints, la résidence de la veuve en Espagne auprès de sa propre famille et le caractère non équivoque de leur volonté[1302], le Conseil d'État constate que les effets concrets de l'application de la loi française seraient inconventionnels. Dorénavant, nous obtenons une vision claire de l'axe méthodologique constitutif de ce contrôle : une mise en balance des *raisons* particulières qui fondent, de part et d'autre, les prétentions des parties. Ces dernières sont résolues par référence à la norme générale de référence qui se décline, suivant les circonstances de l'espèce, en autant de critères spatio-temporels qu'il y a besoin pour répondre auxdits motifs.

237. En dernière analyse, nous pouvons noter que les arrêts marqués par cette méthode attestent de l'existence permanente d'un effort de transparence dans l'argumentation ; ce qui est d'ailleurs le vecteur d'une certaine fixité. Réellement, cette transparence est le corollaire – ou plutôt le fruit – de l'activité de justification du juge et permet d'avoir les garanties que ses revendications ont été entendues, étudiées, mais surtout d'avoir un point d'assise dans de la décision. Comme nous l'avons dit, « *avec (ce) changement de paradigme (...) l'autorité ne s'impose plus seulement par la force, par le positionnement, mais doit être confortée par une légitimité, une transparence (...) de la motivation* »[1303]. Il lui permet aussi d'éviter d'introduire de l'arbitraire dans le raisonnement du juge. Si cela relève certainement plus de l'exigence *sécurité* juridique, que de la *prévisibilité*, nous avons admis que cette exigence de prévisibilité était fondée sur l'idée de *confiance*, d'abord, et de *certitude* ensuite. Par une motivation claire et fondée sur les éléments de l'espèce, nous voyons bien l'intérêt de cette méthode quant à la question de l'exigence de *prévisibilité juridique*.

B) L'indispensable transparence de l'argumentation du juge

238. La transparence inhérente à la méthode du contrôle concret de conventionnalité des lois. – Déjà, des auteurs appréhendaient le contrôle de proportionnalité, utilisé en tant que synonyme d'une mise en balance d'intérêts, comme une garantie de « *transparence* »[1304]. Il aurait une fonction de « *dévoilement* », de révélation des ambitions des parties au procès, mais aussi des présupposés du juge[1305]. Ces quelques éléments se retrouvent aujourd'hui dans les arrêts où la méthode du contrôle *concret* de conventionnalité de lois est utilisée. En effet, en obligeant le juge à motiver le sens de son choix au moyen d'une explication énonçant la ou les raisons d'être de son action, il a réellement « *pour effet de mettre à nu à la réalité psychologique de l'auteur de la décision* »[1306]. Il laisse transparaître les racines qui fondent le dispositif du jugement. Tel est le but fondamental de la motivation, en effet, « *(elle) est une exigence de transparence, justifiée pour les choses publiques* »[1307]. Cela n'a pas toujours été une réalité en adoptant un raisonnement et un style déductifs[1308]. En d'autres mots, la méthode du contrôle *concret* de conventionnalité des lois produit un jugement motivé qui est plus sécuritaire et légitime, dans la mesure où « *détenteur d'un pouvoir, dans un régime démocratique, le juge doit rendre compte de la manière dont il en*

[1302] A. Bretonneau, « Droits subjectifs et interdit législatif », *op. cit*., p. 747.
[1303] J. Théron, « Sublimer l'essence de la Cour de cassation ? À propos du rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation », JCPG, n° 24, 12 juin 2017, pp. 666-671, spéc. p. 669.
[1304] T. Franck, « On Proportionality of Countermeasures in International Law », *American Journal of International Law*, 2008, n°102, p. 755 : « *(...) the role of proportionality is not to prevent bad decisions but to create optimum opportunity for good ones by creating a space for rendering transparent, principled second opinions* » ; A. Von Bogdandy, « Founding Principles of EU Law : A Theoretical and Doctrinal Sketch », *European Law Journal*, 2010, pp. 95-111, spéc. p. 103 : l'auteur estime que la technique de la balance d'intérêts sert à rendre plus compréhensible le travail des juges, à la place du langage « *hermétique* » des « *juristes-techniciens* ».
[1305] *Voy*. O. Lecucq, « Le principe de proportionnalité : simple technique juridictionnelle ou norme de fond. Réflexions tirées du droit constitutionnel des étrangers », *Conference Paper, Congrès mondial de droit constitutionnel de Mexico (2010), Atelier sur le principe de proportionnalité*, pp. 1-15, spéc. pp. 6-7, disponible sur http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/9/170.pdf.
[1306] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.,* p. 525.
[1307] X. Lagarde, « La motivation des actes juridiques », in *La motivation, actes du colloque : Association Henri Capitant*, Journées nationales, Limoges, LGDJ, t. III, Paris, 2000, p. 74.
[1308] O. Le Bot, « Rédaction des jugements et lisibilité des décisions des juges administratifs », *in* M. Paillet (dir.), *La modernisation de la justice administrative en France*, Larcier, Bruxelles, 2010, pp. 281-296, spéc. p. 288 : « *Il en résulte la recherche d'une plus grande lisibilité dans la rédaction de ses décisions* ». Nous sommes passés « *de l'énigme à la pédagogie* ».

use par la motivation »[1309]. Elle favorise donc la transparence argumentative, qui permet de comprendre ce que veulent les juges et d'avoir toujours un point d'ancrage dans toutes les décisions[1310], car « *sans un langage clair, précis, compréhensible de tous, la norme reste étrangère, et hostile* »[1311].

239. C'est ce point qui illustre le mieux la finalité de cette méthode – de la motivation produite. En effet, la méthode du contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité des lois a essentiellement pour fonction de sécuriser et légitimer la conclusion d'un litige en justifiant son sens à travers la transparence des raisons qui sont contenues dans les motifs de l'arrêt. Elle tente de démontrer une certaine régularité et une logique dans la construction de la solution qui interdit les passions du juge. Autrement dit, le discours judiciaire veut faire preuve de rationalité au moyen de l'explication de la démarche. Il tend à tisser des liens étroits entre des éléments qui flottent dans le *vacuum* juridique, et qui, rassemblés, peuvent conduire à une solution précise. Au final, le but de cette méthode est de produire une connaissance « *de la délibération (qui) constitue un bénéfice évident pour les plaideurs puisqu'elle leur permet de s'assurer que la juridiction a bien pratiqué la prudence, sans laquelle la justice dégénère dans l'arbitraire* »[1312]. Ici, elle tranche avec l'ancienne méthode qui favorisait un manque d'explication ainsi que l'arbitraire dans les fondements de la solution. Elle est une méthode qui porte à son pinacle l'instabilité et l'incohérence de l'action juridictionnelle. Effectivement, « *l'emploi de formules brèves, comportant des mots qui prêtent à toutes les interprétations, ne permet pas de savoir ce qu'est la règle de droit et engendre, en définitive, une grande incertitude* »[1313]. Avec elle, nous étions face à un « *césarisme judiciaire* » qui « *diminue notablement l'autorité des arrêts (…), alimente le contentieux, en laissant place à de multiples interprétations divergentes et entre l'exercice de sa propre fonction d'unification des positions du juge du fond* »[1314]. Il est désormais clair que le juge ne peut se limiter à être une simple machine sous peine de conduire à l'asphyxie de l'activité juridictionnelle. Puis, en s'abstenant de motiver sa décision en fonction des éléments de l'espèce, le juge pourrait croire qu'il se libère d'un encombrant fardeau en posant une conclusion qui n'aurait pas besoin d'être modifiée à long terme, mais la réalité de l'activité juridictionnelle nous témoigne le contraire. La conclusion est sans cesse chahutée, elle développe un important sentiment d'instabilité.

240. Plus encore, il convient de noter qu'il n'y a rien de pire que « *le caractère secret d'une norme (…) (qui) en permet l'utilisation au seul profit de celui qui connaît et provoque chez les autres un sentiment d'insécurité* ». La motivation relativement touffue et la contextualisation permettent de renverser ce sentiment. En effet, « *grâce aux motifs seulement celui qui a perdu un procès sait comment et pourquoi. Ce sont eux qui l'invitent à comprendre la sentence et qui lui demandent de ne pas s'abandonner trop longtemps à l'amer plaisir de maudire ses juges (…). Le jugement motivé remplace l'affirmation par un raisonnement et le simple de l'autorité par un essai de persuasion. Il joue à ce titre dans ce qu'il est permis d'appeler l'équilibre juridique et moral de notre pays un rôle absolument essentiel* »[1315]. Donc, par cette méthode, qui privilégie la discussion et la justification, l'arbitraire apparaît comme malmené. En effet, le juge doit s'efforcer de rendre accessibles au public les fondements psychologiques et idéologiques de sa décision ainsi que les éléments constitutifs de la décision qui sont à la fois factuels et juridiques. Cela vient trancher avec la conception transcendantale et immaculée du juge, il n'est qu'un être humain après tout. Dans le même temps, cela a pour conséquence d'extérioriser son action afin de l'inscrire dans le temps. Il y a une véritable *objectivation* de la norme et des motifs. « *La norme (…) objectivée devient un instrument objectif de jugement, qui va notamment permettre, dans les rapports intersubjectifs, de se communiquer les normes qu'on utilise, d'utiliser les mêmes normes, de connaître les normes auxquelles autrui va se référer (…)* »[1316]. À n'en pas douter, la motivation qu'engendre cette méthode au moyen de la justification est la mieux à même de magnifier la décision juridictionnelle en ce qu'elle bâtit la confiance de l'auditoire en une pratique, certes, susceptible de montrer autant ses qualités que ses défauts, mais qui se prémunit dans le

[1309] C. Perelman, « La motivation des décisions de justice. Essai de synthèse », in *La motivation des décisions de justice*, Travaux du CNRL, Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 422.
[1310] P. Deumier, « Le contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *op. cit.*, p. 580.
[1311] N.-J. Mazen, *L'insécurité inhérente au système juridique*, thèse de Droit, dactylographiée, Faculté de droit de Dijon, 1979, p. 179.
[1312] F. Zenati-Castaing, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007, p. 1559.
[1313] A. Tunc, « Conclusion : La Cour suprême idéale », in De P. Bellet, A. Tunc et autres (dir.), *La Cour judiciaire suprême*, Economica, Paris, 1978, p. 464.
[1314] C. Atias, « Savoirs et pouvoirs juridiques : des ombres portées », *R.R.J.*, 2001-1, p. 68.
[1315] T. Sauvel, « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1955, pp. 5-6.
[1316] P. Amselek, *Méthodologie phénoménologique et théorie du droit*, *op. cit.*, p. 54.

même temps contre toute critique en visant à dénoncer l'arbitraire par l'expression d'un raisonnement qui est le reflet d'une certaine probité.

241. Au final, il y a eu une amélioration notable sur ce terrain comme nous avons pu le noter. Les spécificités méthodologiques de ce contrôle favorisent la *certitude* et la *confiance* dans le débat juridictionnel et le résultat juridictionnel. En effet, cette méthode a établi des garanties et des lignes qui sont visibles dans toutes les affaires où est employé ce contrôle. Mais elle est également gage de *flexibilité*, c'est-à-dire que la méthode introduit des latitudes "tolérées" tant au niveau du débat juridictionnel que de son résultat. Nous entendons par là que l'essence de cette méthode – *dialogique* et *justificative*, mais surtout *concrète* qui la rapproche de la *casuistique juridique* et de ses conséquences [1317] – favorise le développement de considérations qui sont propres à chaque procès, considérations qui deviennent la pierra angulaire de tout le processus décisionnel. Finalement, toutes les affaires se voient appliquer une méthode qui vient par là même les singulariser au niveau des données qui sont prises en compte et, potentiellement, au niveau du dénouement. Tout cela permet d'assurer le dynamisme du débat juridictionnel, d'éviter son apoplexie, et d'assurer une plus grande rationalité du procès et de l'ordre juridique, sans pour autant conduire à une véritable instabilité (critère de la *confiance*). Comme nous le montrait parfaitement le Professeur Perelman, l'acceptabilité d'une solution est soumise à une double obligation, en effet, « *le droit se développe, en équilibrant une double exigence, l'une d'ordre systématique, l'élaboration d'un ordre juridique cohérent, l'autre, d'ordre pragmatique, la recherche de solutions acceptables par le milieu, parce que conformes à ce qui lui paraît juste et acceptable* »[1318]. Au bout du compte, cette *flexibilité* rend service à la nature justificative et dialogique de ce contrôle, puisqu'elle est induite par celle-ci et participe à la rendre encore plus performante – elle favorise, au-delà de la motivation *formelle*, une motivation *substantielle*. C'est en cela que nous parlons d'une méthode *flexible* au service du procès et c'est ce que nous allons étudier maintenant.

Section 2
Une méthode flexible au service des procès

242. L'élasticité salvatrice de la méthode inhérente au contrôle concret de conventionnalité des lois. – Les balises étudiées antérieurement ont favorisé la fixité et la cohérence de l'architectonique du processus décisionnel. Dans le même temps, elles ont pour effet d'introduire une certaine élasticité, c'est-à-dire qu'en faisant du *dialogue concret* et de la *justification* les clés de voûte de l'édifice méthodologique du contrôle, le juge a favorisé une plus grande attention aux caractéristiques de l'environnement immédiat et à l'effectivité des droits fondamentaux. Si cela est lié à la nature fondamentalement *concrète* du contrôle, cette méthode conduit néanmoins à une vivification permanente des éléments du procès en ce sens que le juge va développer une solution négociée qui sera surtout proche de la réalité du monde normatif et du monde factuel environnants dans lequel vivent les parties. Elle permettra de faire progresser le débat juridictionnel et surtout son résultat – ce dernier point nous y reviendrons d'une certaine façon dans le prochain chapitre (**§I**). Au final, un tel diagnostic affirme, au-delà d'une trame propre à chaque procès, une singularité de celui-ci qui assure une plus grande pacification des comparants. En adoptant une telle démarche, le juge administratif se fait le réceptacle de la médiation des parties au procès, ce qui est synonyme d'une plus grande *Justice*. Effectivement, il accentue la fonction pédagogique de ses arrêts et les contraintes qui pèsent sur lui. Il renforce aussi la pertinence de la méthode générale en ce que cette flexibilité dynamise l'activité de justification. Cette dimension inhérente à la méthode est donc garante d'une meilleure productivité de celle-ci et du fruit du débat juridictionnel, ainsi qu'une meilleure stabilisation de l'ordre juridique qui, nous le pensons, fera face à moins de requêtes et moins d'incertitude sur la finalité des affaires. D'une certaine façon, cet ordre verra moins d'atteintes aux composantes du *droit à un procès équitable*, nous visons principalement le délai raisonnable du procès qui est aujourd'hui fortement violé par de nombreuses juridictions, même la CEDH et qui conduit à des modifications institutionnelles sporadiques[1319] (**§II**). En définitive, il convient de dire que le juge administratif dispose non pas d'un pouvoir arbitraire, mais d'une marge d'appréciation laissée par la méthode qui vient assurer

[1317] *Voy.* F. Rouvière, « Apologie de la casuistique juridique », *D.* 2017, pp. 118-121.
[1318] C. Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, *op. cit.,* p. 173.
[1319] En éludant le travail de fond qui touche la Cour de cassation, la dernière en date, et qui concerne, la CEDH est celle relative à la nouvelle motivation des décisions du juge unique : CEDH, *Lancement du nouveau système de décisions du juge unique avec motivation détaillée*, 1er juin 2017, disponible sur le site de la Cour.

une plus grande cohérence du processus décisionnel, ainsi que dans ses effets. Nous le comprenons donc l'exigence de *prévisibilité juridique* en sort renforcée.

§I - La vivification permanente des éléments du procès

243. Pour convaincre, encore faut-il se fonder sur des éléments qui sont susceptibles de faire gagner le procès. Cela favorise inévitablement la mise en exergue de considérations riches et réfléchies qui, par là même, permettent de rendre compte de l'état de l'environnement proche. Par l'activité de justification inhérente au contrôle *concret* de conventionnalité des lois, tant les comparants que le juge vont fortement contextualiser leur réflexion, ce qui est source d'un plus grand dynamisme de la méthode et de la matière juridique. En somme, il est limpide que cette méthode permet au juge de mieux caractériser et expliciter la norme réelle qui, au-delà de la disposition formelle, détermine le prescrit de la solution. Elle améliore ainsi l'efficacité du débat juridictionnel en tentant de vivifier constamment le libellé textuel, c'est-à-dire en l'insérant dans le réel – entendu largement puisqu'il renvoie à l'état de l'opinion à un moment M. Plus précisément, elle assure aux individus de voir la spécificité du contexte regardée (*A*). Puis, elle permet au juge de décortiquer le sens réel des évènements factuels qui lui sont présentés, en recherchant par-delà les affirmations, la réalité concrète des circonstances, actes et motifs qui la sous-tendent. Cette méthode améliore ainsi l'intensité du débat juridictionnel et l'efficacité de sont résultat en vivifiant également les éléments factuels qui sont soumis au juge (*B*). Ces deux phases sont en réalité cumulatives et complémentaires, nous les distinguons volontairement pour des raisons didactiques.

A) L'établissement d'une solution propre à la réalité du monde normatif environnant

244. Le Droit et son temps : l'histoire d'une relation compliquée. – « *L'immense force du contrôle concret tient à ce que le débat au sujet de ce qu'il y a, ou non, de problématique dans la loi, ne se déroule pas seulement dans l'éther des idées pures, mais aussi dans la lumière de l'expérience : celle des gens et des entreprises réels, de leurs perceptions et de leurs manières d'appréhender la difficulté qui se présente à elles* »[1320]. Comme nous y invite cette citation, nous pouvons affirmer que ce contrôle *concret* permet de placer plus facilement le juge dans la réalité de l'opinion publique et de favoriser l'adaptation du Droit selon les exigences du temps. En effet, « *à aucun moment, le droit ne saurait se détacher de la vie. Les transformations du film des évènements humains se projettent sur l'écran de la jurisprudence et des lois* »[1321]. C'est le temps qui nourrit le Droit. « *Le législateur aménage l'avenir, et ce n'est pas sans problème qu'il lui appartient de réécrire le passé ; le juge, au contraire, dit le droit pour le passé (déliant ainsi ce qui avait été maladroitement ou injustement lié), et ce n'est pas sans problème qu'il se prononce par voie de règle générale valant pour le futur* »[1322]. Le Droit varie et fait varier – cette relation entre *mutabilité* et *stabilité* juridique sera questionnée plus longuement dans la suite de notre entreprise – en effet, ce qui est condamnable hier ne l'est plus aujourd'hui et peut le redevenir demain[1323]. Sauf à sombrer dans l'apoplexie, le Droit se doit de bouger, d'évoluer. Le Droit « *s'adapte sans cesse tantôt pour réfréner, tantôt pour accompagner, voire pour accélérer les conséquences des évolutions, des idées et des techniques* »[1324]. Parce qu'il en censé exprimer la réalité à un moment M, il tend à se reconsidérer en fonction des évolutions sociétales. Pour le dire plus clairement, « *le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite. Sinueux, capricieux, incertain, tel il nous est apparu – dormant et s'éclipsant, changeant, mais au hasard, et souvent refusant le changement attendu, imprévisible pour le bon sens comme pour l'absurdité. Flexible droit !* »[1325].

245. Les droits fondamentaux et leur temps : l'histoire d'une relation encore plus compliquée. – En outre, il est certain que la quête du contenu et des conséquences des dispositions relatives aux droits fondamentaux n'est jamais achevée, elle est en perpétuel mouvement. La structuration de la réalité sociale et des obligations inhérentes aux dispositions est une affaire de tous les jours. « *L'essence des droits change*

[1320] D. De Béchillon, « Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême », *op. cit*., p. 120.
[1321] R. Savatier, « Le Droit et l'accélération de l'Histoire », *D*. 1951, p. 29.
[1322] F. Ost., *Le temps du droit*, Odile Jacob, Paris, 1999, p. 150.
[1323] L. Josserand, « Un ordre juridique nouveau », *D.* 1937, chron. IX.
[1324] J. Foyer, « Rapport de synthèse », in *Les nouveaux moyens de reproduction, Travaux de l'Association H. Capitant*, 1986, Tome XXXVII, p. 17.
[1325] J. Carbonnier, *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans vigueur*, LGDJ, Paris, 10e édition, 2001, p. 8.

dans le temps »[1326]. Comme nous avons pu déjà le dire, et comme le résume bien un auteur : les droits fondamentaux ne sont « *jamais formulés de manière suffisamment détaillée pour qu'il soit possible d'en déduire l'étendue exacte d'application sans qu'aucune controverse à propos de cette extension ne puisse voir le jour* »[1327]. Dès lors, dans le cadre de la fondamentalité, toute revendication est donc de droit recevable et doit être considérée comme une tentative de structuration de la réalité sociale à l'aune des droits fondamentaux. Une porte est toujours laissée ouverte à de nouvelles représentations des éléments normatifs invoqués, à l'équilibre qu'ils semblent préconiser – ce qui laisse émerger de nombreuses réflexions sur l'idée même de *faisabilité* et de *défaisabilité* en droit[1328] –, et le facteur déterminant de la solution sera, en dernière analyse, ce qui est appelé « *l'acceptabilité sociale* »[1329] ou la *normalité*. Assurément, en apposant le sceau de ces métadonnées sur le prescrit de sa décision, le juge légitime ainsi son action parce qu'il s'appuie sur un étalon reconnu et accepté par son auditoire, dont le langage et *a fortiori* le Droit ne constituent que des miroirs. Il s'ensuit que la pertinence d'une décision juridictionnelle découle précisément de sa capacité à fonder le sens de sa solution sur la conformité à la réalité du système juridique concerné.

246. L'intensification de la quête des fondements avec la méthode dialogique du contrôle concret de conventionnalité. – Or, c'est précisément ce à quoi la méthode du contrôle *concret* de proportionnalité, en matière de conventionnalité des lois, contribue de manière essentielle, dans la mesure où, par son intermédiaire, le juge administratif pourra s'efforcer de justifier et d'adapter le sens de la solution qu'il rend aux valeurs sociales constitutives de la *réalité dite normale* puisque ce contrôle cherche une contextualisation efficace et automatique du litige ainsi qu'un équilibre entre des intérêts en présence[1330] sûrement au nom de l'effectivité des droits fondamentaux. Elle conduit, par son aspect dialectique, à dépasser les premières idées pour établir une solution pragmatique[1331]. Elle entraîne finalement une interrogation sur le contenu de la norme invoquée ainsi qu'une adaptabilité de celui-ci – elle dégage les « *principes pertinents* », comme le dit par exemple la CEDH, des dispositions invoquées – et de la décision juridictionnelle. Un auteur résume bien cela, tout en employant une terminologie spécifique – puisqu'il parle de principe de proportionnalité pour viser tout ce qui gravite autour du contrôle *concret* de proportionnalité, c'est-à-dire la mise en balance –, puisqu'il affirmer que : « *ce qui est réconfortant avec le principe de proportionnalité, c'est que, lorsqu'il s'applique, l'on est à peu près assuré que le droit fondamental affecté ne sera pas excessivement sacrifié au profit de l'intérêt général poursuivi* », mais « *ce qui est inquiétant, c'est que ce qui n'est pas excessif n'est pas pour autant juste et que, surtout, ce qui est excessif un jour peut ne plus l'être le lendemain* »[1332]. Autrement dit, cette méthode produit une décision *juste* parce qu'elle est à même de se référer constamment à la réalité environnante aux comparants. Elle laisse surtout la possibilité aux individus de convaincre d'une nouvelle lecture d'un droit – et de ses exigences – qui serait susceptible d'être dégagée du contexte actuel, et de modifier le sens de la solution. Elle laisse la possibilité aux individus de démontrer que dans ce contexte et dans ce cas, le niveau d'exigence à l'égard de l'État, principalement, est réévalué. Ceux-ci vont pouvoir, lors du débat juridictionnel, convaincre d'une nouvelle réalité normative dans les circonstances propres de la cause, que le juge se devra de questionner et de trancher. Par cette méthode, le juge se base au jour le jour et permet de faire écho à des mutations, si elles apparaissent réelles selon lui – sous réserve d'une argumentation particulièrement convaincante. Pour autant, il ne s'agit pas d'une remise en cause automatique des principes[1333].

[1326] A. Schmidt Noël, *La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, thèse de Droit, l'Université de Neuchâtel, 2011, p. 86.
[1327] L. Begin, « L'expansion du pouvoir des juges : enjeux et lieux communs », *Revue internationale d'éthique sociale et gouvernementale*, 2001, vol. 3, n° 2, §17.
[1328] *Voy*. M. Carpentier, *Norme et exception : essai sur la défaisabilité en droit*, Institut Universitaire Varenne, Paris, 2014.
[1329] J.-C. K. Dupont, *Procès et sociabilité en matière de droits de l'homme (…)*, *op. cit*., pp. 13 et s.
[1330] L. B. Tremblay, « Le fondement normatif du principe de proportionnalité en théorie constitutionnelle », *EUI-LAW Working Papers* n°4, European University Institute, 2009, pp. 77-114, spéc. p. 86 : « *Il n'existe pas, par exemple, un seuil "correct" de sécurité en de ça duquel nulle société libre et démocratique ne devrait aller ou un "bon" degré de liberté d'expression que toute communauté politique devrait assurer à ses citoyens. Encore une fois, les rapports (…) ne sont pas évalués dans l'abstrait en vertu d'une théorie politique ou constitutionnelle normative : ils sont mesurés en contexte et dépendent des choix politiques. Il s'ensuit que les équilibres proportionnels entre les valeurs en conflit ne sont pas universels : ils sont changeants et particuliers à chaque communauté politique* ».
[1331] F. Delpérée, « Liberté, légalité et proportionnalité », in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 475 : ce contrôle permet d'« *exiger de l'autorité publique une attention plus fine aux exiences sociales et aux valeurs (…). Il ne suffit plus que l'administration se contente grosso modo d'assurer la liberté des individus (…) il faut encore qu'agissant ainsi elle élimine toute démesure (…)* ».
[1332] O. Lecucq, « Le principe de proportionnalité : simple technique juridictionnelle ou norme de fond. Réflexions tirées du droit constitutionnel des étrangers », *op. cit.*
[1333] *Voy*. F. Rouvière, « Apologie de la casuistique juridique », *D.* 2017, p. 119 : Elle se rapproche encore plus de la casuistique juridique : « *La casuistique n'est pas un raisonnement purement factuel et en équité. Raisonner sur des cas ne signifie pas raisonner au cas par cas. Dans cette dernière hypothèse, le juge se donnerait toute latitude pour modifier ou amender ses décisions antérieures en fonction de chaque espèce. C'est précisément la forme de casuistique que dénoncent les juristes. Or la casuistique juridique bien comprise est aux antipodes de cette forme d'équité permanente. Bien au contraire, la casuistique juridique vise précisément à traiter les cas semblables de façon identique et les cas différents de façon différente, ce qui est la formulation même de la règle de justice* » (souligné par nous).

247. En somme, une quête des fondements s'ouvre à chaque débat juridictionnel et lui permet d'assurer l'adéquation entre l'élément normatif et les prétentions des parties. Le procès est une occasion de revenir sur certains présupposés relatifs au contenu de l'élément normatif. Nous pourrions reprendre la maxime de Antoine de Lavoisier relative à la thermodynamique : « *rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme* ». En somme, avec cette méthode, le juge ouvre sa réflexion sur la dense réalité sociale, qu'il va par ailleurs interroger par l'intermédiaire des parties au procès. De plus, la mise en œuvre de la méthode constitutive du contrôle *concret* de conventionnalité des lois l'empêche de tirer prétexte d'un cas particulier pour généraliser de manière absolue la norme jurisprudentielle qui en découle aux affaires à venir. Elle induit une relative prudence dans le raisonnement du juge « *qui doit permettre d'éviter les impulsions trop brusques* »[1334] sans pour autant nier la spécificité du contexte. En faisant usage d'un tel pragmatisme, le juge administratif avancera lentement mais sûrement, ce qui n'est pas anodin dans une réalité marquée par la complexité et la pluralité des valeurs. L'application de cette méthode constitue donc le moyen le plus adapté en vue de garantir la stabilité du monde normatif et la légitimité de l'activité juridictionnelle. Il est certain que le juge administratif, dans un domaine aussi complexe que celui de la fondamentalité/conventionnalité, ne peut pas se permettre de rendre des arrêts dont la solution serait en décalage avec les conceptions normatives en vigueur au moment de sa signification[1335]. Il doit toujours réaliser « *le droit concret* » qui serait le vrai Droit[1336].

248. Au final, nous pouvons dire que cette méthode est capable de dépasser les signes, apparences, c'est-à-dire le libellé textuel, pour amener le juge à se focaliser sur l'esprit des normes invoquées, sur la réalité sociale et l'objectif d'effectivité des droits fondamentaux. Ce faisant, elle est à même d'insuffler un dynamisme aux dispositions – nous pouvons le voir dans notre affaire avec la nouvelle dimension de l'article 8 de la CESDH qui était inconnue jusqu'à présent –, en raison, précisément, de son adéquation avec des considérations relatives à la normalité. L'interprétation dynamique serait alors l'apanage de cette méthode. Comme le disait J. Mekhantar, « *qu'il s'agisse de la rationalité, de la raisonnabilité ou plus rarement de la moralité et de l'efficacité, les considérations prises en compte par le juge dans son contrôle de proportionnalité cristallisent une norme sociale. L'insécurité juridique résultant de son utilisation d'un raisonnement finaliste est tempérée par cette dernière affirmation. En effet, même s'il existe un contrôle subjectif de proportionnalité, cette notion tient compte des exigences de rationalité et autres considérations précédentes qui constituent une sorte de normativité latente dans la société. À cet égard, le juge est davantage le fils de son temps qu'un être capricieux* »[1337]. Cette méthode assure une capacité d'adaptation à la norme en proie à l'évolution du temps. C'est ce que la recherche d'un départage entre les intérêts opposés à l'aune des conceptions modernes prévalent dans une société contribue à démontrer – puisque l'objectif est de se fonder sur les intérêts en présence dans le contexte présent. Les juges donnent de la consistance et de la profondeur au champ des obligations, en dynamisant son contenu par son ancrage dans la réalité existante. Ce faisant, en même temps, il se prémunit non seulement contre un immobilisme juridictionnel – de la fin d'une discussion sur les droits – synonyme de disparition à plus ou moins court terme d'une protection effective des dispositions, mais surtout contre des conceptions qui pourraient être jugées comme désuètes, voire inacceptables. Sans la mise en œuvre de cette méthode, il serait autrement plus complexe pour le juge de garantir une interprétation effective des dispositions.

249. Une adaptabilité qui ne signe pas la subjectivisation totale du Droit. – Nonobstant, il convient de revenir sur une idée commune selon laquelle cette mutation est toujours synonyme d'une protection toujours plus forte des droits des individus, en somme, une subjectivisation du droit – le sens de notre histoire contemporaine semble être celui d'un *progrès* indéfectible dans la protection des droits des personnes. Au contraire, cette évolution est d'ailleurs susceptible de jouer de manière défavorable au individus [1338] . C'est ce que tend, précisément, à refléter la jurisprudence européenne, et plus

[1334] N.-J. Mazen, *L'insécurité inhérente au système juridique*, *op. cit.*, p. 360.
[1335] A. Barak, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *RFDC*, 2006, n° 66, pp. 227-302, spéc. p. 249 : « *Le juge est le fruit de son époque, puisqu'il vit dans une société donnée par laquelle il est formé et dans une région donnée. Le but de ladite objectivité n'est pas d'isoler le juge de son environnement mais plutôt de lui donner le moyen d'identifier correctement les principes fondamentaux de son époque* ».
[1336] P. I. André-Vincent, « L'abstrait et le concret dans l'interprétation », *op. cit.*, pp. 136 et s.
[1337] J. Mekhantar, *Le contrôle de proportionnalité dans l'action unilatérale de l'administration*, *op. cit.*, p. 366.
[1338] J.-C. K. Dupont, *Procès et sociabilité en matière de droits de l'homme (...), op. cit.*, p. 312 : « *l'acceptabilité sociale d'une décision introduit une dynamique dans l'interprétation juridique qui ne va pas nécessairement dans le sens d'une extension du bénéfice des droits. Au contraire, l'acceptabilité sociale au sens large est généralement gouvernée, dans une perspective argumentative, par un principe "d'inertie" favorable au statu quo et à la normalité démocratique, y compris dans ce qu'elle peut avoir d'inhibiteur pour le développement des droits de l'individu* ».

particulièrement celle relative au *phénomène terroriste*[1339]. Dans ce cas, le juge prend appui sur l'évolution temporelle pour relativiser le standard de protection des droits et libertés, son niveau d'exigence à l'égard de l'État. Ainsi, la pertinence des évolutions découle, non pas forcément du fait qu'elle joue en faveur de l'individu requérant, mais plutôt en ce qu'elle permet de s'adapter aux nécessités dans un contexte temporel spécifique. Il nous fait nous souvenir que les droits fondamentaux sont particuliers, ambivalents, contextuels et combinatoires. Donc, respecter leur nature et, partant, assurer la cohérence de sa solution, c'est aussi admettre que l'interprétation dynamique puisse avoir un effet régressif sur le plan de la protection des droits dès lors que cela se justifie par les changements sociaux. Le juge doit pouvoir maîtriser l'évolution en l'ancrant solidement dans la réalité normative, au moyen d'une recherche constante d'une conciliation entre les intérêts opposés dans un cas. C'est bien la mise en œuvre intégrale de cette méthode qui permet de légitimer le sens de la solution rendue. Ladite méthode est à même de légitimer une décision juridictionnelle, également d'assurer sa justesse parce qu'elle pourvoit le juge de la capacité de s'adapter aux circonstances temporelles. La légitimation de la décision procède bien de la capacité de s'adapter aux changements du temps, ce qui implique de chercher un équilibre constant entre les arguments allant dans le sens du *statu quo* normatif, et ceux dont résulte la consécration de l'évolution, tout cela en fonction de l'appréciation des circonstances positives réelles. C'est cette capacité de prendre en compte l'évolution temporelle dans le cadre d'une mise en balance large, qui sera seule susceptible de garantir la flexibilité et la cohérence du débat juridictionnel ainsi que de la conclusion. Finalement, « *sa recherche participe de la quête de la solution juste, laquelle s'apprécie autant et simultanément à partir de ce souvenir du juste qu'est le droit positif que de la perception contemporaine des valeurs ; (…) aiguillonnée par la prudence, elle (l'interprétation) est relecture des textes à l'aune des idées et des valeurs contemporaines, ce qui est la définition même de l'interprétation, si on laisse de côté la définition formelle qui en est donnée (recherche de la volonté). La solution la plus correcte est celle qui est à la fois conforme à l'état du droit formel et au sentiment du droit qui se dégage de la conscience collective* »[1340].

250. Au bout du compte, le fait que cette méthode soit à même non seulement de s'adapter à l'évolution temporelle, mais, en plus et surtout, de l'inclure dans un cadre plus large pour s'interroger, par le biais d'une mise en balance argumentaire, sur la réalité et l'effectivité de sa consécration, permet de fonder le sens de sa décision ainsi que cohérence et partant de le légitimer. « *C'est ce mariage (…) avec le réalisme normatif qui fait accéder la décision qui en est issue au statut de légitime* »[1341]. Cette méthode participe à baliser le paysage normatif et à le faire évoluer. Néanmoins, elle ne s'arrête pas à seulement vivifier l'élément normatif selon le cas, elle participe à exploiter et vivifier l'élément factuel dans chaque procès. À faire de lui une donnée totalement fondamentale dans la solution, puisqu'il déterminera la signification opératoire de la norme dans le litige – c'est-à-dire savoir comment est mis en mouvement le contenu normatif dégagé –, et réinvestir une réflexion sur ceux-ci dans tous les procès pour ne pas s'en tenir à des idées préconçues. « *En se penchant sur l'essence ou la substance d('un) droit (…), le juge (…) cherche alors leur vérité dans l'être intime des faits* »[1342]. La contextualisation produite par cette méthode débouche à coller au plus près de la réalité des faits de la cause la solution, et assure par là même la raisonnabilité de la conclusion d'une affaire.

B) L'établissement d'une solution propre à la réalité du monde factuel environnant

251. L'intensification du rôle directeur des faits avec la méthode du contrôle concret de conventionnalité. – « *La loi est écriture et généralité, le jugement parole et singularité* »[1343]. Si cette affirmation est valable pour tous les procès, elle trouve une acuité toute particulière sur le terrain du contrôle *concret* de conventionnalité des lois. Comme le disait un auteur, « *le juriste traite de singularités de situations de fait toujours particulières et qui ne se reproduisent jamais strictement à l'identique tout comme l'expression symptomatique d'une même maladie présente toujours des variations d'un patient à un autre* »[1344]. Il n'y a jamais deux cas identiques, et cela n'est pas sans conséquence dans un contrôle aussi

[1339] CEDH, 20 octobre 2015, *Sher et autres c. Royaume-Uni*, n° 5201/11, § 149 : « *terrorist crime falls into a special category* » ; CEDH, 16 décembre 2014*, Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, n° 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09 ; CEDH, 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, n° 5029/71, § 48 ; J.-P. Marguénaud, « La régression des garanties procédurales conventionnelles face aux exigences de la lutte contre le terrorisme », *RSC* 2017, pp. 130 et s.
[1340] F. Zenati-Castaing, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *op. cit.*, pp. 1557-1558.
[1341] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.,* p. 495.
[1342] F. Rouvière, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *op. cit.*, p. 525.
[1343] G. Timsit, *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, PUF, Paris, 1995, p. 113.
[1344] F. Rouvière, « Apologie de la casuistique juridique », *op. cit.*, p. 119.

spécifique que le nôtre. Régulièrement, une différence dans la solution adoptée, en raison d'une différence dans l'application des normes, s'exacerbe[1345]. En effet, la présentation des faits de la cause est susceptible d'influer sur la mise en œuvre du contenu des éléments normatifs, sur l'acceptation de leur contenu[1346]. C'est ce qu'ont compris le juge administratif et les comparants en faisant d'eux le lieu privilégié de l'activité de justification[1347]. Nombreux sont les auteurs qui ont démontré cela. Le principal reste néanmoins T. Ivainer qui dans sa thèse nous disait que : « *le juge n'échappe pas à ce que nous considérons comme une des options axiologiques les plus fondamentales qui l'interpellent : privilégier chaque cas à trancher, à l'encontre des règles générales, abstraites et impersonnelles, et sauvegarder ses particularismes dûment évalués au moyen des échelles de valeur que le juge estimera leur convenir* »[1348]. C'est pourquoi la méthode étudiée conduit à les exploiter dans une mesure certainement plus forte que n'importe quelle autre méthode. Ce point n'est pas sans intérêt puisqu'il participe à renforcer la dimension logique du résultat.

252. Assurément, l'élément factuel est devenu quelque chose de primordial dans l'équation juridictionnelle du contrôle *concret* de conventionnalité des lois – cela nous en avons pu en attester dans la partie précédente. Dans le même temps, ils vont permettre au juge d'introduire une singularité dans chaque procès et de rendre une solution beaucoup plus cohérente. Effectivement, avec cette méthode, le juge administratif, après avoir dépassé la norme formelle, doit se concentrer sur les circonstances concrètes de la situation litigieuse en s'efforçant de mettre en rapport le factuel et le normatif pour révéler un certain nombre de choses[1349]. Pour dire vrai, la pertinence et la sécurité d'une solution découlent toute entière de la capacité du juge à s'engluer au plus près de la réalité presque immédiate, qu'il s'agisse de la norme à puiser pour résoudre le litige ou des circonstances qui ont mené au contentieux et qui se sont réellement déroulées. C'est un tel aller-retour entre ces multiples données qui se trouve à l'origine d'une décision cohérente, parce que fondée sur et dans l'environnement immédiat. Et cela est réalisé par cette méthode particulière qui implique un dialogue extrêmement contextualisé et surtout argumenté. Elle envisage, par l'intermédiaire du discours des parties au procès, le contenu de ces éléments factuels et leur influence vis-à-vis de l'élément normatif. Cette mise en opposition du rôle des faits est garante de la détermination de leur contenu réel ainsi que de leurs effets[1350]. En somme, la méthode assure un regard sur les éléments de l'espèce dans le débat juridictionnel. Elle devient la garantie que le cas sera analysé dans toute sa complexité et sa spécificité.

253. La force argumentative du Fait : un élément incontournable de la réalité juridictionnelle contemporaine. – Nous avons déjà vu combien la mise en œuvre d'une interprétation concrète était intéressante et inhérente à la méthode que nous étudions. Il s'ensuit en toute logique que la recherche de la réalité des faits fondée sur une méthode empreinte de concrétude était, non seulement normale, mais aussi à même de garantir l'efficacité de l'activité juridictionnelle. « *Plus ces circonstances sont concrètes et précises, plus la restriction de la liberté a des chances d'être à la fois efficace et limitée parce qu'elle est a priori mieux adaptée aux circonstances qui la motivent* », affirmait le Professeur Picard[1351]. L'acceptabilité et l'aspect sécuritaire de la décision juridictionnelle proviennent entre autres et surtout de la capacité du juge par cet intermédiaire, de se rapprocher au plus près des circonstances factuelles en cause, pour mieux comprendre la réalité des évènements qui se sont déroulés et, ce faisant, rendre une solution qui est juste parce qu'elle ne néglige pas les faits principaux de l'affaire. Elle est surtout largement plus protectrice puisqu'elle se fonde sur des données tangibles et qui lient les parties au procès. En d'autres mots, la concrétisation de la réflexion est à l'origine d'un jugement juste, parce que fondée sur la réalité d'un contexte immédiat. Au total, l'utilisation de cette méthode implique la volonté constante de se concentrer sur les circonstances réelles de l'espèce pour effectuer son appréciation. Puisque le juge administratif se trouve confronté à une norme qui entraîne l'opposition de principes incarnant deux thèses opposées, il est nécessairement tenu, pour résoudre le conflit, d'immerger lesdits principes dans les circonstances de

[1345] Pour un exemple concret relatif aux droits des parents tirés de l'article 8 et à la GPA : CEDH, 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12, §§ 185-191 et §§ 200-214 Cet arrêt bouleverse ce qui était connu jusqu'à présent et notamment un arrêt qui avait été rendu quelques jours auparavant, en raison des circonstances de la cause : CEDH, 19 janvier 2017, *Laborie c. France*, n° 44024/13.
[1346] D'une certaine façon : T. Janville, *La qualification juridique des faits*, PUAM, Aix-en-Provence, 2004, 745 p.
[1347] J.-C. K. Dupont, « Établir, qualifier, argumenter (…) », *op. cit.,* p. 88 : « *les faits, mais aussi la manière dont ils sont présentés, font ainsi partie intégrante du dispositif rhétorique car ils déterminent en partie la réussite ou l'échec des comparants* ».
[1348] T. Ivainer, *L'interprétation des faits en droit*, *op. cit*., p. 304.
[1349] *Voy*. F. Rigaux, *La loi des juges*, Odile Jacob, Paris, 1997, pp. 224-225.
[1350] J.-C. K. Dupont, « Établir, qualifier, argumenter (…) », *op. cit.,* pp. 90-91.
[1351] E. Picard, *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 513.

l'espèce. C'est uniquement en infusant ces principes – qui, à raison de leur relativité, sont insusceptibles de guider de manière abstraite vers le sens d'une solution – dans la réalité factuelle, que le juge parviendra à en tirer la prescriptivité dont il a besoin pour conclure son jugement. Sans cette concrétisation des dispositions qui contiennent en germe l'opposition des principes, ces derniers resteraient une feuille vierge. Il en découle, en outre, que plus le juge inscrit les principes en cause dans les circonstances factuelles de l'espèce, et plus cette prescriptivité est forte. Puis, plus la décision apparaît comme pertinente, car elle vient intégrer des indices factuels qui sont susceptibles de légitimer le sens de la conclusion[1352].

254. Comme le résume fort bien P. Muzny : « *Puisque ce sont les faits impliquant la survenance d'un événement E, en un lien L et un temps T à l'encontre d'une personne P, qui déterminent la signification réelle de la norme, se priver de tous ces éléments en les abstrayant de l'appréciation effectuée, équivaudrait donc à réaliser un jugement généralisant, en décalage complet avec la réalité qui le sous-tend. En ce sens, ce serait un peu comme si le critique littéraire jugeait d'un opuscule par sa seule couverture ou le critique culinaire le plat d'un cuisinier par référence à la seule réputation qui le précède* »[1353]. Plus précisément, « *les faits de la cause (...) constituent dans ce cadre, pour autant qu'ils soient suffisamment saillants, des "raisons" ou des "arguments" par lesquels il est possible, sinon de fonder entièrement la décision, du moins de pondérer le raisonnement* »[1354]. Les faits de la cause permettent d'orienter la décision, de la circonscrire et de la justifier dans le procès seul[1355]. Dorénavant, « *le fait est confondu au droit* »[1356], plus l'interprétation s'ancre dans les circonstances de l'espèce pour dégager sa solution et plus le Droit, entendu au sens du prescrit de la norme, sera fort, parce que conforme à la réalité factuelle. Donc, plus le juge est capable d'inclure les éléments factuels déterminants en vue de juger l'issue du contentieux, et plus la solution rendue se trouvera fondée, acceptée ou encore légitimée. En faisant, une mise en balance concrète des intérêts en présence selon une norme adaptée au contexte et sa mise en œuvre, il n'est point contestable que la méthode employée soit particulièrement intéressante. Elle entend regarder ces éléments à chaque procès, ce qui constitue une garantie pour l'individu de voir la spécificité de son cas retenue. Partant, elle introduit une individualisation progressive. Désormais, « *l'activité judiciaire se trouve (...) soumise à (...) la rhétorique des plaideurs et la dialectique du procès, source de justice spontanée parce qu'elle nourrit la prudence, art de démêler le juste de l'injuste à partir des faits, démarche donc inductive* »[1357].

255. Illustration de notre propos. – *Exempli gratia* avec l'affaire du 4 décembre 2013, c'est parce que le mariage entre une femme et le père de son ancien mari avait été célébré sans opposition et duré plus de vingt ans que la Cour de cassation a jugé que l'annulation de son mariage sur le fondement de l'article 161 du Code civil heurterait le droit fondamental de cette femme au respect de sa vie privée et familiale. Appelé à combler les carences de la finitude de la lettre et celui de l'érosion du temps, le juge ne perçoit les lacunes et les distorsions qu'au fur et à mesure que les situations singulières inédites pénètrent dans le prétoire et le contraignent à les trancher. Il en va de même pour notre cas, de larges développements sont consacrés à l'élément factuel qui est totalement vivifié, et qui est propre à chaque affaire. Cette nouvelle dimension sera toujours réinterrogée à la lumière des circonstances de chaque affaire. Le Tribunal administratif de Toulouse et celui de Rennes démontrent bien une attention encore toute particulière aux faits acceptés de l'espèce vis-à-vis des nouveaux principaux susceptibles d'être tirés des droits invoqués – l'ordonnance du Tribunal administratif de Rennes est sûrement la meilleure illustration de cette analyse. Ils ne sont pas simplement là pour justifier l'application de la disposition, ils sont là pour la construire et argumenter le choix du juge. Les décisions sur lesquelles débouche la balance assurent une véritable interrogation sur les spécificités du cas pour étayer sa décision. Ces éléments propres au litige qui tiraillent les parties sont susceptibles d'assurer une réflexion soutenue sur le contexte environnant et la pertinence de la solution dégagée dans chaque affaire. Il ne s'agira pas de faire une application mécanique ou obscure, cette méthode poussera le juge à ne pas emprunter le chemin de la facilité et donc de l'incertitude.

[1352] J.-C. K. Dupont, *Procès et sociabilité en matière de droits de l'homme (...)*, *op. cit.*, p. 204 : « *L'acceptation (...) est contrainte par les "faits"* ».
[1353] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit*, pp. 501-502.
[1354] J.-C. K. Dupont, « Établir, qualifier, argumenter (…) », *op. cit.,* p. 89.
[1355] T. Ivainer, *L'interprétation des faits en droit*, *op. cit*., pp. 307 et s.
[1356] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.,* p. 499.
[1357] F. Zenati-Castaing, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *op. cit.*, p. 1557.

256. Nous en avons d'autres exemples sur le terrain de la CEDH, qui reste la meilleure illustration de ce mouvement, plus précisément sur le terrain des droits tirés de l'article 5 de la CESDH[1358]. C'est parce qu'en matière d'appréciation du caractère raisonnable de la durée d'une *détention provisoire* la Cour s'efforce d'appliquer le réalisme factuel pour légitimer le sens de sa solution qu'elle prend en compte les principes de liberté de la personne avec celui de la sécurité nationale pour résoudre l'opposition de manière concrète et individualisée, en se référant dans le cas litigieux qui lui est soumis, à la fois à la sévérité de la condamnation encourue, du risque de s'échapper, d'entraver la bonne administration de la justice, de commettre d'autres infractions ou de cause un trouble à l'ordre public, en sachant que le danger d'évasion doit lui-même s'apprécier de manière concrète suivant l'existence ou non d'autres circonstances de fait. Il est clair que « *les éléments circonstanciels font littéralement la signification de la norme dans un cas donné* »[1359]. S'abstenir de s'y référer serait ôter à l'activité jurisprudentielle de la Cour les fondements nécessaires pour trancher utilement le conflit. Pour en terminer, nous dirons simplement que le « *procès* » devient un dispositif institutionnel visant l'interaction et l'évaluation de thèses contraires quant à la définition ou au champ d'application des droits fondamentaux.

257. L'optimisation de la fonction de pacification et de pédagogie du juge. – Il convient de dire que l'émergence d'un juge-législateur, en lien avec un raisonnement *in abstracto*, n'équivaut nullement à un renforcement de la protection des droits et libertés dès lors que l'objectivation du contentieux, en faisant la part belle aux exigences d'unité du droit et de cohérence de l'ordre juridique, oublie souvent le justiciable. Ce qui n'est plus ici le cas avec une telle méthode. Au bout du compte, ces latitudes permettent certainement d'optimiser la tentative de pacification des différentes parties – il retrouve son objectif naturel et de celui du Droit[1360] longtemps délaissé – dès lors qu'elles sont mises en perspective avec la dimension justificative du contrôle. Effectivement, elles exaltent l'activité de conciliation et de pédagogie du juge, mais également la pertinence des éléments structurants de cette méthode. La motivation n'a jamais eu autant de pertinence qu'en raison de la dimension concrète de la méthode[1361] ; même si des améliorations doivent encore être apportées. Et force est de constater que ces enseignements participent au développement de contraintes externes qui vont solidifier encore un peu plus l'exigence de prévisibilité juridique au sens *méthodologique*.

§II - La pacification tangible des parties au procès

258. Le développement des potentialités de cette méthode est susceptible de garantir la plus grande pédagogie du juge administratif et la plus grande pacification des relations sociales. Ce qui n'est pas sans intérêt, car cela veut dire que la méthode replace l'action du juge dans de bonnes proportions en ce qu'elle fait de la rationalité la clé de voûte du raisonnement, et laisse penser que le juge ne se perdra plus dans la recherche de son rôle véritable vis-à-vis du législateur. En effet, la présente méthode tente d'éviter la frustration que crée l'injustice de voir la spécificité de son cas négligée et impose une attention plus forte à la qualité de la motivation d'un point de vue substantiel – *prévisibilité d'ordre méthodologique*. Elle améliore la teneur du dialogue entre le juge et les parties, mais aussi avec la doctrine qui viendra cantonner la subjectivité du juge. Dans le même temps, elle est un élément de stabilisation et de sécurisation de l'ordre juridique en ce qu'elle vient endiguer les maux et l'incertitude que fait peser la multiplication des procès et l'incessante réflexion sur la teneur du Droit ; ce qui est aussi un facteur de protection des droits des individus. Puis, elle répond à des revendications contemporaines, ce qui va garantir une plus grande confiance dans l'activité juridictionnelle et son produit. Effectivement, il apparaît que « *c'est un magistrat pacificateur, médiateur, qui est demandé par la société, voire plus ou moins inconsciemment par les intéressés, non pas un juriste qui dise (seulement l'aride) droit* »[1362]. *In fine*, son propos devient plus clair et crédible (*A*). Pourtant, tout cela n'est pas toujours évident, quelques travaux restent à fournir pour renforcer

[1358] CEDH, 26 janvier 1993, *W. c. Suisse*, n° 14379/88, § 33.
[1359] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.,* p. 505.
[1360] B. Edelman, *Quand les juristes inventent le réel*, *op. cit*., p. 14 : Les fonctions du Droit sont « *mettre la société en ordre de marche, lui forunir les instruments de sa paix et de sa tranquillité* ».
[1361] Des ouvrages existent sur cette question : A. Schahmaneche, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme*, thèse de Droit, Pedone, Paris, 2014, 794 p.
[1362] J. Carbonnier, *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 20e édition, coll. "Thémis-droit privé", Paris, 1999, p. 19 ; *Voy.* J.-M. Coulon, « L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge », in P. Ancel et J.-M. Ancel (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, Paris, 2001, pp. 133-138, spéc. p. 134 : « *force est de constater que (...) la seule fonction du juge de dire le droit, de trancher un litige par application d'une règle abstraite ne suffit plus au plaideur. Celui-ci réclame du juge un surcroit d'humanité, un rôle pacificateur des tensions sociale ou familiales ou personnelles (...)* ».

encore un peu plus l'exigence prévisibilité juridique. Cela ne veut pas dire pour autant que l'instabilité est de nouveau de mise (*B*).

A) La fonction d'apaisement du cas et de l'ordre juridique

259. La figure du "juge-pacificateur" : un rôle retrouvé avec la méthode du contrôle concret de conventionnalité. – C'est un truisme que d'affirmer que les juges n'ont pas été créés pour alimenter les conflits, mais bien pour l'apaiser – pourtant cela ne va pas toujours de soi et les témoignages d'individus nous permettent de l'entrevoir[1363]. « *Il va de soi que pour parvenir à cet apaisement le juge doit faire preuve de pédagogie dans son jugement et il doit motiver sa décision, ce qui va permettre aux parties en conflit de constater que le juge a compris le ou les problèmes et qu'il a répondu sans fantaisie ni arbitraire* »[1364]. Cela est quand même la fonction principale d'un Tiers juridictionnel en tant qu'entité devant trancher des différends dans un monde intersubjectif[1365]. L'explication a au moins le mérite de ne pas attiser les flammes, de ne pas mettre de l'huile sur le feu, là où quand elle est inexistante, l'injustice pointe le bout de son nez. La CIJ affirme cela en disant que « *la logique dialectique dans le débat judiciaire est précieuse, car la solution ainsi dégagée pourra être plus raisonnablement acceptée comme la moins mauvaise des possibilités à défaut d'être la meilleure* »[1366]. La fonction conciliatrice de la méthode possède un effet utile au moyen de la transparence argumentaire qu'engendre l'effort de justification – comme nous l'avons vu –, notamment en ce qui concerne la partie perdante. Mais encore faut-il que les indices soient particulièrement pertinents, rien ne sert de donner l'impression de motiver abondamment dans les arrêts si les éléments de la réflexion sont trop éloignés et peu convaincants pour l'auditoire. La persuasion que recherche le juge par la justification passe nécessairement par une approche concrète et donc réaliste. Il cherche à obtenir à l'adhésion de l'auditoire face à lui, elle devient compliquée si, malgré ses efforts argumentatifs, le juge ne tranche pas en fonction d'éléments liés au contexte du procès. La motivation du juge doit être à la fois *formelle* et *substantielle* ; la forme et le fond sont en réalité les deux faces d'une même pièce[1367]. En effet, « *il est vraisemblable que le jugement ne peut être totalement compréhensible que sur la base de raisons justificatives et (...) que le résultat ne sera acceptable pour la partie perdante que si le jugement est fondé sur des raisons appropriées* »[1368]. L'apaisement des tensions proviendrait donc d'un équilibre acquis par un dialogue et une justification relativement précise, car concrétisée. Puis, il convient d'affirmer que cette méthode replace la fonction du juge dans de justes proportions. En effet, « *une méthode pour trancher, choisir et savoir ce qui est souhaitable dans un cas donné* »[1369] et une méthode de résolution des litiges qui va permettre au conflit de s'exprimer dans une forme qui lui permettra de trouver une issue qui rétablisse plus efficacement la paix sociale[1370].

260. La pacification des parties au litige. – Il est certain qu'avec de tels développements, la partie pendante de l'affaire en cause s'abstiendra de multiplier les recours. « *La partie perdante au litige, susceptible d'être influencée lors de sa décision d'exercer ou non le droit de recours dont il dispose ; une bonne motivation l'en dissuadera* »[1371]. Effectivement, lorsqu'une solution est clairement établie par un balisage relativement clair, c'est-à-dire s'appuyant sur des éléments normatifs acceptables et des éléments factuels qui dirigent leur application, qui ne laisse planer que peu de doute sur les déterminants exacts de la conclusion rendue, il est clair que la partie perdante saura plus réceptive au résultat. Elle découvrira, comme le ferait un mathématicien dans un domaine beaucoup plus mécanique, la teneur des inconnues de l'équation juridictionnelle. Cependant, la teneur apparaîtrait sous son meilleur jour – « *the best interpretation* » dirait Dworkin –, c'est-à-dire de produire une solution la plus rationnelle, la plus

[1363] *Voy.* J. Viguier, *La République doit-elle vraiment « guillotiner » ses juges ?, op. cit.*, pp. 53-55.
[1364] A. Fulleda, « La médiation changement de facteur social », in *La médiation*, Homo et Presses universitaires du Mirail, Toulouse, 2002, pp. 16.
[1365] *Voy.* J. Jiang, *Essai sur la notion de situation juridique et son extension en droit administratif français*, *op. cit.*, pp. 185-186.
[1366] CIJ, *Affaire de la Sentence arbitrale*, Recueil 1991, p. 123, § 10 cité par O. Corten, *L'utilisation du « raisonnable » par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruylant et éditions de l'Université de Bruxelle, coll. "Droit international", Bruxelles, 1997, p. 208.
[1367] Un arrêt démontre cela : Cass Civ. 3e, 29 octobre 2015, n° 14-15.455 et 14-18.872 : « *la motivation d'une décision doit établir l'impartialité de la juridiction ; qu'en se bornant à reprendre servilement les conclusions de M. Y... et de la société HDI, à l'exception de quelques adaptations de style, et sans justifier sa décision pour le surplus, la Cour d'appel s'est contentée d'une apparence de motivation et a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 455 Code de procédure civile* ».
[1368] A. Aarnio, *Le Rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, *op. cit.,* p. 8.
[1369] F. Rouvière, « Apologie de la casuistique juridique », *op. cit.*, p. 119.
[1370] F. Ost, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in Ph. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, pp. 1-70, spéc. p. 45 : « *la fonction du droit, dans une société traditionnelle, était quasi exclusivement le maintien de la paix au sein du groupe et que nous savons, par ailleurs, que le juge représente, dans ce type de formation sociale, la seule incarnation du droit, on en déduira, comme le note Duby, que le juge est "homme de concorde" qui doit "amener les adversaires à composer"* ».
[1371] T. Ivainer, *L'interprétation des faits en droit*, *op. cit.,* p. 167.

convenable en fonction des différents éléments invoqués. Autrement dit, « *l'invention interprétative devra être justifiée comme la plus convenable pour le cas, et ce au regard des significations normatives antérieures, de la tradition (…) d'une communauté d'interprétation* »[1372]. Concrétiser, justifier, s'expliquer pour persuader, convaincre et, *in fine*, faire adhérer à son action ceux qui l'écoutent : tel est le mantra de la méthode étudiée. Le contrôle *concret* de conventionnalité des lois dont le but est de fonder la décision sur les éléments factuels réels, parce que concrétisés et individualisés dans le litige donné pour, ensuite de quoi, en user comme autant de moyens de persuasion afin de faire accepter sa décision là est la fonction de *pacification* de la méthode. En adaptant ses décisions à la réalité normative par l'intermédiaire de solutions dont le sens s'appuie constamment sur l'anticipation des effets réels qu'ils sont susceptibles de produire, mais aussi en fondant sa démarche sur une appréciation de la réalité factuelle par le truchement d'une concrétisation des données propres à l'espèce, le juge ne choisit pas la voie la plus facile. C'est dans cette perspective concrète que l'activité de justification du juge prend tout son sens. En prenant à bras le corps la réalité environnante pour essayer de mieux la maîtriser, les jugements du juge ne font que confirmer que le Droit n'est jamais linéaire. Par cette méthode, le juge administratif améliore la qualité de la rédaction de ses décisions de par son caractère plus détaillé ainsi que concret et pacifie plus largement les procès. Également, l'exacerbation d'une telle méthode conduit à l'utiliser explicitement dans tous les procès, elle ne tolérerait pas une utilisation subreptice. Le moindre doute sur son utilisation serait un facteur de réprobation.

261. La modestie retrouvée du juge. – De surcroît, elle témoigne de la modestie du juge dans un environnement hostile et relatif, il redescend de l'Olympe – dont les anciennes méthodes et tout le symbolisme judiciaire ont participé à favoriser l'ascension[1373]. Cela signifie que le juge ne va plus faire d'excès de zèle. Il va se contenter de trancher efficacement chaque litige, ce qui conduit à rendre plus claires la structuration et la finalité du débat. « *Le citoyen doit comprendre que (…) le juge possède tous les défauts propres à l'homme, et qu'il doit lutter activement contre certaines tendances si humaines pour accomplir correctement son métier* »[1374]. Précisément, il serait un demi-dieu – en raison de la difficulté du travail qu'il a à réaliser, trancher un litige n'est jamais une mince affaire puisque tellement de considérations entrent en jeu – en ce sens qu'il a une part de divin, mais aussi d'humain, qui implique tous ses défauts et sa finitude. Finalement, la figure herculéenne du juge dworkinien ou ostien est intéressante. Ce serait la seule et unique figure valable. Il faut en finir avec la figure jupitérienne – qui anime aussi la scène politique – il faut se cantonner à celle qui désigne le juge qui, par son activité débordante, se présente, d'abord, mais pas exclusivement, comme un ingénieur social. Il tranche des litiges, mais il se fait aussi conseil, voire médiateur, et il sait adapter ses décisions aux réalités du terrain[1375]. Il faut en finir avec l'hubris humaine, c'est-à-dire de l'orgueil inacceptable de la part d'un mortel. « *L'avantage du tiers présent doit être contrebalancé par l'inconvénient de son imperfection* »[1376]. Entre la justice divine et la justice humaine, il y a une distance insondable. L'Homme demeure et demeurera ce qu'il est. Toute prétention à une supériorité insolente parmi les Hommes doit donc entraîner une punition cruelle de la part des dieux immortels. « *Personne n'est né juge* »[1377], il faut apprendre à le devenir et une telle méthode y participe activement. Si l'Homme a sûrement une place différente dans le monde – que tentent de retranscrire depuis le début certains écrits, courants : mythe de Prométhée, l'humanisme, et aujourd'hui le concept *d'anthropocène* en géologie et philosophie –, il reste imparfait et sa divination est impossible comme semble nous l'indiquer le mythe de la tour de Babel.

262. La protection plus générale de l'ordre juridique. – En outre, l'atténuation du nombre de requêtes n'est pas anodine. Assurément, l'explosion du nombre de contentieux[1378] fait aujourd'hui peser des risques la protection des droits des justiciables, elle est un facteur de traumatisme qui ne s'accommode que très mal avec la protection des droits et l'exigence de prévisibilité juridique[1379]. Une telle méthode permet

[1372] B. Mazabraud, *De la juridicité (…), op. cit*., p. 144.
[1373] *Voy.* J. Viguier, *La République doit-elle vraiment « guillotiner » ses juges ?, op. cit.*, pp. 55-58 ; E. Bernheim, « De la mise en scène de la justice. Accès aux droits, rôle des tribunaux et statut citoyen en santé mentale », *Droit et société*, 2012, n° 81, pp. 365-380.
[1374] *Ibid.,* p. 59.
[1375] F. Ost, « Jupiter, Hercule, Hermès ; Trois modèles du juge », in P. Bouretz (dir.), *La force du droit*, Éditions Esprit, Paris, 1991, pp. 241-272.
[1376] J. Jiang, *Essai sur la notion de situation juridique et son extension en droit administratif français*, *op. cit.,* p. 201.
[1377] *Ibid*., p. 245.
[1378] *Voy.* Conseil d'Etat, « Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2016 », *Rapport public 2017,* La documentation franais n°68, Paris, 2017.
[1379] Pour un exemple précis sur un autre terrain : O. Fouquet, *Rapport au ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique, Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche*, juin 2008, disponible en ligne, p. 55 : « *les délais de la procédure*

d'éviter cela, notamment de pallier ce problème que rencontre déjà depuis un bout de temps la justice administrative[1380] et qui ne cesse de s'enraciner avec le tumulte de notre époque – en témoigne le contentieux des étrangers. La multiplication des recours montre toute la complexité pour le juge de convaincre les foules, ce qui conduit à un encombrement des prétoires qui ne peuvent plus répondre dans des temps convenables aux différentes sollicitations. Cela débouche également sur des jugements moins réfléchis, plus intuitifs, plus mécaniques – il y a un phénomène de rationalisation du traitement des requêtes qui se traduit par la reproduction totale et indifférenciée d'une argumentation dans plusieurs affaires – et donc la dégradation de la cohérence, méthodologique et intellectuelle, du débat juridictionnel. Avec ce mouvement, le flou dans le raisonnement du juge est un constat irrévocable. Les individus n'ont plus aucun filet de protection pour la compréhension du résultat et ils persistent à ouvrir de nouveaux recours. L'incertitude et la méfiance sont inaltérables tant pour les parties au procès que l'ordre juridique entier. Sa cohérence est sans cesse remise sur la table, de nouveaux débats émergent et conduisent à une instabilité normative – de par les solutions, mais aussi par la réponse législative qui sera apportée. En mettant en œuvre une telle méthode beaucoup plus conciliatrice et pédagogique, le contentieux va se prémunir contre les pathologies du contentieux de masse. Assurément, ces éléments ne seront pas négligés puis la *confiance* dans débat juridictionnel et de son résultat sera restaurée – indice constitutif de l'exigence de prévisibilité juridique. Et elle garantit une meilleure stabilité du système normatif en développant précisément sa composition et en limitant les remises en cause.

263. La sacralisation de l'influence corrective de la doctrine. – Enfin, elle permet d'entretenir des relations beaucoup plus soutenues avec la doctrine[1381]. Dans une matière aussi complexe et particulière que celle de la fondamentalité, chaque affaire devient une pierre dans l'édifice incommensurable des droits fondamentaux. Nous avons pu affirmer au fil de nos développements toute l'importance qu'avait le procès dans la construction et la vie des droits fondamentaux. D'autres, mieux que nous, se sont adonnées à analyser cette apparente proximité[1382]. Il est donc tout à fait normal que la doctrine s'intéresse aux différentes affaires qui sont le lieu d'évolution et de possible systématisation. La doctrine qui étudie les droits fondamentaux est particulièrement active, elle n'attend que des nouveaux arrêts pour comprendre, élaborer, mais surtout se rassurer. Nonobstant, les rapports qu'ils entretenaient ont toujours existé, ils prennent ici une nouvelle dimension. En effet, « *au juge de dire le Droit à travers les cas d'espèce ; au commentateur de systématiser des solutions particulières, de les coordonner en un tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par les autres, de les transformer ainsi en une matière intelligible* »[1383]. Il est courant d'affirmer que l'ensemble des jurisprudences ne se transforme en réalité juridique qu'à condition de recevoir le souffle de la vie de la part de l'esprit des théoriciens. Considérées dans un aspect strictement matériel, les jurisprudences ne sont que des tombeaux de mots, elles doivent subir la violence des théoriciens pour se métamorphoser en éléments constitutifs de la réalité juridique. Il est donc permis de conclure que la réalité jurisprudentielle ne réside ni dans les données jurisprudentielles, ni dans le concept *a priori*, mais dans le mi-chemin entre les deux : elle est une construction des juristes théoriciens, combinée à la fois la matière (les données jurisprudentielles) et l'idée (le type idéal des théoriciens).

264. Mais ils ont pris une nouvelle dimension, les « *transactions collusives* » comme la « *concurrence* » entre ces entités n'ont jamais été aussi fortes[1384]. La plus grande ouverture de la réflexion des juges favorise l'intégration des observateurs dans les débats prétoriens. Les différentes solutions seront plus susceptibles d'obtenir l'adhésion de la majorité de la doctrine qui comprendra par la pédagogie du juge et émettra, dans le même sens ou non, des réflexions qui renforcent le sentiment de légitimité des parties au procès. Ils vont pouvoir consolider la logique de l'œuvre commune d'interprétation, en assurant la prise en compte de plusieurs types d'exigences (la cohérence et l'adaptation au réel) et en combinant plusieurs principes de légitimité (la science). Les rapports en ressortent améliorés et surtout plus constructifs – les critiques actuelles faites par H. Fulchiron illustrent bien cela, car tout en réprobant l'argumentation du Conseil d'État, il affirme la pertinence de la méthode employée et du résultat du point de vue de son concept

fiscale devant les juridictions administratives sont dissuasifs, notamment en ce qui concerne le premier degré : plus de cinq ans en moyenne devant le tribunal administratif de Paris - ce qui amène souvent le contribuable à "préférer une mauvaise transaction à un bon procès" ».

[1380] J.-M. Sauvé, « Dix années de croissance du contentieux : Quelles réalités ? Quelles réponses ? », Intervention lors du Colloque organisé à l'occasion du X^{ème} anniversaire du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, 29 novembre 2010, disponible en ligne.

[1381] P. Deumier, « Le contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *op. cit.,* p. 581.

[1382] J.-C. K. Dupont, *Procès et sociabilité en matière de droits de l'homme (...)*, *op. cit*.

[1383] J. Rivero, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.* 1951, chron. XXIII, pp. 99-102, spéc. p. 99.

[1384] J. Chevallier, « Les interprètes du droit », *op. cit*., pp. 269-272.

d'équité[1385]. Finalement, en développant une motivation plus riche et surtout plus contextualisée, le juge ouvre aussi sa solution à la discussion publique, de laquelle émergera un nouveau cadre de contraintes argumentatives qui est protecteur pour les parties et l'ordre juridique. « *Le juge a bien besoin que son propre discours tendancieux soit soumis à l'épreuve de la contradiction* »[1386]. Elle est gage d'une plus grande probité intellectuelle du juge et surtout d'un meilleur encadrement de son processus décisionnel. Il est borné par une multiplicité de considérations qui sont inhérentes tant à la cause du litige ainsi (contraintes endogènes) qu'à l'extérieur de celle-ci, notamment de par l'action des commentateurs du monde juridique puisqu'ils tentent de systématiser le Droit, ils se livrent à un travail de *dogmatique juridique*[1387] (contraintes exogènes). Il ouvre encore au dialogue sa réflexion par le biais de sa motivation qui affiche un raisonnement concret jusque-là travesti. Ce qui améliorera la confiance dans le débat juridictionnel et l'enrichira puisque le juge sait que, *in fine*, sa décision relative à un cas concret sera lue par un auditoire plus large que celui du procès. Cette méthode crée un *dialogisme* plus grand que celui à l'intérieur du prétoire puisque la décision juridictionnelle motivée reçoit une publicité et qui offre ainsi un espace d'expression communicationnelle privilégiée – ne négligeons pas non plus le dialogue avec les juges européens qui serait facilité avec cette méthode.

265. La démocratie retrouvée. – En définitive, cela fait du juge le lieu de la *Justice*, l'autel de la démocratie perdue, il rétablit les considérations démocratiques, les valeurs, mais aussi, et surtout l'éthique de la discussion qui est cœur même du processus démocratique selon Habermas, qui avait été abandonnée par une société politique accélérée. Les prétoires deviennent le haut lieu de la progression démocratique et sociétale, mais aussi celui de l'État de droit[1388]. Comme nous le montre un auteur américain : « *ma suggestion serait que la réalisation de la liberté politique au moyen de la loi dépend de "notre" (celui de la Cour suprême) effort constant visant à inclure les autres, autrement dit ceux qui furent jusqu'à présent exclus, ce qui veut dire en pratique que l'on confère une présence au niveau de la doctrine juridique, aux voix jusqu'ici absentes qui sont celles des groupes sociaux qui prennent conscience d'eux même* »[1389]. Le juge assure « *une forme de démocratie supplétive dans les blancs du travail des institutions normatives* »[1390] qui fait de lui le symbole de la conscience juridique du pays[1391]. Puis, il est certain que « *rechercher la compréhension d'un auditoire universel contribue à légitimer son œuvre jurisprudentielle et son existence institutionnelle, tout en marquant et en rendant visible son existence dans le jeu du pouvoir et des pouvoirs* »[1392].

266. Nonobstant, certains points doivent encore être travaillés par le juge administratif. Tout n'est pas forcément des plus limpides, si tant est qu'il soit possible d'atteindre ce résultat un jour[1393]. Quelques ajustements ne seraient pas inopportuns dès lors que le juge prendra conscience de la réalité de cette méthode et de l'incongruité de son lien avec le contrôle *abstrait*. Son travail de pacification et de pédagogie est un peu altéré par la force de vieilles idées et aussi par le mystère qui entoure cette méthode relativement jeune dans le contentieux administratif. Mais comme tout outil, encore faut-il l'utiliser pour obtenir une certaine dextérité.

B) La médiation encore rudimentaire du juge administratif

267. L'évolution de la motivation dans la justice administrative : la quête d'un standard toujours réévalué. – Il est loin le temps des jugements ambivalents ou du moins nuancés, pour des raisons qui

[1385] Pour un autre exemple : M. Guyomar, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », *op. cit.*, p. 31.
[1386] P. Martens, « Sur le maniérisme judiciaire », *RTDH*, 2002, p. 340.
[1387] A. Aarnio, « Dogmatique juridique », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993, p. 188 : « *le domaine de la science du droit consacré à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques* ».
[1388] Nous en avons un exemple avec l'affaire *Gomez-Turri* qui invite le législateur à réfléchir sur sa législation : P. Le Maigat, « La vie... au-delà de la mort ou l'insémination post mortem à nouveau en question », *Gaz. Pal*. n° 27, 19 juillet 2017, pp. 16-17.
[1389] Fl. Michelman, « Law's Republic », *Yale Law Journal*, n°8, vol. 97, 1988, p. 1529 (traduit par nous).
[1390] S. Rials cité par C. Vimbert, *La tradition républicaine en droit public français*, *op. cit.,* p. 257.
[1391] *Voy*. G. Burdeau, « La Cour suprême : oracle ou miroir ? », *Critique*, janvier 1967, n° 236, pp. 80-96, reproduit in *Écrits de droit constitutionnel et de science politique*, éd. Panthéon-Assas, Les introuvables, 2011, 674 p.
[1392] X. Magnon, « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle », *RFDC*, 2014, n° 100, pp. 999-1009, spéc. p. 1006.
[1393] P. Malaurie, « Le style des Cours suprêmes françaises. Une recherche constante d'équilibre », *JCPG*, 2012, 4 juin 2012, doctr. 689, n°2 : « *Il est donc illusoire de croire que l'on peut régir par une règle le style d'une décision judiciaire pour que toutes les juridictions – inférieures et supérieures – soient toujours justes en elles-mêmes, apaisantes pour les parties, pacifiantes pour la société, convaincantes et intelligibles pour tout le monde, respectées par tous, prévenant les futurs conflits par leurs vertus prophylactiques, cohérentes avec elles-mêmes et les autres règles sociales, satisfaisant la raison, bref, l'ensemble des vertus de l'iintelligence, de l'autorité, de l'efficacité, de l'ordre et de la justice* ».

tiennent à l'histoire de la justice administrative[1394]. Il est loin le temps où les jugements se caractérisaient par le mutisme[1395] et la vacuité en raison de l'absence de prise en compte de l'exactitude du cas à trancher[1396]. Mais la qualité de la motivation – au service de la médiation – dégagée par cette méthode est sans précédent. Elle est le point d'orgue d'un mouvement qui tend à renforcer le caractère équitable du débat juridictionnel dans la justice administrative sous l'influence certainement de la CEDH[1397] puisque désormais, avec l'arrêt *Gomez-Turri*, le fond a autant de place que la forme. En effet, depuis des années, il s'est développé au fil des arrêts de nombreuses précisions qui viennent améliorer la consistance de la rédaction des décisions juridictionnelles et qui sont relatives à la sécurité du procès. Comme le résume bien le Conseil d'État : « *l'histoire de la motivation des décisions de la juridiction administrative est celle d'un enrichissement constant de l'expression des motifs* »[1398]. Il est certain que « *l'axe du progrès en matière de justice suit de près le souci de s'expliquer* »[1399]. Effectivement, selon la jurisprudence, l'acte de jugement doit obligatoirement comporter un certain nombre d'annotations ou précisions. Il s'agit notamment des visas se rapportant aux mémoires échangés et aux pièces produites durant l'instruction ainsi qu'aux textes en cause. Il s'agit également et surtout des mentions de régularité procédurale. Il suffira pour notre propos d'en citer quelques-unes dont l'intérêt tombe sous le sens. Le jugement doit obligatoirement mentionner : le nom des juges ayant siégé[1400], la date de l'audience[1401]. Il faut également que soit mentionnée la publicité des débats[1402] ainsi que l'audition du rapporteur et celle du commissaire de gouvernement[1403]. L'obligation de motivation des jugements constitue aux termes de la jurisprudence administrative, une règle générale de procédure applicable sans texte à « *toutes les juridictions* »[1404]. D'ailleurs, le Conseil d'État fait de plus en plus attention à la suffisance de la motivation, même dans des cas spécifiques où il existe des règles dérogatoires pour les juges de premières instances quant au principe de l'appréciation préalable de la compétence du juge. Il note que « *que le juge d'appel, auquel est déféré un jugement ayant rejeté au fond des conclusions sans que le juge de première instance ait eu besoin de statuer sur les fins de non-recevoir opposées devant lui, ne peut faire droit à ces conclusions qu'après avoir expressément écarté lesdites fins de non-recevoir, alors même que le défendeur, sans pour autant les abandonner, ne les aurait pas reprises en appel* »[1405].

268. Même s'il existe quelques dérogations[1406] avec notamment le principe d'économie des moyens[1407] qui exige tout particulièrement qu'une décision ne contienne que des motifs utiles pour parvenir au dispositif qu'elle pose ; la volonté d'une meilleure motivation en vue d'une plus grande activité de pacification du contentieux s'est développée[1408] et des groupes de recherche ont même été formés à cette occasion, notamment celui présidé par P. Martin[1409]. D'ailleurs, à la suite de ce dernier, la réflexion sur la rédaction des décisions conduit à rechercher des modes de rédactions plus aisément lisibles sans rien sacrifier de la rigueur et de la précision du raisonnement. Des améliorations ont été réalisées en ce qui concerne la présentation et la motivation des décisions et c'est une volonté de la part des plus hautes personnalités du Conseil d'État[1410]. La doctrine administrativiste a pris conscience de l'importance d'une

[1394] *Voy.* J. Pettit, « La motivation des décisions du juge administratif français », in S. Caudal (dir.), *La motivation en droit public*, Dalloz, coll. "Thèmes et commentaires", Paris, 2013, pp. 211-230.
[1395] A. De Laubadère, « Le Conseil d'État et l'incommunicabilité », *Études et documents du Conseil d'État*, n° 31, 1979-1980, pp. 17-22, spéc. p. 19 : « *Le souci de concision (...) qui relève de l'exercice de style lui vaut un respect que laisse apparaître la qualification d'imperatoria brevitas mais qui n'en oppose pas moins un certain obstacle à une compréhension facile, complète et assurée de la signification des décisions (...). Le laconisme rend ainsi parfois difficile l'accès à certains aspects de la jurisprudence. Le mutisme le rend impossible* » ; pour d'autres exemples de ces critiques : P. Brunet, « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », *op. cit.*, pp. 551 et s.
[1396] H. Kötz, « The Role of the Judge in the Court-Room: The Common Law and Civil Law Compared », *Journal of South African Law*, n° 1, 1987, pp. 35-43, spéc. p. 41 : *« The style of French judicial opinions (...) are generally marked by polished elegance and formal clarity, but they also seem to be frozen in a pedantic ritual of empty formalism, inappropriate to the uniqueness of the concrete facts of life behind the case which can often only be guessed at ».*
[1397] CEDH, 19 février 19998, *Higgins c. France*, n° 20124/92 ; CEDH, 10 octobre 2013, *K.K. c. France*, n° 18913/11.
[1398] Conseil d'État, « Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative », Paris, Rapport d'avril 2012, p. 10., disponible en ligne. Il faut également citer l'étude qui est produite à ce propos sur l'évolution historique de la rédaction des décisions du juge administratif aux pages 91 à 96 du rapport.
[1399] D. de Béchillon, « Le juge et son œuvre, un an de fabrication du droit administratif au Conseil d'État », in *Mélanges en l'honneur de M. Troper*, Économica, Paris, 2006, p. 359.
[1400] CE Ass., 23 janvier 1948, *Bech*, Rec. Leb. p. 33.
[1401] CE, 14 novembre 1962, *Wettel*, Rec. Leb. p. 1072.
[1402] CE Sect., 28 janvier 1938, *Ville de Moulins*, Rec. Leb. p. 96.
[1403] CE, 2 décembre 1977, *Comité de défense des contribuables de Saint-André*, Rec. Leb. p. 476.
[1404] CE Sect, 1er mars 1935, *Platon*, p. 270, DH 1935, p. 336 ; 29 novembre 1979, *Landsmann*, p. 431, *D.* 1980, IR, p. 117, obs. P. Delvolvé ; 8 juin 1994, *Leconte*, D. 1994, IR, p.191, n°558, RFDA 1994, p. 850 in R. Chapus.
[1405] CE, 14 mai 2008, *Communauté de Communes Millau-Grands Causses*, n° 280370, cons. 3.
[1406] R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.,* pp. 1061-1064.
[1407] CE, 29 mai 1963, *Maurel*, Rec. Leb. p. 134.
[1408] F. Rolin, « La qualité des décisions du Conseil d'État », in P. Mbongo (dir.), *La qualité des décisions de justice*, éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2007, pp. 153-165, spéc. p. 156 : « *La métaphore empruntée à la chimie des atomes ou à la biologie moléculaire peut paraître forcée. Pourtant, l'analyse détaillée d'une décision du Conseil d'État révèle que celle-ci est le plus souvent constituée par des "modules élémentaires" qui, une fois assemblés et adaptés au cas d'espèce, forment un continuum cohérent* ».
[1409] Conseil d'État, « Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative », *Rapport d'avril 2012*, Paris, 221 p., disponible en ligne.
[1410] *Voy.* B. Stirn, « L'évolution de l'office du juge, regards sur la dernière décennie », Intervention lors du Colloque de Toulouse pour le 60ème anniversaire des tribunaux administratifs le 28 octobre 2013, disponible en ligne.

motivation riche, car elle serait un moyen d'« *éclairer l'état du droit, en même temps qu'elle permet aux parties d'apprécier les chances de succès d'une éventuelle voie de recours. Elle concourt à une bonne administration de la justice en contraignant les juges à la rigueur et au scrupule et en mettant la juridiction supérieure en mesure d'apprécier le bien-fondé des jugements déférés à sa censure* »[1411].

269. Les innovations encore fébriles de l'arrêt Gomez-Turri. – Néanmoins, la nouvelle rédaction produite par la méthode développée dans l'arrêt *Gomez-Turri* va encore plus loin en produisant une motivation qui allie parfaitement la forme et le fond. Elle est remplie de détails pertinents qui améliorent la compréhension et la stabilité du raisonnement du juge – contrairement à ce qui est souvent affirmé[1412] – ce qui en fait une décision de qualité[1413]. Elle vient enfin réaliser un rêve qui est largement exploré par la doctrine. Le décalage entre la motivation et la position du juge a été nettement résorbé[1414]. Pourtant, malgré les efforts fournis, quelques interrogations sont permises en ce sens que la fonction de pacification n'est pas forcément la plus performante dans cet arrêt. Nous pouvons affirmer sans mal que la médiation reste encore rudimentaire en raison de malfaçons dans la motivation. Si nous pouvons identifier l'élément déterminant de la décision d'inconventionnalité qu'est « *l'absence d'intention frauduleuse de la part de la requérante* » ainsi qu'une partie du prescrit de l'article 8 de la CESDH, le processus pour arriver à ce résultat n'est pas toujours bien clair dans l'esprit des auditeurs et peut conduire à rendre plus difficile l'adhésion à la solution. Il existe de nombreuses insuffisances encore dans la motivation – *substantielle* – produite par la méthode ce qui conduit à mettre en péril l'activité de pacification des relations. Comme nous le montre H. Fulchiron dans ses différents articles, la réalité du droit lésé en l'espèce aurait dû être mieux caractérisée et les importants objectifs poursuivis par le législateur peser plus sérieusement dans la mise en balance[1415]. Il faudrait encore une meilleure exposition de la réalité de la teneur du raisonnement du juge, cela manque encore au juge administratif[1416]. Là est sûrement le terrain sur lequel le juge administratif doit engager une réflexion afin de rendre encore plus éclatants les résultats de cette méthode et l'exigence de prévisibilité juridique.

270. Notons tout de même que la rationalité parfaite dans la motivation du contrôle *concret* de conventionnalité des lois est un objectif irréalisable. Cela tient aussi de la difficulté inhérente à cette méthode et aux droits fondamentaux, puis au Droit de manière générale. Effectivement, il est toujours difficile de transcrire parfaitement la réflexion et de pacifier[1417]. Le poids des valeurs comme celui des faits, faute de mesure commune, ne peut être rationnellement comparé. Le résultat est le fruit d'un processus dont la dernière étape, celui afin d'établir que « *telle ligne est plus longue* »[1418] , est toujours compliqué à démontrer et sûrement intrinsèquement subjectif[1419]. Comme le résume bien un groupe de travail présidé par P. Martin, il faut être : « *bien conscient que, compte tenu de la technicité de la matière juridique, une décision de justice sera toujours d'une lecture difficile et qu'il serait illusoire de viser une parfaite et immédiate compréhension par tous les citoyens de l'ensemble des jugements et arrêts. Il convient cependant de se demander si le mode de rédaction actuel ne constitue pas un obstacle supplémentaire et inutile à l'accès au droit qu'il serait possible de réduire* »[1420]. Néanmoins, il ne faut pas se cantonner à ce constat. Il est certain que la recension des éléments, qui permettent de trancher, doit être plus méticuleuse sans nécessairement aller jusqu'à l'extrémisme de la CEDH.

271. Assurément, cela remet trop profondément en cause la tradition française en termes de motivation qui est, certes, contestable, mais sensiblement ancrée dans le paysage juridique[1421] et qui a d'ailleurs

[1411] R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.,* p. 1062.
[1412] P.-Y. Gautier, « L'éloge du syllogisme », *JCPG,* n° 36, 31 août 2015, p. 904 : « *La longueur embarrasse la pensée, obscurcit le caractère didactique de la décision* ».
[1413] *Voy.* H. Colombet et A. Gouttefangeas, « La qualité des décisions de justice. Quels critères ? », *Droit et société*, 2013, n° 83, pp. 155-176, spéc. pp. 163-166.
[1414] *Voy.* F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice*, *op. cit*., pp. 501 et s.
[1415] H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *op. cit.*, pp. 656-657 ; H. Fulchiron, « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité », *op. cit.,* pp. 1472-1473.
[1416] A.-S. Brun-Wauthier et G. Vial, « Droits des personnes et de la famille : le nouveau visage de l'influence de la Cour EDH », *op. cit.,* p. 4.
[1417] *Voy.* S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 277 et s.
[1418] Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, 23 mars 1988, *Bendix Autolie Corp c. Midwesco entrerpises, inc. et al.*, 486 U.S. 888, opinion dissidente du juge Scalia, disponible en ligne : « *Having evaluated the interests on both sides as roughly as this, the Court then proceeds to judge which is more important. This process is ordinarily called "balancing" (...) but the scale analogy is not really appropriate, since the interests on both sides are incommensurate. It is more like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy* » (traduit par nous).
[1419] *Voy.* S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 307.
[1420] Conseil d'État, « Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative », *op. cit.,* pp. 11.
[1421] *Voy.* P. Malaurie, « Sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation. Contre leur alourdissement, pour leur sobriété », *D.* 2017, pp. 768 et s.

certains avantages[1422]. Cette tradition ne doit pas amplifier les incertitudes actuelles et bloquer toute velléité d'évolution, ainsi que l'objectif de persuasion de la motivation ; elle doit s'adapter. Puis il n'est pas certain que la longueur des explications soit gage d'une plus grande clarté du résultat, de ses fondements et un élément de pacification. « *Cette accumulation de matière n'en dit souvent pas plus sur la raison de décider qu'une ingérence est proportionnée ou disproportionnée. Qui plus est, elle rend difficile l'identification de déterminants, qui permettent ensuite de comparer les cas : si la contextualisé permet de dégager une méthodologique commune aux différents cas soumis au contrôle concret, l'hypercontextualisation l'entrave en interdisant les rapprochements* »[1423]. Il y a des balbutiements d'une plus grande rigueur comme le montre le Tribunal administratif de Rennes, pour autant est-ce suffisamment convaincant et apaisant ? Le débat reste ouvert. De toute façon, ces réflexions émergent dans l'esprit des magistrats administratifs[1424], et nous savons combien ils multiplient les efforts pour s'adapter à la conjoncture. Enfin, il n'est plus permis de douter sur la possibilité de voir la possibilité de voir les choses changer[1425]. L'arrêt nous démontre que les évolutions sont toujours possibles et que le juge administratif prend à cœur sa nouvelle mission. Il n'est plus enclin à se laisser porter par les courants puisqu'il peut devenir la pierre angulaire d'un système particulièrement complexe.

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE

272. En guise de conclusion, nous pouvons dire que la méthode que nous avons étudiée permet de renforcer l'exigence de prévisibilité juridique dans un angle tout nouveau. Nous avons eu la possibilité d'étudier les différentes acceptions de cette exigence en introduction, nous pouvons désormais rajouter l'angle *méthodologique*. En effet, cette mise en rapport dans le contexte des thèses fondées sur des principes est garante – du moins plus que n'importe quelle autre méthode même si des modifications doivent être apportées – d'une protection efficace de la stabilité du raisonnement du juge et des droits des individus, sans pour autant délaisser une certaine adaptabilité qui se marie bien avec l'idée de *Justice*. Elle participe à modifier structurellement l'action du juge et le visage des procès. Mais son intérêt ne s'arrête pas là, assurément, elle sert également d'instrument au juge administratif pour élaborer petit à petit, au fil de sa jurisprudence, des critères de plus en plus précis et affirmés issus d'une appréciation dialectique, contextualisée et concrète afin de combler le vide normatif et de cartographier le cheminement pour arriver à la solution juridictionnelle. Elle permet au juge d'élaborer des critères concrets grâce auxquels la norme invoquée acquiert une consistance prescriptive nécessaire pour atteindre l'effectivité des droits fondamentaux et trancher efficacement les litiges. En d'autres mots, avec cette méthode, la disposition de la CESDH sera réalisée dans la mesure où elle permettra au juge d'indiquer avec suffisamment de précision, en tant que modèle concret, la solution du litige. Elle participe à développer le prescrit de la norme comme son champ d'application concret. D'une certaine façon, par la qualité de la rédaction et de la motivation, elle injecte une dose de prévisibilité dans une méthode qui dépend par hypothèse de la configuration de chaque cas. Elle participe à renforcer l'exigence de prévisibilité juridique d'un point de vue *substantiel*, cette fois-ci, puisque de désormais, la prévisibilité juridique se reconstruira par la répétition des cas et par la recherche des analogies et dissemblances qui, progressivement, permettront d'identifier des indices plus ou moins déterminants pour trancher dans un sens ou dans l'autre. « *L'art juridique cesse d'être une subsomption et devient une comparaison entre une espèce passée et une espèce nouvelle, une science des cas (…). C'est grâce à son caractère suffisamment détaillé que pourra se construire la jurisprudence de demain* »[1426]. Cette facette normative est le résultat de la méthode, mais il convient de noter qu'elle reste inhérente à tout jugement. En effet, il y a toujours une « *tension permanente entre, d'une part, trancher un litige, régler un conflit d'intérêts déterminé – opération juridictionnelle – et, d'autre part, poser une règle, participer à la création du droit – fonction jurisprudentielle – est source de l'ambivalence qui caractérise toute juridiction (notamment) suprême* »[1427]. Cependant, avec cette méthode, elle prend un tout nouveau sens. Effectivement, s'agissant des situations contentieuses postérieures, lorsqu'une jurisprudence est

[1422] P.-Y. Gautier, « L'éloge du syllogisme », *JCPG* n° 36, *op. cit.* ; D. de Béchillon, « Observations sur la motivation des arrêts », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, publiés dans le supplément de *JCPG,* n°1-2 - 11 janvier 2016, pp. 35-37
[1423] P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *op. cit.,* p. 580.
[1424] J.-M. Sauvé, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Intervention de Jean-Marc Sauvé à l'Institut Portalis, *op. cit*. : Il avoue que cette méthode doit « *s'appuyer sur une motivation explicite et rigoureuse* ».
[1425] P. Brunet, « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », *op. cit.*, p. 561 : l'auteur doute sur un éventuel changement en raison de la force des idées.
[1426] F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit*., p. 516.
[1427] Centre de recherches critiques sur le droit, *Les juridictions suprêmes, du procès à la règle : colloque de mai 1990*, Publications de l'Université Jean Monnet de Saint-Étienne, Saint-Étienne, 1991, p. 9.

clairement établie par un balisage de critères normatifs qui ne laissent planer que peu de doutes sur les déterminants exacts de la conclusion rendue, il est clair qu'un avocat saura mieux anticiper les effets de cette dernière dans le cadre du contentieux qui lui aura soumis son client et n'aura aucun intérêt à l'encourager à mettre en œuvre une procédure longue et bien coûteuse s'il ne peut rien escompter de favorable dans la réponse du juge. Tout cela, nous allons l'appréhender dans notre prochain chapitre centré sur l'analyse de l'émergence d'une *prévisibilité juridique substantielle*.

CHAPITRE 2
L'ÉMERGENCE D'UNE PRÉVISIBILITE JURIDIQUE SUBSTANTIELLE : UN FACTEUR DE STABILITÉ ET DE MUTABILITÉ

273. Comme nous avons pu le voir, la substance du Droit est toujours fuyante, c'est-à-dire que la matière juridique est mouvante tout en revendiquant une certaine stabilité, au demeurant. Le contentieux des droits fondamentaux n'y échappe pas. Il y a toujours la recherche d'une prévisibilité de la norme de référence, c'est-à-dire la capacité pour l'intéressé de devancer les effets de son action pour anticiper la conclusion du jugement à son égard. Elle lui permettrait de rationaliser son action pour déterminer tantôt ce qu'il peut se permettre de dire ou faire, afin de ne pas encourir à cet égard les reproches de la communauté juridique, tantôt de savoir si l'action en vue d'obtenir gain à l'encontre de cette dernière mérite d'être soumise au juge administratif. Autrement dit, la prévisibilité lui permettrait de demeurer pleinement conscient des limites des sphères au sein desquelles il pourrait se mouvoir en toute sécurité. L'intervention juridictionnelle dans des espèces semblables conduit alors à établir un contenu normatif à la disposition concernée, dès lors, ce sens est souvent tenu pour acquis, et l'individu peut le prendre en compte dans son action juridique. La fonction normative du contrôle *concret* de conventionnalité des lois a aussi pour effet de conduire à une exigence de stabilité inhérente à la matière juridique car « *le droit est le triomphe (relatif) de la stabilité sur le mouvement* »[1428]. Le présent contrôle, au-delà de toutes ses autres facettes, devient garant de la cohérence du Droit et de l'exigence de prévisibilité juridique. Si nous concevons souvent ce contrôle comme la casuistique, le triomphe de l'insécurité, de l'incohérence, le contraire peut être affirmé (**Section 1**). Nonobstant, ladite exigence de prévisibilité ne peut être absolue. Comme le résume parfaitement P. Muzny : « *la quête d'une prévisibilité totale des normes juridictionnelles est un mirage dont la poursuite s'assimile à une chimère* »[1429]. Il y a une relativité *per se* de la prévisibilité d'un point de vue substantiel – cela nous avons pu déjà en faire l'analyse dans le précédent chapitre –, pour des raisons qui sont inhérentes au Droit et qui sont dynamisées par la méthode employée. En effet, il n'est pas possible de vouloir tout stabiliser dans une matière aussi complexe que celle de la fondamentalité. Au contraire, la mutabilité serait un élément de sécurisation de la matière et du débat. Dès lors, cela débouche à questionner la relativité de cette exigence, et expliquer certaines évolutions dont les observateurs sont les témoins dans un contentieux pourtant déjà bien délimité par l'arrêt *Gomez-Turri*. De surcroît, elle invite à réfléchir sur la teneur des relations entre les différents juges de l'ordre administratif puisqu'ils deviennent, hypothétiquement, des artisans de la construction du paysage normatif (**Section 2**). Si le juge peut faire montre d'un pointillisme juridictionnel, il se doit en même temps de prendre garde que chacun de ses « *points de vue* » aboutisse à l'instauration d'une image cohérente, celle d'un panorama jurisprudentiel harmonieux qui consacre la légitimité non point d'une seule conclusion, mais de toute son action

[1428] M. Chevillier-Gendreau, *Introduction générale au droit*, Eyrolles, Paris, 1990, p. 77.
[1429] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.,* p. 537.

Section 1
La réalisation d'une prévisibilité normative au service des procès

273. La stabilisation progressive du contentieux par le contrôle concret de conventionnalité. – Ce contrôle « *conduit à une appréciation au cas par cas, sans que des critères précis soient établis* »[1430]. Il semblerait que l'introduction d'un tel contrôle conduit à créer une tension avec l'exigence de prévisibilité juridique quand bien même il serait pertinent pour trancher les litiges. En effet, l'un et l'autre ne font pas ménage, ils seraient comme chien et chat, en perpétuel conflit. La volonté d'intégrer ce contrôle aurait pour conséquence de faire appel de façon renouvelée à la subjectivité du juge et de conduire à des difficultés à savoir quand, pour notre cas, l'interdiction s'applique et quand elle ne s'applique pas. L'imprévisibilité et l'arbitraire seraient les mots qui caractériseraient le contrôle *concret* de conventionnalité des lois[1431]. Il y aurait donc un danger profond à l'intégrer puisqu'il serait insusceptible de s'accommoder parfaitement avec cette exigence, et cela à tous les niveaux. Il ne permettra jamais la stabilisation de la matière juridique et du contentieux (**§I**). Cependant, nous nous rendons compte que le contrôle *concret* de conventionnalité des lois a une dimension *normative* ou *prescriptive*. Effectivement, il permet de baliser le terrain juridictionnel en développant au fil de ses arrêts, au moyen d'une motivation claire et riche, des critères et dont les effets dépassent largement le terrain de l'affaire jugée. Autrement dit, la puissance de ce contrôle est extrême – en lien avec la méthode qu'il arbore – et il participe à renforcer l'exigence de prévisibilité juridique d'une façon certainement plus convaincante qu'avant. Il développe une dimension *substantielle* à cette exigence qui est un facteur de protection pour les individus (**§II**).

§I - La tension séculaire entre la prévisibilité juridique et le contrôle concret

274. Le contrôle *concret* de conventionnalité des lois arboré par le Conseil d'État dans l'affaire *Gomez-Turri* entre en confrontation directe avec l'exigence de prévisibilité juridique. Cela devient problématique quand nous savons combien cette exigence est au centre de la matière juridique, mais aussi de toute l'activité humaine. Il n'y aurait rien de plus dangereux que ce contrôle, et cela pour une raison principale donnée par une grande part de la doctrine. En effet, l'option d'un raisonnement *concret* qu'il arbore, focalisé sur l'application et l'architecture du cas d'espèce – c'est-à-dire donc sur la contextualisation massive du raisonnement et de la solution –, serait un facteur, plus important que n'importe quel autre raisonnement, d'arbitraire et l'instabilité malgré les motivations qui l'animent (*A*). À partir des constats tirés, des alternatives pourraient être adoptées – la *décontextualisation* de la solution. Pourtant, elles n'apparaissent guère convaincantes en ce qu'elles renforcent, en dernière analyse, le sentiment d'incertitude (*B*). Finalement, derrière ces critiques se cache une mauvaise appréciation de l'ingéniosité d'un tel contrôle puisqu'il accentue la prévisibilité en cartographiant efficacement le monde juridique et le terrain contentieux, malgré les évidences notées auparavant. Ce contrôle est fortement *prescriptif*.

A) La dangereuse tentation d'arbitraire et d'instabilité du raisonnement concret

275. La stabilisation du résultat juridictionnel : un impératif largement partagé. – Le désir de prévisibilité, *lato sensu*, est quelque de chose de tellement banal, de si évident que nous n'y prêtons même plus attention lorsque nous le mentionnons. Il est mêlé de si près à nos vies, travaille à ce point nos esprits, nourrit tellement notre réflexion, que nous ne pouvons plus remettre en question son importance pour l'Homme. Il est certain que la stabilité et la certitude sont des besoins qui ont animé l'activité humaine, en effet, l'Homme a toujours cherché à construire une "safety zone" dans laquelle la cohérence et la stabilité lui permettent de mener sans mal son projet de vie et de mieux appréhender son rapport au monde. La question de la connaissance scientifique est d'ailleurs intrinsèquement liée à ce désir[1432]. « *Dieu ne joue pas aux dès !* », voilà une affirmation qui en dit long. En réalité, ce monstre froid que constitue l'État est sûrement l'exemple le plus éloquent de ce désir, la religion en est un autre. Les effets mystérieux du hasard effraient et repoussent l'Homme puisqu'il le conduit à aller dans des contrées frappées par l'inconnue. *La*

[1430] P. Delvolvé, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit.,* p. 758.
[1431] L. Dutheillet de Lamotte et G. Odinet, « Contrôle de conventionalité : in concreto veritas ? », *op. cit.*, pp. 1402-1403.
[1432] S. Hawking, *Y'a-t-il un grand architecte dans l'Univers ?*, Odile Jacob, Paris, 2014, p. 11 : « *la philosophie est morte, faute d'avoir réussi à suivre les développements de la science moderne, en particulier de la physique. Ce sont les scientifiques qui ont repris le flambeau dans notre quête du savoir* ».

fin du hasard est une quête qui ne se tarit pas avec le temps[1433]. Elle est bien poursuivie par l'intermédiaire de la matière juridique[1434]. Effectivement, qu'importe la querelle sur l'origine même du Droit et ses qualités, tout le monde s'accorde sur le fait que sans la sécurité et la prévisibilité, le Droit manque les objectifs qui lui sont assignés : l'ordonnancement des relations humaines, la stabilisation des rapports entre les individus, l'institution d'un lien social. « *Le droit est fait pour que tout ne coule pas* » affirme en ce sens J. Ellul[1435]. Sa mise en place entend, d'abord et surtout, évincer les caprices et l'arbitraire qui sont caractéristiques de *l'état de nature* et de *la guerre de tous contre tous*[1436]. Son objectif est simple : (r)établir l'ordre – il n'est d'ailleurs pas anodin de parler régulièrement « *d'ordre juridique* » dès lors que nous visons un système normatif particulier, cet élément de langage a été magnifié par le paradigme normativiste dont la construction théorique est basée sur la cohérence et la logique.

276. L'idéal légicentriste et de codification – mais aussi syllogistique – traduit parfaitement cette volonté[1437]. De plus, des auteurs montrent les quelques "vertus" de ce processus de formalisation, rationalisation – pour mieux les critiquer parfois. Le principal est Pierre Bourdieu qui nous dit qu'« *un droit formel assure la calculabilité et la stabilité (au prix d'abstractions et de simplifications qui font que le jugement le plus conforme formellement aux règles formelles du droit peut être en contradiction complète avec les évaluations du sens de l'équité : summum jus summa injuria). Il assure surtout la substituabilité parfaite des agents chargés de "rendre la justice", comme on dit, c'est-à-dire d'appliquer selon des règles codifiées des règles codifiées* »[1438]. Tout viendrait à point celui qui respecte les règles et sait les lire. D'ailleurs, le désir de prévisibilité qui anime le Droit a conduit à faire de celui-ci une œuvre relativement mathématique, « *géométrique* »[1439] dans l'imaginaire populaire – en lien avec le développement du positivisme et la puissance des réflexions de Descartes en France. Les mots de B. Edelman sont éclairants : « *dans l'espace juridique, les passions, les délires, les folies humaines sont apprivoisées, maîtrisées, assagies. (…) Le droit ignora la jouissance (…). L'Homo juridicus est un être froid, calculateur, quasiment dépourvu d'affects (…). Le droit correspond (à) une mécanique sociale, réglée au plus près, assurée de sa pérennité. L'univers juridique tout entier, de ses détails les plus infimes à ses déclarations les plus solennelles, tend passionnément à la clôture : rien d'autre n'arrivera que ce qui est déjà arrivé, rien ne viendra troubler son ordre* »[1440]. La formalisation des droits fondamentaux dans des conventions est une autre illustration de cette lecture. La positivation, la consécration de données philosophiques en données juridiques serait le meilleur moyen de protéger, de sauvegarder ces droits, mais surtout d'anticiper leur application. En d'autres termes, l'acteur juridique doit être en mesure de connaître par avance les conséquences de ses actes. Cela vaut surtout lorsqu'un conflit né et se déporte devant un Tiers juridictionnel – d'où les multiples études sur la question de la prévisibilité des solutions juridictionnelles[1441] –, il doit y avoir une prévisibilité dans l'application du Droit, et donc des solutions. Comme le rappelait la Cour de cassation dans son rapport annuel de 2006 : « *imposer aux justiciables l'application d'une règle qu'ils ignoraient et dont ils ne pouvaient anticiper la survenue au moment où ils ont agi est de nature à porter atteinte au principe de sécurité juridique et à contredire illégitimement leurs prévisions* »[1442]. L'individu doit pouvoir anticiper l'application de la norme dans le litige et les conséquences que cela

[1433] En référence à un ouvrage récent : I. et G. Bogdanov, *La fin du hasard*, Grasset, Paris, 2013, 300 p.
[1434] *Voy.* J. Dabin, « La définition du Droit », in *Mélanges Roubier*, Dalloz, Paris, t. 1, 1961, p. 215.
[1435] J. Ellul, « L'irréductibilité du droit à une théologie de l'histoire », *Riv. Intern. Fil. dr*., 1971, p. 206 ; Mais aussi : *Le fondement théologique du droit*, Paris, Dalloz, 1946, réimpression de 2008.
[1436] T. Hobbes, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, trad. par G. Mairet, Gallimard, Paris, 2000, pp. 226 et 231 : « *"(L)e droit consiste en la liberté de faire ou de ne pas faire, alors que la loi détermine et contraint dans un sens ou dans l'autre". Si aucune loi n'interdit d'accomplir certaines actions, ce n'est pas un "péché" puisque "(t)ant que les lois n'ont pas été faites, on ne peut les connaître"* » ; J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, trad. par D. Mazel, GF Flammarion, Paris, 2e édition, 1992 aux pp. 207 et 244-245 ainsi que 252 : « *(L')autorité législative ou suprême, n'a point droit d'agir par des décrets arbitraires, et formés sur-le-champ, mais est tenue de dispenser la justice, et de décider des droits des sujets par les lois publiées et établies et par des juges connus et autorisés. (…) Un pouvoir arbitraire et absolu, et un gouvernement sans lois établies et stables, ne sauraient s'accorder avec les fins de la société et du gouvernement. (…) "(L)es lois qui concernent les sujets entre eux, étant destinées à régler leurs actions, doivent précéder ces actions-là"* » ; C. Demolombe, *Traité de la publication et des effets et de l'application des lois en général*, Auguste Durand et L. Hachette et Cie, Paris, 3e édition, 1865, p. 10 : « *Le but essentiel des lois positives est précisément de prévenir, à cet égard, l'incertitude et l'arbitraire en déterminant, parmi les règles si nombreuses et quelquefois même si controversées du droit naturel, celles qui deviendront lois ! Celles qui seront légalement obligatoires* » ; J.-E.-M. Portalis, « Discours préliminaire du premier projet de Code civil », disponible en ligne : « (*Il) ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires ; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation (…) (L)es lois ne (peuvent) obliger sans être connues (…Or) les hommes ne peuvent que se "contenter d'une publicité relative, qui, si elle ne peut produire à temps, dans chaque citoyen, la connaissance de la loi à laquelle il doit se conformer, suffit au moins pour prévenir tout arbitraire sur le moment où la loi doit être exécutée"* » ; J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, *op. cit*., pp. 56-57 : « *ce passage de l'état de nature à l'état civil produit dans l'homme un changement très remarquable, en substituant dans sa conduite la justice à l'instinct, et donnant à ses actions la moralité qui leur manquait auparavant* ».
[1437] J. Viguier, *La République doit-elle vraiment « guillotiner » ses juges ?, op. cit.*, pp. 74-76, spéc. p. 75.
[1438] P. Bourdieu, *Choses dites*, Minuit, Paris, 1987, p. 103.
[1439] F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit*., p. 516.
[1440] B. Edelman, *Quand les juristes inventent le réel*, *op. cit*., pp. 16-19.
[1441] B. Genevois, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ? », *Pouvoirs*, 1991, n°59, pp. 129-142 ; P. Weil, « Le Conseil d'État statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Annales de la faculté de droit d'Aix*, 1959, pp. 281 et s.
[1442] Pour une étude sur ce rapport : P. Deumier, « Évolutions du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », *RTDC*, 2007, pp. 72 et s.

entraîne – le meilleur exemple est la matière pénale[1443]. Même si nous admettons le pouvoir créateur du juge, il est tout de même soumis à cette exigence. La prévisibilité des décisions est immédiatement liée à leur régularité. C'est pour cela qu'elle se retrouve dans le discours sous de multiples dénominations qui renvoient toutefois à la même finalité[1444].

277. Les dérives casuistiques du contrôle concret de conventionnalité des lois. – Cependant, nous avons pu noter combien la mise en place d'un contrôle *concret* de conventionnalité des lois a été mal reçue par la doctrine[1445] – d'où l'intérêt d'intégrer un étage *abstrait* et préalable. En effet, un raisonnement qui s'appuierait sur le cas, c'est-à-dire *in concreto* et donc *casuistique*[1446], pour déterminer l'application ou non d'une Loi – et qui admet donc une possibilité de dérogation à l'application mécanique d'une Loi claire en raison d'une mise en balance –, a tendance à faire figure de repoussoir pour les observateurs du monde juridique dans un contentieux qui est marqué par l'indétermination des dispositions invoquées et donc la marge d'appréciation des juges[1447]. Attention, nous envisageons le raisonnement *casuistique* d'une manière radicalement différente à celle qui prédomine dans les écrits, c'est-à-dire une approche caricaturale qui voit dans la casuistique : le cas sans la loi et le jugement au cas par cas. Ce terme est aujourd'hui galvaudé, il serait appréhendé comme le *tout au factuel*. Nous pouvons qualifier un ensemble de « casuistique », sans pour autant dire qu'il n'est que purement factuel et arbitraire. La casuistique ne signifie pas le tout à l'équité et la justice imprévisible qui est rendue sous le chêne et selon le temps. « *La casuistique se trouve au service de l'équité, avec une véritable prise en compte des circonstances et un objectif clair de justice pour le cas concret, entamant un aller-retour du cas à la loi et de la loi au cas, profitable à l'un et à l'autre* »[1448]. Elle n'est pas un moyen de s'affranchir la loi, mais de faire un contrôle sensé dans une affaire qui est soumise au juge afin de dégager les différents tentacules de la loi contrôlée. Elle s'interroge sur les effets de la loi dans un cas et les singularités que ce dernier implique sans renier l'élément législatif[1449]. Il est d'ailleurs frappant de constater que le terme « *casuistique* » se trouve exclu de la plupart des ouvrages de référence relatifs aux termes juridiques, il est un pestiféré. Nous visons ici le *Vocabulaire juridique* de G. Cornu et le *Dictionnaire de la Justice* de L. Cadiet[1450]. F.-X. Testu relève que, aujourd'hui encore ce terme « *n'appartient pas pleinement à la langue du droit* »[1451]. Seul ce dernier lui offre la place que mérite ce terme. Elle a le mérite de faire prendre conscience des accents casuistiques que le droit peut revêtir, mais elle bien loin de suffire à donner une vue générale des enjeux et de la teneur de la casuistique juridique. Il suffit de se référer aux écrits doctrinaux pour comprendre que ce terme est totalement péjoratif. Une jurisprudence sera qualifiée de « *casuistique* » pour signifier qu'elle distingue à l'excès et de façon trop subtile au point de compromettre la sécurité inhérente à la généralité de la règle ou à des critères bien définis de qualification[1452]. Toutefois, cette importance donnée à une analyse *in specie* serait problématique en lien avec les potentialités ouvertes par la proportionnalité ; ces éléments seraient alors des facteurs d'« *imprévisibilité* » de la solution[1453]. Pour beaucoup, un tel raisonnement serait le haut lieu de l'arbitraire, de l'incohérence et donc de l'imprévisibilité[1454]. Ce contrôle rend incertaine l'application de la loi[1455] ainsi que des données qui sous-tendront la solution juridictionnelle. Le juge deviendrait la pièce centrale de l'édifice ce vient nier la force des dispositions législatives ainsi que le sentiment de stabilité[1456].

[1443] *Voy.* P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove, *L'accélération du temps juridique*, *op. cit.*, pp. 617-620.

[1444] *Voy.* Simon D., « La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ? », *Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, Bruxelles, 2000 ; CEDH, 16 décembre 1992, *Geouffre de la Pradelle c. France*, n°12964/87, § 26 et CEDH, 20 mai 1999, *Rekvényi c. Hongrie*, n° 25390/94, § 34 ; CE Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*, Rec. Leb., p. 154 et CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, Rec. Leb., p. 360 (modulation des changements jurisprudentiels) et CE Ass., 11 mai 2004, *Association AC !*, Rec. Leb., p. 197 (modulation des effets dans le temps de l'annulation contentieuse).

[1445] F. Marchadier, « Le juge judiciaire face à la multiplication des sources des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 4 : « *si, sous couleur de contrôle de conventionnalité, la proportionnalité autorise le juge à neutraliser la loi selon les circonstances de son application, alors il n'y a plus de sécurité ni de prévisibilité* » ; P.-Y. Gautier, « L'éloge du syllogisme », *op. cit.*, p. 904 : « *où l'on aperçoit que la méthode analytique du juge crée de l'insécurité juridique, à travers un droit jurisprudentiel bien moins saisissable, en dépit des apparences (copieuse motivation)* » ; F. Chénedé, « Nullité du mariage entre alliés », *D.* 2017, pp. 954-957 : il condense à lui seul toutes les critiques qui touchent de contrôle, principalement sur le terrain des juridictions judiciaires.

[1446] J.-L. Dumas, « casuistique », *Dictionnaire des notions philosophiques*, PUF, Paris, 1990, t. 1, pp. 271-272 : « *(La casuistique) applique aux cas particuliers les principes généraux, en déduit les directions selon l'immense diversité des circonstances, qui, dans la vie, (articulent et) opposent les obligations les plus diverses* ».

[1447] *Voy.* F. Rouvière, « Apologie de la casuistique juridique », *op. cit.*, pp. 118-121.

[1448] A. Pacheco, « Casuistique. À l'heure du renouveau, un retour aux sources », *Droits*, 2011, n° 53, p. 195-214, spéc. p. 212.

[1449] V. Carraud et O. Chaline, « Casuistique », in M. Canto-Sperber (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, Paris, 1996, p. 213 : « *application des règles morales générales à des cas concrets via une articulation entre l'universalité d'une norme et la particularité d'un agir* » (souligné par nous).

[1450] L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004.

[1451] F.-X. Testu, « Casuistique », in D. Aland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, pp. 169-172.

[1452] Pour un exemple parmi tant d'autres : A. Darsonville, « Recul du point de départ de la prescription de l'action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », *AJ pénal*, 2016, p. 306 : « *Cette jurisprudence casuistique et dépourvue de toute base légale, porte atteinte aux exigences de sécurité juridique* ».

[1453] Pour le lien entre les deux : S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 669 et s.

[1454] F. Chénédé, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *op. cit.*, p. 800.

[1455] *Voy.* L. Dutheillet de Lamotte et G. Odinet, « Contrôle de conventionalité : in concreto veritas ? », *op. cit.*, p. 1403.

[1456] P. Conte, « Le droit n'est plus le tennis - Un juge vous le dira », JCPG, n° 52, 26 décembre 2016, pp. 1405-1406 : « "*Le juge vous le dira" : c'est avant qu'il faudrait le savoir ! À quoi les textes servent-ils alors ? Êtes-vous en train de m'expliquer qu'un juge, élu par personne, peut, du haut de son arbitraire, décider que la solution qu'un texte annonce d'avance et à laquelle le citoyen s'est donc fié, en définitive, ne sera pas appliqué ? Plaisante justice : nous avons fait la Révolution de 1789 pour cela, entre autres* ».

278. Effectivement, il participerait à créer un désordre juridique puisque la règle pourrait être reconsidérée par des exigences relatives au cas – le retour du *jusnaturalisme* ? – alors même que le but premier du Droit est d'assurer l'ordre, l'homogénéité, l'unité et la stabilité. Avec lui, la doctrine voit arriver à grands pas l'aléa, l'arbitraire, l'appréciation personnelle du juge[1457], et l'insécurité. Certains iront même jusqu'à affirmer que « *ce serait délibérément sacrifier la recherche du prévisible cohérent sur l'autel d'une quête romantique de justice faite d'un bouillonnement permanent d'incertitudes et d'une effervescence de prétoires encombrés donc brouillés, lents et coûteux. Ne serait-ce pas la négation même du droit ?* »[1458]. Ce contrôle, certes adapté aux droits fondamentaux, aurait pour effet de détruire l'exigence de prévisibilité juridique bien plus que de la renforcer[1459]. D'ailleurs, « *la loi n'est plus considérée comme un outil pour trancher le litige. La loi devient elle-même un élément du litige* »[1460]. Les études relatives au contrôle effectué par le juge européen sont peu ou prou unanimes. « *L'insécurité juridique culmine à l'absurde en matière de droits de l'Homme* »[1461] ou encore « *à notre connaissance, il n'est pas un ordre juridique où ne fut critiquée, ou simplement constatée, la relative imprévisibilité des solutions que génère cette technique (de proportionnalité concrète) (…) et le caractère proprement aléatoire de la temporalité qu'elle imprime à l'ordre juridique considéré* » [1462]. Désormais, avec le juge européen, « *l'empire de la casuistique est (…) total* »[1463]. Ce contrôle laisse entière la possibilité de découvrir d'autres applications contestables de la norme contrôlée à des espèces particulières. Il ne suspend pas le temps juridique, il laisse l'incertitude prendre un siège confortable puisque la question de savoir si la Loi est applicable dans telle ou telle affaire sera toujours débattue. Corrélative du caractère *concret* du contrôle, l'incertitude dans laquelle sont campés les États quant à l'amplitude réelle des décisions auxquelles elles sont parties induit, indirectement, la récurrence, devant les organes de la Convention, de certains contentieux. La condamnation *in concreto* de l'application d'une norme, alors même que cette norme est conventionnelle *in abstracto*, laisse des doutes sur la conventionnalité dans d'autres applications à des espèces différentes. Aucun départage généralisable ne sera donné. Ces éléments rejoignent ainsi la critique sur la casuistique, car la compréhension de la règle et la relation entre les principes sont différentes selon les particularités de chaque situation d'espèce[1464].

279. Il est certain qu'un sentiment d'instabilité se dégage de ce singulier contrôle[1465]. L'intégration d'une *mise en balance* et de considérations liées au cas d'espèce est susceptible de donner plus de latitudes au juge dans un contrôle de proportionnalité dont la question de savoir si la Loi est conventionnelle ou inconventionnelle – face à des dispositions trop générales – afin de la laisser s'appliquer ou non dans la situation juridique étudiée[1466]. Les solutions peuvent toujours être nuancées ou contredites en fonction des circonstances particulières de l'espèce. Qu'un fait nouveau apparaisse et c'est tout le Droit qui changera. « *Il n'y a plus de généralité de la règle si elle ne s'applique pas à tous ; il n'y a plus d'impérativité de la règle si elle peut être écartée dans un cas particulier (…) ; il n'y a plus de prévisibilité de la règle si son application dépend des contingences de l'espèce* »[1467]. Le juge, avec ce contrôle, développerait « *un "droit à la carte", un droit pour chacun qui l'emporte sur un droit pour tous* »[1468]. La contextualisation impliquée par ce contrôle fait, *in fine*, varier l'application du Droit à partir de critères spécifiques qui sont propres aux circonstances de la cause et qui ne sont pas nécessairement appréhendés *a priori* par les comparants.

[1457] D. de Béchillon, « Observations sur le contrôle de proportionnalité », in *Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, *op. cit.,* pp. 27-29, spéc. p. 29 : il voit ce contrôle « *comme un talisman ou comme une permission générale pour s'autoriser à dire ou à faire ce que l'on n'est pas réputé pouvoir…* ». Il poursuit à la meme page : « *La rhétorique du changement induit par le contrôle de proportionnalité ne peut pas – ne doit pas – servir à alimenter l'idée selon laquelle le juge serait tout à coup rendu légitime à sortir de lui-même, autorisé par on ne sait quelle norme transcendante à se placer au-dessus du droit et à donner libre cours, en conscience, à sa plus pure subjectivité* » ; P. Delvolvé, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit.,* pp. 759 et 760 ; H. Fulchiron, « Le juge judiciaire et le contrôle de proportionnalité », *D.* 2015, p. 2365 : « *La nouvelle fonction assumée par le juge a été contestée, parfois violemment, par une partie des commentateurs de l'arrêt de 2013. Comment admettre que des juges puissent refuser d'appliquer une règle claire et précise, édictée par le législateur au terme d'arbitrages complexes et parfaitement assumés (c'était le cas en matière d'inceste, ce l'est plus encore en matière de filiation) ? Ne risque-t-on pas de priver ainsi ladite règle de toute prévisibilité puisqu'elle sera toujours susceptible de mises en balance qui ont nécessairement leur part de contingence et de subjectivité ? De façon générale, le juge judiciaire doit-il s'ériger en juge des droits de l'homme ? À l'inverse, on a pu souligner que, sur ces questions délicates, parce que profondément ancrées dans les réalités humaines, il n'était pas forcément inopportun de donner à la règle une certaine flexibilité* ».

[1458] A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité … un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137.

[1459] M. Guerrini, « L'utilisation du contrôle de conventionnalité par la Cour de cassation ou le paradoxe de l'acceptation », *op. cit.,* p. 5 : « *les droits fondamentaux possèdent une portée fortement évolutive et les jurisprudences européennes en la matière relèvent généralement de la casuistique. Cela implique qu'il est parfois délicat de déterminer à l'avance et de manière tout à fait prévisible la manière dont un droit ou une liberté trouvera à s'appliquer dans les circonstances d'une affaire donnée, tout comme dans le cadre d'un Etat déterminé ou encore, en cas de confrontation entre droits fondamentaux, lequel sera privilégié au détriment de l'autre* ».

[1460] F. Rouvière, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTDC,* 2017, p. 524.

[1461] P. Lambert, « Marge nationale d'appréciation et principe de proportionnalité », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'Homme de l'Université de Montpellier I,* Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 64.

[1462] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 291.

[1463] *Ibid.*, p. 292.

[1464] *Voy.* A. R. Jonsen et S. E. Toulmin, « The Abuse of Casuistry : a history of moral reasoning », *University of California Press*, 1990, 420 p.

[1465] *Voy.* J. Lenoble, *Droit et communication : La transformation du droit contemporain,* éd. Du Cerf, Paris, 1994, pp. 97 et s.

[1466] *Voy.* P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove, *L'accélération du temps juridique*, *op. cit.*, pp. 349-351.

[1467] H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit (…) », *op. cit.,* p. 1376.

[1468] P. Puig, « L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes) », *RTDC* 2016, p. 70.

Aucune solution d'ensemble ne peut être dégagée, elles sont propres aux cas jugés. Il y aurait une justice à plusieurs vitesses. La mention « *eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause* » conduit à admettre une validité indexée à l'irréductible singularité de l'espèce. La norme jurisprudentielle serait concrète, et non pas générale et abstraite – n'est-ce pas également le signe de l'anarchie du contenu des dispositions invoquées ? Le législateur comme les parties au procès ne seront jamais sûrs que l'interdit posé le sera en toute occasion. Chaque situation doit faire l'objet d'une analyse stricte afin de déterminer si l'application porterait une atteinte disproportionnée ou non à un droit protégé par un traité. Chaque affaire doit être envisagée à la lumière de son irréductible singularité[1469]. Le raisonnement du juge administratif plonge la question juridictionnelle au niveau des espèces particulières pour dégager des critères permettant de pondérer les intérêts en présence et de trancher à partir d'une disposition conventionnelle.

280. Mais la liste ne serait jamais close, elle serait en perpétuelle expansion dans un espace « dispositionnel » infini qu'est celui des articles de la CESDH, et ils ne peuvent jamais décider à eux seuls de la manière de trancher le litige, dont nous pouvons affirmer qu'une infinité de variantes est envisageable. La subjectivité et les sentiments du juge sont alors des éléments déterminants du résultat. C'est leur extraction et leur combinaison, selon ce que pense le juge, qui sont finalement décisives. Nous voyons poindre à nouveau les risques du sentimentalisme à la Magnaud[1470]. L'utilisation d'un tel contrôle conduirait à rendre plus anarchique de l'application ou non d'une Loi *in casu*. Avec le juge statuant *in concreto* et avec la *proportionnalité*, il y a une part d'aléa et d'incertitude[1471]. En d'autres mots, il n'y aurait rien de plus dangereux pour cette exigence, et le Droit aussi, que ce contrôle. Puis, le Droit ne pouvant être connu qu'*a posteriori*, comment les conseils rassureront-ils leurs clients ou les dissuaderont-ils d'agir ? Désormais, avec ce contrôle, s'érige « *en système que tout juge peut lever toute loi et écarter tout délai, selon la pesée du jour, alors tout deviendrait plaidable et rien ne serait jamais acquis qu'après un jugement cas par cas* »[1472]. Rien ne serait plus attentatoire à l'exigence de prévisibilité juridique que ce contrôle qui détruit tout ce qui semblait acquis, le droit est inintelligible en raison de l'intervention juridictionnelle. Il sera difficile de voir qui pourra déroger à l'application de la règle puisque les inconventionnalités sont difficilement saisissables « *parce qu'elles tiennent à l'imprévisibilité des situations susceptibles de tomber sous le coup de la règle* »[1473] générale et abstraite. Pour certains, cette décision « *favorise l'application à la carte du (droit) français* »[1474]. Alors même que, pour nos affaires, les règles formulées par les textes semblent simples, limpides, claires et donc la finalité du procès prévisible : l'insémination *post mortem* est interdite, ainsi que l'exportation des gamètes à cette fin. D'où la multiplication des vœux de la doctrine de voir une prise de conscience par le juge administratif de l'absurde de ce contrôle[1475] et de la nécessité de rendre le Droit plus compréhensible, même s'il ne se limite pas aux textes législatifs[1476].

281. La réduction du potentiel précédentiel des arrêts par le contrôle concret de conventionnalité des lois. – Dans le même temps, la nature de ce contrôle viendrait limiter le potentiel précédentiel des décisions qui est essentiel à la préservation de ladite exigence[1477] et fondamental dans une telle matière – qu'est la fondamentalité qui se base sur l'activité juridictionnelle[1478] et la persuasion que vont créer les

[1469] Pour une démonstration : Opinion dissidente jointe par le Juge Martens dans l'affaire *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, du 29 novembre 1988, n° 11209/84-11234/84-11266/84-11386/85, pp. 35-42.

[1470] *Voy.* M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du bon juge Magnaud », in *Mélanges G. Wiederkher, De code en code*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 335-342, spéc. p. 338 : « *le juge se laissant emporter par son sentiment devient imprévisible, puisqu'il a sa conception de ce qui est bon et de ce qui ne l'est pas, laquelle n'est pas nécessairernent partagée par les autres juges. Le relativisme des valeurs morales entraîne le pluralisme des solutions à l'intérieur même du droit* » ; J. Hauser, « Procréation médicalement assistée : l'exception de la proportionnalité à rude épreuve », *RTDC,* 2017, p. 114 : « *On avait cu comprendre que précisément, ce fameux contrôle était fait pour ça et, dans l'arrêt fondateur sur l'empêchement à mariage, il (...) était (...) question (...) de raisons émotionnelles (...). Si l'on ne peut qu'approuver les craintes exprimées sur cette dérive on ne pourra que renvoyer aux partisans du contrôle : c'est la porte ouverte à l'arbitraire des juges (...) et à un contentieux sans précédent pour lequel notre système n'est pas fait* » (souligné par nous).

[1471] *Voy.* G. Canivet, « Cour suprêmes nationales et Convention européenne des droits de l'Homme, Nouveau rôle ou bouleversement de l'ordre juridique ? », in *Le dialogue des juges, Séminaire organisé à la Cour européenne des droits de l'Homme le 12 janvier 2005*, p. 4, disponible sur le site de la Cour de cassation.

[1472] A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité … un brin disproportionné ? », *op. cit*., p. 137.

[1473] A. Bretonneau, « Droits subjectifs contre interdit législatif », *op. cit*., p. 747.

[1474] G. Monziols, « Conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation et procréation post-mortem : (…) », *op. cit.,* p. 41.

[1475] B. Haftel, « Autorisation d'une insémination post-mortem, une décision de circonstance ? », *D.* 2016, p. 2392 : « *Il serait, en revanche, utile de rappeler clairement aux juges du fond qu'ils doivent appliquer la loi même lorsqu'elle ne leur plaît pas. A cette fin, il serait souhaitable que le Conseil d'État, soit abandonne le contrôle de proportionnalité, qui instille manifestement chez les juges du fond l'idée d'une force obligatoire relative de la loi, soit circonscrive plus clairement les "circonstances exceptionnelles" justifiant sa mise à l'écart* ».

[1476] C. Lassalas, « Insémination post mortem : si le droit devenait compréhensible ? », *op. cit*., pp. 11-14. L'auteur dira même qu'« *il règne une impression de cacophonie* ».

[1477] *Voy.* S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 297-304.

[1478] Pour un regard approbateur : M. De Salvia, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Les CCC*, n° 11, 2001, disponible en ligne.

arrêts, ils ont vocation, plus que les autres, à avoir un effet qui dépasse le cas[1479] – puisqu'elles sont censées rendre compte de la signification du contenu de la norme de référence et de la raison du jugement[1480]. Il limiterait la dimension pédagogique des arrêts rendus – essentielle dans un raisonnement qui n'est pas *déductif* –, et la possibilité de « *faire jurisprudence* », c'est-à-dire de fixer des lignes de conduite générale tout en assurant l'équité de la solution rendue. Assurément, la multiplication dans la motivation des considérations inhérentes à l'affaire, des critères et des alternatives conduit à rendre difficile – voire impossible pour certain – toute comparaison des décisions entre elles et donc limiter l'imprévisibilité des décisions, du Droit. Pourtant, la mise en place de solutions dont le cheminement est probe serait de nature à favoriser la prudence du juge et l'exploitation des ressemblances[1481]. Mais ce potentiel précédentiel des décisions concrètes diminue à mesure que le juge approfondit la contextualisation de la situation individuelle qui lui est soumise en multipliant les traits de celle-ci qu'il déclare pertinents pour la configuration et la pondération des intérêts en présence[1482]. Il pose une norme trop concrète – de par la grande diversité des indices ou critères – qui devient réticente à toute comparaison, et donc à voir deux cas tranchés de manière peu ou prou identique. Elle balise certes le terrain normatif, concrétise la signification des normes de référence, mais empêche tout de même sa pérennisation. Dès lors, une difficulté d'anticipation des solutions du juge administratif dans le contentieux de la conventionnalité des lois s'exacerbe, et finalement la décision reviendrait au seul juge. Si ces critiques peuvent être fondées dans l'analyse de l'action du juge européen qui s'adonne à une *hypercontextualisation* qui interdit tout rapprochement, peut-être devons-nous être plus nuancés face aux décisions du juge administratif. Pourtant, il est limpide que ce dernier se livre à une contextualisation relativement fournie puisqu'il retrace, pour le bien de son contrôle, de nombreuses étapes de la vie de la requérante et de son conjoint décédé. Il en ira de même pour les ordonnances ultérieures relatives à la même question. Nous admettrons donc que la critique peut être investie. Par conséquent, les comparants navigueraient sans boussole dans le procès, et sans jamais savoir vers quelle destination ils se dirigent. Puis, avec ce contrôle, le plaideur serait incité à provoquer le contentieux pour échapper à la règle qui contrarie ses intérêts propres, pour peu qu'ils bénéficient de la protection d'un droit fondamental. Il y a alors un problème inhérent à cette pratique, « *d'une politique jurisprudentielle de "l'espèce particulière" (...), d'une fonction de juger exclusivement "problem-oriented" qui abandonne toute ambition pédagogique de systématisation et d'éclaircissement du droit* »[1483].

282. Les aveux de la CEDH. – Enfin, force est de constater que la CEDH admet elle-même les inconvénients de ce contrôle qui est le sien. En effet, dans l'affaire *Ivanova* elle ne nie pas les inconvénients d'un contrôle *concret* de proportionnalité puisqu'elle affirme cela : « *It is true that the relaxation of an absolute rule may entail risks of abuse, uncertainty or arbitrariness in the application of the law, expense, and delay* »[1484]. Il n'y a plus qu'un pas pour affirmer que juge tranche d'une manière qui ressemble à une « *loterie* »[1485] puisque désormais l'application du Droit par les juges n'est plus forcément linéaire. Une plus grande variété de considérations est susceptible de venir détourner ce qui était pensé comme acquis auparavant. « *Le contrôle (concret) de proportionnalité porterait une atteinte évidente au droit des parties d'espérer l'application de la règle qu'il pouvait raisonnablement anticiper au moment des faits de la*

[1479] G. Marty, *La distinction du fait et du droit*, Sirey, Paris, 1929, cité par P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove, *L'accélération du temps juridique*, *op. cit.*, p. 337 : Le juge, de façon générale, devrait « *dire le droit applicable à toutes les hypothèses semblables* ». Ces auteurs produisent une analyse intéressante à ce propos : pp. 337-340.

[1480] F. Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz, Paris, 1991, p. 62 : « *Initialement imposée pour contraindre le juge à appliquer la loi, la motivation devient vecteur privilégié de l'expansion du précédent judiciaire. Elle permet (...) de dégager la raison de juger, c'est-à-dire le principe appliqué ou créé par le juge pour la solution du procès* ».

[1481] Un exemple est donné sur le terrain de la CEDH : CEDH, 28 mai 2002, *Stafford c. Royaume-Uni,* n° 46295/99, § 68 : « *Sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi que la Cour ne s'écarte pas sans motif valable des précédents* ».

[1482] S'attarder sur la question du précédent est toujours compliquée, elle est vectrice d'ambiguïtés comme nous le montre un auteur : P. Brunet, « Le raisonnement juridique dans tous ses états », *Droit et société*, 2013, n° 83, pp. 193-202, spéc. pp. 196-197 : « *Cette thèse se heurte toutefois à une objection : toutes les analogies ne sont pas des précédents. C'est à cette distinction qu'est consacré le chapitre 5 du dernier (et très riche) livre de Frederick Schauer. L'argument se présente ainsi : l'analogie, c'est la situation dans laquelle un juge prend sa décision sur le seul fondement d'une solution antérieure au motif que cette dernière lui semble « bonne » ; le précédent, lui, consiste pour un juge à appliquer une solution retenue par le juge supérieur au motif qu'il est juridiquement soumis à cette solution. On doit d'ailleurs distinguer deux types de précédents : celui vertical – une cour inférieure est censée faire application de la règle elle-même appliquée par une cour supérieure dans un cas semblable –, et celui horizontal – une même cour est censée appliquer la même règle à deux cas semblables qui se présentent successivement* ». Nous ne rentrerons pas dans ce débat, nous limiterons notre analyse à une conception relativement souple du précédent qui se cantonner à la possible recherche de ressemblances entre les cas pour justifier une solution.

[1483] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 611.

[1484] CEDH, 21 avril 2016, *Ivanova and Cherkezov v. Bulgaria*, n° 46577/15, § 55.

[1485] Opinion dissidente jointe par le Juge Martens dans l'affaire *Boughanemi c. France*, du 24 avril 1996, n° 22070/93, p. 19, point 4 : « *Le second (inconvénient) est qu'elle conduit à une insécurité juridique. Tant les administrations que les juridictions nationales ne sont pas en mesure de prédire si l'expulsion d'un étranger intégré sera jugée acceptable ou non. L'approche au cas par cas utilisée par la majorité est une loterie pour les autorités nationales et une source d'embarras pour la Cour. Une source d'embarras puisque cela l'oblige à procéder à des comparaisons quasiment impossibles entre le bien-fondé de l'affaire dont elle est saisie et celui des cas qu'elle a déjà tranchés* » (souligné par nous).

cause »[1486]. La prévisibilité est donc raisonnablement endommagée, puisque, au-delà des caractéristiques de la loi, elle s'entend comme une application du Droit par les juges suffisamment prévisibles pour que les parties puissent raisonnablement l'anticiper, malgré la stabilité méthodologique de ce contrôle. Assurément, ce contentieux obéit à une méthode de construction des litiges qui est stable, le positionnement du juge sur les différents axes de cette construction demeure peu ou prou identique dans les quelques affaires que nous avons pu étudier. Pourtant l'existence d'une telle méthode est impuissante à endiguer l'imprévisibilité des décisions, ou comme le disait S. Van Drooghenbroeck : « *la casuistique décisionnelle* » [1487].

283. En définitive, l'imprévisibilité semble tisser des liens inextricables avec le contrôle *concret* de conventionnalité des lois. Aucun pan de ce dernier ne semble participer à renforcer cette exigence de prévisibilité juridique d'un point de vue *substantiel*. La contextualisation qu'il implique, que ce soit au niveau du raisonnement comme de la motivation serait tout à fait problématique. Il faut rétablir un contrôle qui soit placé dans de justes proportions par rapport à ces impératifs. S'il sera difficile d'éviter la contextualisation de la réflexion dans un contrôle *concret* et *dialogique*, peut-être qu'éliminer en partie celle-ci dans la motivation sera de nature à renforcer cette exigence. La relative *décontextualisation* de la motivation des arrêts d'un tel contrôle est une revendication qui émerge chez bon nombre de spécialistes du Droit en ce qu'elle favoriserait le potentiel précédentiel des arrêts et donc la possibilité de limiter l'incertitude des parties puisqu'ils disposeraient – tout comme le juge – de lignes de conduite suffisamment claires ainsi que transposables dans de nombreuses affaires. « *En ce qui concerne la portée et le contenu des arrêts, la jurisprudence ne devrait-elle pas se défaire de ce côté casuistique qui englue parfois les principes dans des faits trop limitativement énoncés ? Il faut une jurisprudence claire, qui ose se dire !* »[1488]. Effectivement, le juge développerait des arrêts dont les indices sont généraux et plus facilement applicables, il ne tomberait pas dans les travers de l'impossible rapprochement des cas et viendrait limiter les potentialités de la *proportionnalité concrète* au niveau du raisonnement. Elle serait une réponse adéquate aux défauts qu'induit ce contrôle, et notamment l'incohérence qu'il va créer. En somme, tout en déterminant les éléments structurants le contenu des dispositions invoquées, le juge renforcerait la possibilité d'exploiter ses prescriptions dans de nombreuses affaires. Il peut sembler paradoxal de réfléchir à cette question après avoir vanté les mérites de la motivation dans l'analyse de la dimension méthodologique et protectrice de ce contrôle. Et alors même que nous demandons des modifications. Le lecteur aura compris que nous nous situons ici dans une perspective radicalement différente que la protection *méthodologique*. Également, le lecteur comprendra que cette analyse entend être un tremplin pour revenir à nos croyances largement exacerbées au fil de nos développements – puisque nous avons déjà montré les problèmes de l'absence d'un contexte.

B) Le dangereux sentiment d'incertitude d'une solution décontextualisée

284. La décontextualisation des solutions : un élément pertinent ? – « *Pareille décontextualisation signe un repli de la casuistique (décisionnelle), et un gain corrélatif de stabilité et de sécurité juridique : le temps des droits de l'Homme se trouve lié, engagé* », tels sont les mots de S. Van Drooghenbroeck[1489]. Le développement d'un arrêt dont la motivation, toujours riche, mais relativement décontextualisée, serait le moyen d'éviter l'interdiction des rapprochements entre les arrêts et de stabiliser le contentieux tout en témoignant du sens des termes inclus dans les dispositions utilisées. En effet, ce point aurait le mérite d'assurer une meilleure prévisibilité en niant en partie la pluralité des faits pertinents qui ont conduit à la décision. Il convient cependant de dire que quand nous parlons de décontextualisation nous l'entendons simplement comme la limitation du nombre de développements relatifs à la spécificité de l'espèce quand bien même le raisonnement du juge serait dans ce contrôle fondé sur celle-ci. Une telle limitation favoriserait une forme de comparaison entre les espèces successives, car la multiplication des éléments impliquerait presque obligatoirement l'existence de distinctions factuelles qui limitent le potentiel « *d'itérativité* » des solutions juridictionnelles comme nous en informe un auteur[1490]. Cela serait d'autant

[1486] V. Vigneau, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *op. cit*., p. 125.
[1487] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention (...)*, *op. cit.*, p. 306.
[1488] S. Saroléa, « Regard critique sur l'accès direct à la Cour unique : Le point de vue de la pratique », in *Dix ans de la « nouvelle » Cour européenne des droits de l'Homme 1998-2008, Bilan et perspectives,* Actes du Séminaire, 13 octobre 2008, Cour européenne des droits de l'Homme, Strasbourg, 2009, pp. 23-32, spéc. p. 25, disponible en ligne.
[1489] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention (...)*, *op. cit.*, p. 147.
[1490] O. De Schutter, « Le précédent et le juge européen. Pour une structure des révolutions juridiques », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif,* 1993-4, p. 1156.

plus satisfaisant puisqu'il permettrait d'éviter l'arbitraire et l'incohérence, car comme le soutient C. Perelman : « *chaque décision pouvant servir de précédent pour la solution ultérieure de cas de même espèce, il y a lieu de montrer qu'elle peut remplir ce rôle, en s'insérant sans difficulté dans cette œuvre collective qui constitue la jurisprudence. Il ne suffit pas que la décision paraisse équitable, il faut encore qu'elle soit conforme au droit en vigueur* »[1491].

285. Les forces de la décontextualisation de la réflexion. – Certains nous dirons encore que « *décontextualiser, c'est faire jouer une connaissance dans une autre situation* »[1492]. Elle permettrait au juge de se sentir plus à l'aise avec le système de recoupement entre les affaires, tout en rendant compte du contenu des droits fondamentaux. L'élaboration d'une décision jurisprudentielle plus générale serait plus apte à développer les transpositions et garantir la prévisibilité dans l'application du Droit, il serait même probable qu'elle limite à terme l'utilisation du contrôle *concret* de proportionnalité. En effet, comme nous avons pu le dire, la distanciation par rapport aux circonstances de développement du discours – qu'il soit juridictionnel ou non – est gage d'une plus grande possibilité de transfert de la parole. Il s'ouvre à la compréhension et à l'interprétation de tous. Son potentiel de réactualisation à l'aune de nouveaux contextes est important. « *La décontextualisation des œuvres (…) c'est elle qui permet et suscite une réinterprétation des œuvres* »[1493]. Elle permet de se désencombrer[1494] de données qui rendent plus difficiles la traduction de résultats présentés dans une autre affaire, quand bien même les différentes affaires visées sont sensiblement proches. La comparaison semble être liée même à cette exigence de décontextualisation, puisque, comme nous le dit un auteur : « *la comparaison revient toujours peu ou prou à purger la complexité d'un phénomène local* »[1495]. Nous ne pouvons contester les évidences que soulignent ces quelques lignes. Mais sans pour autant faire volte-face à nos anciens développements, il est également évident qu'elle ouvre encore une fois le champ de la polyvalence, osons le dire, de l'équivocité du discours. Une infinité de lectures, ou « *variations de sens* »[1496], voilà l'ambiguïté constitutive d'une telle approche. Le filtrage des sens n'est que peu opérationnel en l'absence d'un contexte. Tout cela favorise, *in fine*, l'incertitude des comparants et les comparaisons mensongères entre les affaires.

286. La réalité sur la force précédentielle d'une solution contextualisée. – Si cela est intrinsèque au texte juridique, à la Loi, il semble que cela ne doit pas être le rôle du discours juridictionnel – *a fortiori* en matière de fondamentalité dont l'objet principal de l'action juridictionnelle est de participer à l'effectivité par la concrétisation du contenu des droits fondamentaux invoqués. Au contraire, il est censé réduire cette multiplicité de sens et favoriser le développement d'une ligne qui soit particulièrement lisible pour les parties et compatible avec le système juridique[1497]. Il doit tendre plus que n'importe quel autre discours juridique, à l'univocité et l'effectivité des droits. Nous voilà finalement revenus à la case départ. Si nous ne doutons pas du besoin d'élaborer une solution avec un certain degré de généralité pour améliorer cette exigence, nous ne pouvons donc souscrire en totalité à cette proposition et à la volonté de limiter les effets de ce contrôle dans le but d'améliorer la prévisibilité. Cette dernière ne serait que d'apparence, puisque le caractère plus *général* de la norme jurisprudentielle produite a la fâcheuse tendance à retomber dans l'écueil de l'injustice. En effet, en abstrayant une grosse partie des raisons déterminantes de la réalité environnante sur laquelle la norme jurisprudentielle est supposée se fonder, il se produit un risque de décalage entre la réalité qui la fonde et les solutions rendues *a posteriori*. Il serait donc à tout le moins malvenu de rechercher coûte que coûte à élaborer une norme, dont la qualité essentielle serait la prévisibilité, et ce au mépris de son caractère juste, alors même que cette prévisibilité ne constitue qu'une facette, un moyen en vue de garantir la justice. De surcroît, affirmer que l'élaboration d'un modèle jurisprudentiel plus général tendrait à arrêter une partie des débats et le temps juridique est un sophisme. Son avantage est qu'il satisfera le premier critère de prévisibilité qu'est l'établissement d'un dénouement clair – d'un prescrit pourrions-nous dire –, c'est-à-dire la proportion (la non-violation) ou la disproportion (violation), par rapport à l'indétermination que suppose *a priori* la disposition invoquée, mais elle contient toujours une incertitude quant au cheminement – c'est-à-dire quant au champ d'action de la norme

[1491] C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, *op. cit.*, pp. 162-163.
[1492] P. Meirieu, *Apprendre… oui mais comment*, éd. E.S.F., Paris, 1987, p. 100.
[1493] N. Wanlin, *Aloysius Bertrand, le sens du pittoresque*, Presses universitaires de Rennes, Rennes, 2010, p. 25.
[1494] P. Arnaud, *Regards sur la critique littéraire moderne*, Presses de l'Univesité de Paris-Sorbonne, Paris, 1996, p. 22 : « *la décontextualisation apparaît exactement (… comme) un geste de désencombrement* ».
[1495] L. Obadia, *L'anthropologie des religions*, éd. La Découverte, Paris, 2007, p. 41.
[1496] R. Barthes, *Critique et vérité*, Le Seuil, Paris, 1966, p. 57.
[1497] *Voy.* B. Mazabraud, *De la juridicité (…), op. cit.,* pp. 140-142.

jurisprudentielle. La prescriptivité des dispositions utilisées n'est pas encore totalement gagnée. Le juge rajoute des indices indéterminés à une disposition déjà pétrie d'indétermination. Paradoxale donc comme situation.

287. En effet, il est clair que le justiciable saura anticiper les décisions, si le juge aboutit à la solution soit de violation, soit de non-violation, pour les motifs déterminants précisément définis, et qui sont issus d'une appréciation des circonstances de la cause. Or, la décontextualisation de la solution a pour objet de déterminer plus précisément le premier élément, mais non pas clairement le dernier, c'est-à-dire que la norme de référence gagne tout de même en prescriptivité, mais au niveau de son prescrit, et non de son champ d'application qui renvoie au champ factuel d'application. Et cela n'évoluera pas forcément au fil du temps puisque les données concrètes qui justifient son application ne seront pas explicitées. L'incertitude se renforce alors sur le terrain de la qualification et ne permettra pas d'endiguer les potentialités de la *proportionnalité concrète* qui trouvera à s'appliquer à ce niveau. Puis, le juge ne renforce pas la visibilité du contenu de ces droits au fur et à mesure des affaires. Nous tomberions de Charybde en Scylla. Il en résulte que le juge n'éviterait tout de même pas l'imprévisibilité et le débat ici[1498]. Que faut-il entendre, par exemple, de l'élément « *l'absence d'intention frauduleuse de la part du ou de la requérante* » s'il est coupé des indications données par le cas *Gomez-Turri* et des considérations relatives au cas qui lui ont permis d'apparaître comme un indice déterminant ? De multiples questions dérivent de la réalité factuelle complexe, venant brouiller, par là même, la certitude apparente des enseignements de la solution. « *La lecture sous toutes ses formes implique la recontextualisation (...). Que ce contexte soit élaboré émotivement dans une lecture artistique, transmis méthodiquement dans la lecture technique, reconstruit rationnellement dans une lecture savante, ce contexte (...) a pour objectif d'éviter de transformer en énigmes complexes l'interprétation de faits et de documents* »[1499].

288. En d'autres mots, il n'est pas sûr que ce choix conduit à une plus grande prévisibilité de la solution. De même, elle engendrerait une plus grande incohérence et une plus grande instabilité en cherchant à calquer la solution jurisprudentielle, c'est-à-dire les indices normatifs dégagés par le juge, sur une réalité factuelle qui n'est pas apte originellement à la recevoir – c'est peut-être le cas avec l'application de « *l'intention frauduleuse* » dans l'affaire si spécifique du Tribunal administratif de Rennes. C'est d'ailleurs laisser la porte ouverte à plus d'arbitraire du juge. Et rien ne serait plus destructeur qu'un contrôle utilisé à moitié. Faire ça, c'est conduire à des solutions injustes et surtout aller au-devant de l'impossible. Puis, dans ces cas difficiles où les faits portent à confusion, la tentation est grande pour le juge d'admettre une dérogation à ce modèle précédentiel, et d'en développer un nouveau. Au final, nous pouvons penser que cette décontextualisation partielle limite autant, voire peut-être plus, le potentiel précédentiel des arrêts que l'hypercontextualisation des arrêts de la CEDH. Dès lors, dans une réalité aux circonstances factuelles aussi diverses que changeantes, il ne faut pas abandonner la contextualisation ni du raisonnement ni de la motivation. Au contraire, c'est cette une appréciation contextualisée et fondée sur les éléments factuels de l'espèce pour rendre une solution réaliste qui permet, *primo*, de satisfaire à l'exigence première de *Justice* et, *secundo*, par le truchement d'une motivation qui s'efforce d'expliciter les éléments déterminants du sens de la solution, de rendre prévisibles les circonstances factuelles qui joueront une fonction décisive dans l'issue du jugement et donneront une consistance prescriptive aux dispositions de référence. C'est avec elle que le Droit devient sûrement plus compréhensible et lisible.

289. Les cas limites. – Seules quelques affaires sortent du lot puisque le modèle issu de l'arrêt est suffisamment arbitraire pour être applicable à des affaires postérieures. Des exemples il en existe, mais dans des domaines très spécifiques. Il est moins sûr de voir se développer de telles normes sous le giron de l'article 8 de la CESDH en raison de sa complexité et de son étendue. Nous pouvons citer un exemple qui est tiré de la jurisprudence de la CEDH. L'arrêt *Brogan* sur le *délai raisonnable* en matière de détention, un indice abstrait qui allait guider toute la matière et les affaires postérieures relatives à cette question[1500]. En l'occurrence, « *une période de garde à vue de quatre jours et six heures sans contrôle judiciaire allait au-*

[1498] N.-J. Mazen, *L'insécurité inhérente au système juridique*, *op. cit.,* p. 254 : « *L'application de la norme abstraite à une situation concrète nécessite une appréciation, une interprétation et une qualification des faits qui sont nécessairement un facteur incompressible d'insécurité* ».
[1499] M. Nanard, J. Nanar et J.-Y. Delort, « Énigmes et traces : le rôle de la décontextualisation et de la recontextualisation dans le processus d'écriture lecture », 13èmes Journées de Rochebrune : Rencontres Interdisciplinaires sur les Systèmes Complexes Naturels et Artificiels, Janvier 2006, Rochebrune, Mégève (France), pp. 1-16, spéc. p 15, 2006, disponible en ligne.
[1500] Pour un exemple : CEDH, 3 juin 2004, *Bati et autres c. Turquie*, n° 33097/96-57834/00, § 154.

delà des strictes limites de temps fixées par l'article 5 § 3 »[1501], ce qui a entraîné la mise en place d'un raisonnement formel exorbitant de la mise en œuvre de la *proportionnalité concrète.* Cette affaire a en quelque sorte supprimé, pour l'avenir, la présence de la proportionnalité et a conduit à favoriser une meilleure prévisibilité. En la matière, ce raisonnement se fait plus rare depuis l'arrêt *Brogan*, mais il n'a pas complètement disparu des tablettes de la CEDH. Comme nous avons pu déjà le dire, tout est dans la mesure, mais la concrétisation est une nécessité sans conduire à une hypercontextualisation.

290. Par conséquent, l'effondrement du système est-il acté avec ce contrôle ? Quelques auteurs réfutent cette lecture et pointent du doigt les vertus d'un contrôle de proportionnalité qui s'interroge avec le cas[1502] – ce qui est vu comme un retour aux sources[1503]. Il ne serait pas plus qu'un autre vecteur d'une instabilité. Il serait même pernicieux de croire qu'un tel contrôle conduit à l'imprévisibilité de la solution en droit, d'autant plus à la suite de nos analyses. « *Le contrôle (concret) n'est pas l'arbitraire* », s'exclame un observateur[1504]. Ce contrôle est bien une source tout à fait pertinente de stabilité puisque, toujours selon lui, « *les conseils sauront déceler, au gré des jurisprudences, les contextes et les intérêts qui permettent d'entrevoir une issue favorable et ceux qui ne laissent que peu d'espoirs ou les anéantissent totalement* »[1505] – et donc donner un contenu très prescriptif aux dispositions utilisées. S'il y a incertitude, c'est au départ de l'activité juridictionnelle. En effet, ce contrôle vient enrichir le monde contentieux de nombreuses données qui permettent de guider fortement les individus et de renforcer l'identification du contenu des droits invoqués. C'est ce que note encore la CEDH dans son arrêt *Ivanova*[1506]. Il est certain que la qualité des développements du juge administratif sera susceptible de favoriser la compréhension des solutions et la cristallisation des indices déterminants. Finalement, ce contrôle viendrait compléter la matière juridique de manière efficace. Il exalterait également l'analogie[1507], la technique du précédent[1508], mais également l'art de la prudence. Voilà la facette *prescriptive* du contrôle *concret* de conventionnalité des lois développée par le juge administratif.

§II - L'expression prescriptive du contrôle concret de conventionnalité dans l'arrêt

291. Sous ses airs de démanteleur de l'édifice juridique – oserions-nous dire de sa forme pyramidale ? –, puisque ses effets semblent désastreux quant à la compréhension du Droit et son respect par les citoyens ; le contrôle *concret* de conventionnalité des lois développé par le juge administratif est, au contraire, un outil adéquat pour renforcer plus fortement l'exigence de prévisibilité juridique[1509]. Il permettrait « *d'assurer ce que l'on peut attendre du Droit : la justice, l'ordre, la prévisibilité, la sécurité, le bien-être, la paix et peut-être le bonheur* »[1510]. En effet, ce contrôle serait le moyen de produire des normes particulièrement opérationnelles en ce qu'elles établissent clairement le contenu des droits invoqués, le dénouement des affaires et leur champ d'application. Il vient créer des modèles précédentiels beaucoup plus puissants que celui des autres contrôles dont la répétition renforcera toujours un peu plus son efficacité et sa légitimité (*A*). Et cela est observable dans les affaires semblables et postérieures à l'arrêt *Gomez-Turri*. Une circulation des concepts et de la réflexion se fait dans les prétoires du juge administratif, dont nous comprenons bien qu'elle renforce la *certitude* et la *confiance* des individus et démontre aussi la puissance des effets des solutions juridictionnelles (*B*).

[1501] CEDH, *Brogan*, *op. cit.,* § 62.
[1502] *Voy.* P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit*., pp. 537 et s.
[1503] *Voy.* M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, Paris, 2006, p. 105.
[1504] F. Marchadier, « Le juge judiciaire face à la multiplication des sources des droits fondamentaux », *op. cit*., p. 5.
[1505] *Ibid.*
[1506] CEDH, *Ivanova and Cherkezov v. Bulgaria*, *op. cit*., § 55 : « *But it can surely be expected that the competent administrative authorities and the administrative courts, which routinely deal with various claims relating to the demolition of illegal buildings (...), and have recently showed that they can examine such claims in the light of Article 8 of the Convention (...), will be able to tackle those risks, especially if they are assisted in this task by appropriate parameters or guidelines* » (souligné par nous).
[1507] *Voy.* F. Rouvière, « Le fondement du savoir juridique », *RTDC*, 2016, pp. 279-287, spéc. pp. 284-286.
[1508] L. Dutheillet de Lamotte et G. Odinet, « Contrôle de conventionalité : in concreto veritas ? », *op. cit.*, p. 1403 : « *pour améliorer la prévisibilité de la loi et son application uniforme, les systèmes juridiques qui connaissent déjà ce type de contrôle accordent une grande importance aux précédents (...). Là encore, il s'agirait d'un changement considérable dans notre tradition juridique (...)* ».
[1509] Des études démontrent déjà la pertinence de l'action du juge dans ce domaine : M. Tascher, *Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation*, thèse de Droit, Université de Franche-Comté, 2011, pp. 223-227.
[1510] P. Malaurie, « L'intelligibilité des lois », *Pouvoirs*, 2005, n° 114, pp. 131-137, spéc. p. 131.

A) Les répercussions vertueuses du raisonnement concret

292. La force d'un raisonnement concret. – « *(Le raisonnement) casuistique n'est pas le règne de l'arbitraire et de l'imprévisible. Bien au contraire (… il) produit une véritable sécurité juridique en maintenant la force d'inertie des précédents jurisprudentiels et légaux. (… Il) n'a certainement pas la prétention de prédire les décisions des juges, mais bien plutôt d'anticiper stratégiquement les arguments qui pourront être opposés en faveur du choix d'une solution au détriment d'une autre* »[1511]. Il est soutenu qu'un raisonnement fondé sur le cas serait susceptible de concilier à la fois l'exigence d'un respect des caractéristiques pertinentes de l'espèce et celle de la prévisibilité de la solution en droit. En effet, ce contrôle produirait une décision qui compléterait et préciserait à ce point la matière juridique que l'incertitude n'aurait plus qu'une place marginale. Il viendrait baliser au fil des arrêts le terrain prétorien, les individus – et leur conseil surtout – sont susceptibles de trouver une carte guidant leurs pas dans la jungle du monde juridique. Les individus pourront voir des solutions dont le chemin est parfaitement tracé par l'intermédiaire d'indices, certes concrets, plus ou moins déterminants. La recherche d'analogies avec le cas présenté, c'est-à-dire, des ressemblances et des dissemblances entre les affaires, sera favorisée par un tel contrôle. Elle sera, par ailleurs, le moyen de trouver une stabilité, de la cohérence afin d'anticiper le résultat juridictionnel. Effectivement, « *si la seconde (affaire) a les mêmes paramètres que la première, elle s'y conformera sans coup férir* »[1512]. Au bout du compte, ce contrôle vient établir une grille de lecture particulièrement riche et opérationnelle pour les différentes affaires.

293. Assurément, au moyen de ce contrôle *concret*, le juge aboutit à une conclusion qui représente le sens de la solution d'espèce. Ce faisant, il produit une norme composée d'un nombre plus ou moins important d'indices, dont il se sert comme d'un modèle de référence en vue de la réalisation du jugement. Précisément, le Conseil d'État affirme qu' « *eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale protégé par les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* », cela équivaut, par le truchement de ce contrôle, à poser comme norme, dans ledit cas d'espèce, qu'une mesure viole l'article 8 de la CESDH parce qu'elle porte une atteinte manifestement excessive à ce droit (norme première de référence) en raison de la dureté des effets de son application dans le cas. En précisant que ce caractère « *disproportionné* » découle de l'ensemble des circonstances factuelles propre à l'espèce, le juge donne une norme particulièrement riche et précise. Là est l'aspect *prescriptif* ou *normatif* de ce contrôle[1513] ! Comme nous avons pu le dire, la signification d'un terme, d'un mot se forme en confrontation directe avec les circonstances propres à l'espèce. C'est une invitation à ne jamais se reposer sur ses lauriers, mais d'apprécier, comparer et juger concrètement de la substance de chaque mot dans la réalité pratique de leur mise en œuvre effective propre au cas d'espèce. Nous pouvons le dire maintenant, ce que le contenu des articles de la CESDH gagne à travers son libellé, il le perd en *prévisibilité*, en *prescriptivité* en l'absence de circonstances factuelles détaillées posant la voie à emprunter. À tel point que le juge devient essentiel, notamment européen, puisqu'il semble pratiquer « *un raisonnement réécrivant le texte de la Convention* »[1514].

294. Le balisage progressif du terrain normatif par le contrôle concret de conventionnalité des lois. – Dès lors, en explicitant les raisons qui l'ont conduit à trancher le litige dans ce sens et pas dans un autre, le contrôle ancre la solution sur des critères élaborés en fonction des effets produits par telle ou telle hypothèse. Ce faisant, le juge crée pour la suite une norme qui, sous l'apparence de l'article conventionnel concerné, forme une toile normative plus ou moins dense suivant les nouveaux critères dont elle se voit pourvue – et qui, bien évidemment, favorise son potentiel précédentiel. À l'indétermination, l'abstraction dont les articles de la CESDH sont originellement pourvus, le contrôle *concret* de proportionnalité en matière de conventionnalité substitue une norme réaliste, pétrie de téléologie en puisant son acception dans la réalité proche. En d'autres mots, comme nous le disait un auteur : « *la proportionnalité (concrète) a pour*

[1511] F. Rouvière, « Apologie de la casuistique juridique », *op. cit.*, pp. 119-120.
[1512] F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 516.
[1513] Celui-ci avait déjà été noté par des auteurs mais sur le terrain de la CEDH : P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit.*, pp. 181-182.
[1514] J.-F. Flauss, « Liberté d'expression politique des étrangers et protection des droits fondamentaux dans les territoires d'outre-mer », obs. sous CEDH, 27 avril 1995, *Piermont c. France*, n° 15773/89 et 15774/89, in *RTDH*, 1996, p. 365 ; P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit.*, p. 315 : « *Pour que le big bang juridictionnel se produise, afin d'arracher ex nihilo cette matière jurisprudentielle aux forces inertes qui l'entouraient, il fallait que le démiurge européen soit pourvu d'un pouvoir normatif capable d'insuffler une dynamique à son activité* ».

tâche d'inscrire les dispositions inertes du système conventionnel dans une réalité sociale opérante. Plus simplement, la proportionnalité a pour fonction de réaliser les droits fondamentaux »[1515]. En effet, de la matière inerte des dispositions conventionnelles devait jaillir des standards viables parce qu'effectifs. Par le truchement de ce contrôle, le juge administratif élabore(ra) des normes qui permettent de trancher le litige en question, non seulement de trancher le litige parce qu'un comportement sera dit en dernièrement analyse « *excessif* » ou « *non excessif* », mais bien parce que les raisons invoquées et explicitées au sein de la motivation du juge donneront de la consistance à la solution rendue. Il est certain que les droits sont souvent dans « *le flou* », surtout dans cette matière, comme nous le montrait M. Delmas-Marty[1516]. Ils sont perdus dans un espace conventionnel où les significations sont multiples voire illimitées. À l'image d'un trou noir, ils absorbent toute la lumière qu'il semble que rien ne puisse exister autour et s'en échapper, mais pourtant ils émettent des signaux particulièrement difficiles à recevoir – les fameuses *radiations de Hawking*. Ils ne constituent pas le néant, comme leur nom aime le laisser penser, ils ne proviennent pas de nulle part et ne sont pas vides de sens[1517]. Ils ne sont pas que des corps absorbants, ils vivent et produisent du rayonnement, encore faut-il savoir les observer et les exploiter. Précisément, pour continuer dans notre métaphore, la mise en jeu dans l'empirie de la règle lui permet d'avoir une signification concrète, d'être enrichie d'éléments tangibles et concrets. Cette mise en jeu serait en quelque sorte l'équivalent de l'utilisation d'outils avancés de la mécanique des fluides expérimentale pour reconstruire et recevoir ces radiations. Il la sort de *l'éther juridique*. La mise en mouvement de la règle dans le monde empirique vient moduler la norme et l'enrichir. Tout cela a tendance à renforcer l'exigence de prévisibilité juridique puisque le juge vient fixer un contenu et affirme la consistance prescriptive aux dispositions invoquées, qui sera valable pour les prochaines affaires. Il vient d'ailleurs sacraliser son jugement qui deviendra un modèle précédentiel pour la plupart des affaires postérieures puisqu'il est une interprétation possible des termes contenus dans des énoncés conventionnels. Il est certain qu'il est un élément important dans un raisonnement *déductif* et qui s'appuie sur la *justification* et le *dialogue*.

295. Effectivement, la prévisibilité de l'application du droit est renforcée puisqu'elle est liée à l'élaboration d'une norme claire et précise. Désormais, la norme capable d'indiquer aux utilisateurs les conséquences à tirer de sa mise en œuvre. En somme, nous pouvons dire la chose suivante, cette prévisibilité est le fruit d'une équation singulière : elle dépend « *du prescriptivité et de son degré de concrétude* » de la norme[1518]. « *Plus le prescrit d'une norme est faible, plus cette norme est insusceptible de renseigner par avance sur l'effet de la norme à appliquer* ». De même, « *plus la norme existante contient d'éléments qui sont susceptibles de renseigner sur la signification du comportement soumis à l'interdiction et plus le sens de la qualification et, partant, de la solution pour un contentieux à venir est prévisible* »[1519]. Également, la prévisibilité du champ d'application d'une norme est étroitement liée au contenu des éléments contextuels, concrets qui le définissent. En fonction d'eux, les individus seront, en effet, capables de déterminer si les évènements qui ont donné naissance au différend y correspondent ou non. Pour dire vrai, la prévisibilité normative – idéale, voire idéelle – est fonction d'une norme fondamentalement *prescriptive*, et qui contiendrait une multitude de données contextuelles permettant de déterminer dans quel cas cet impératif se met en marche. Avec un contrôle *concret* de proportionnalité qui s'attache plus que n'importe quel à autre à transcender les apparences et fournir une solution particulièrement contextualisée et argumentée, ce rêve n'en est peut-être plus un. En effet, avec lui, le juge administratif produit une norme dont aussi bien le prescrit que le caractère *concret* de son champ d'application apparaissent déterminés par le biais d'une motivation fortement étayée, et ce encore plus au fur et à mesure de son activité. Ainsi, avec ce contrôle, le juge produit un arrêt dont la norme est, à l'avenir dans les litiges proches, parfaitement prévisible tant du point de vue de son *prescrit* que du point de vue de son *champ d'application.* En d'autres mots, la contextualisation produite par ce contrôle est un moyen de découvrir la conventionnalité ou l'inconventionnalité, la proportionnalité et la non-proportionnalité, dans l'affaire qui lui est soumise. Ils permettent de dresser un tableau particulièrement précis qui renseigne, de plus, sur le contenu des droits fondamentaux en jeu. Dès lors qu'ils disposent d'un référent clair, les juges s'appuieront plus aisément

[1515] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit*., p. 315.
[1516] M. Delmas-Marty, *Le flou du droit : Du code penal aux droits de l'Homme*, PUF, coll. "Voies du Droit", Paris, 1986, 336 p.
[1517] S. Hawking, *Y'a-t-il un grand architecte dans l'Univers ?*, *op. cit.,* p. 219 : « *Avant que cette dernière (étoile) puisse dépasser l'énergie positive de la matière, l'étoile doit s'effondrer pour donner un trou noir dont l'énergie est encore positive. Voilà donc la raison pour laquelle l'espace vide est stable : des corps comme les étoiles et les trous noirs ne peuvent surgir de nulle part* ».
[1518] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme, op. cit*., pp. 539-540.
[1519] *Ibid*.

dessus et le transposeront dans d'autres cas, ce qui renforcera, par la répétition, les causes déterminantes et leur légitimité.

296. Comparaison est raison : un élément au service de la prévisibilité des conclusions juridictionnelles. – Par conséquent, « *le précieux produit de cette alchimie (peut et) doit être conservé* »[1520]. La précision et la sincérité qui se dégagent de ce contrôle sont à même de renforcer les comparaisons pour trancher d'autres cas qui se rapprochent d'affaires déjà tranchées – ce bagage jurisprudentiel forme une communauté d'interprétation dans laquelle la signification d'un texte sera toujours appréhendée ; une tradition est élaborée qui alimente la précompréhension d'un texte. La contextualisation évite des écueils et des injustices grossières, en effet, l'application absolue d'une norme dénaturée de son contexte d'élaboration conduit à des apories, comme nous avons pu le dire, car l'espèce soumise recelait des considérations particulières qui ne pouvaient être appréhendées. Le contrôle *concret* énonce, nous pensons, des *critères semi-généraux* – puisqu'explicités dans un cas et dont la consistance est exprimée par l'analyse des circonstances de la cause ; ce sont les raisons invoquées par le juge – qui pourront ensuite être concrétisés, qui sont dotés de validité itérative et susceptibles de faire jurisprudence. Nous pouvons à chaque fois, au fur et à mesure d'espèces, établir une meilleure prévisibilité des solutions, à travers une myriade d'indices qui sont exacerbés permettant de pondérer les intérêts en présence[1521]. La forte contextualisation du contrôle n'est peut-être pas toujours salvatrice, mais elle a au moins le mérite d'établir le contenu réel du droit et de donner une prévisibilité tout de même relative ; plus qu'au départ quand les droits n'étaient qu'hypothèses et « *promettent plus qu'ils ne peuvent offrir* »[1522]. Puis, il est certain que ces critères semi-généraux sont renforcés par le travail de systématisation de la doctrine. Cette dernière participe à uniformiser la matière juridique et donner une lecture particulièrement intéressante des critères qui favorisent la stabilité du contentieux. La contextualisation, *lato sensu*, a au moins un mérite, d'établir un modèle précédentiel garantissant une stabilité dans des cas très particuliers et proches, et de ne pas entraver l'évolution des décisions. La prévisibilité issue de ce contrôle balise sans aucun doute le terrain contentieux en ce qu'elle engendre des référents jurisprudentiels sous la forme de puissants précédents, et développe des considérations qui pourront être réinvesties dans des affaires proches, puis surtout qui pourront évoluées selon les espèces en fonction du raisonnement *concret* du juge[1523]. Nous en avons un exemple actuellement avec des arrêts du 11 juillet 2017 de la CEDH[1524] – même si cela touche la CEDH, une transposition de la réflexion au contentieux administratif peut être effectuée, d'ailleurs nous le démontrerons plus tard. En effet, les affaires ont été examinées à l'aune d'une solution et de son contenu qui avaient été déjà tranchés par la CEDH : *l'affaire S.A.S. c. France*[1525]. En effet, la CEDH va venir réinvestir la norme jurisprudentielle, et donc ses sous-normes, qui sont propres à un contexte spécifique qui date de 2010 à un contexte beaucoup plus récent et qui touche la Belgique. Il va réactualiser sa réflexion dans un contexte factuel relativement proche de celui de l'arrêt *S.A.S.* – puisque le champ d'application de la norme jurisprudentiel a été bien délimité. Le juge européen assumera un parallèle puissant, tout au long de ses développements, avec cet arrêt qui sera finalement la pierre angulaire de la décision[1526]. Et auquel il vient donner de nouveaux éléments propres aux affaires belges et qui conduisent à une plus grande précision du modèle précédentiel[1527]. La prévisibilité juridique est certainement renforcée, de par la

[1520] F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit*., p. 516.
[1521] Contrairement à ce qu'il affirme, son étude participe à bien délimiter le contentieux relatif à l'article 8 et l'expulsion des étrangers : S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention (…)*, *op. cit.*, pp. 298-300.
[1522] P. Puig, « L'excès de proportionnalité (…) », *op. cit.,* p. 70.
[1523] La Cour n'hésite pas à montrer la constance des modèles qu'elle élabore : CEDH, 18 mars 2003, *Faivre c. France*, n° 69825/01, § 2 : « *La Cour rappelle la jurisprudence constante, selon laquelle l'article 6 § 1 de la Convention (…). Sur le fond du grief, la Cour rappelle que, selon sa jurisprudence constante (…)* » (souligné par nous) ; Pour la force des précédents aussi : CEDH, décision, 27 juin 2017, *Belkacem c. Belgique*, n° 34367/14, § 36 : « *En conclusion, la Cour estime que le requérant tente de détourner l'article 10 de la Convention de sa vocation, en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins manifestement contraires à l'esprit de la Convention (dans le même sens, M'Bala M'Bala, décision précitée, § 41)* ». La CEDH justifie sa solution en lien avec le précédent M'Bala M'Bala (souligné par nous).
[1524] CEDH, 11 juillet 2017, *Dakir c. Belgique*, n° 4619/12 et *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, n° 37798/13.
[1525] Opinion concordante jointe par le Juge Spano dans l'affaire *Dakir c. Belgique*, *op. cit*., p. 24, point 2 : « *je rédige une opinion séparée pour souligner, comme je l'expliquerai plus en détail ci-dessous, que bien qu'il soit clair que l'arrêt S.A.S. c. France forme, en tant que précédent de Grande Chambre, un socle jurisprudentiel étayant solidement les conclusions énoncées dans l'arrêt prononcé ce jour, cet arrêt de Grande Chambre a une portée et une étendue limitées et les États membres ne peuvent pas l'invoquer directement dans des contextes factuels différents* » (souligné par nous).
[1526] CEDH, *Dakir c. Belgique*, op. *cit.,* § 46 : « *Considérant que la requête touche une problématique dont les termes sont très proches de ceux qui ont présidé à l'adoption de la loi française du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, la Cour se réfèrera dans une large mesure à l'arrêt S.A.S. c. France précité qui examine cette interdiction française à l'aune des dispositions pertinentes de la Convention* » ; CEDH, *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, *op. cit.,* § 50 : « *La Cour observe, d'après les travaux préparatoires de la loi ainsi que l'analyse qu'en a faite la Cour constitutionnelle (voir paragraphes 18 et 24, ci-dessus), que les termes de la problématique telle qu'elle fut débattue en Belgique sont très proches de ceux qui ont présidé à l'adoption de la loi française précitée qu'elle a examinée dans l'arrêt S.A.S. c. France* » et § 61 : « *En conséquence, notamment au regard de l'ampleur de la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce, la Cour conclut que l'interdiction que pose la loi du 1er juin 2011, quoique controversée et présentant indéniablement des risques en termes de promotion de la tolérance au sein de la société (S.A.S. c. France, précité, §§ 146-149), peut passer pour proportionnée au but poursuivi, à savoir la préservation des conditions du « vivre ensemble » en tant qu'élément de la « protection des droits et libertés d'autrui* ».
[1527] Il suffit de voir les analyses des juges : Opinion concordante du Juge Spano, *op. cit.*, pp. 26-27, points 10 et 11 : « *Dans l'arrêt S.A.S. c France, la Grande Chambre a conclu qu'il pouvait être justifié de passer par la voie pénale pour faire appliquer l'interdiction du port du voile intégral (ibidem, § 152). Je note toutefois que les*

référence à une affaire déjà bien tranchée et par son application à un cas différent qui vient préciser, en raison de sa spécificité, encore un peu plus les données fondamentales pour obtenir ou non gain de cause.

297. Toutefois, cela n'est pas nouveau ! J. Stranges a développé une étude particulièrement intéressante sur la *casuistique juridique* qui viendra renforcer notre propos[1528]. Il est clair que le raisonnement *in specie* conduit, par le traitement raisonnable des situations concrètes, à une fixation ou à une précision du contenu des règles juridiques. Il n'est pas cette possibilité de s'en sortir familièrement, mais bien une méthode générale de solution des espèces. Dans le même temps, la dimension *prescriptive* de ce contrôle implique une dimension *analogique* du raisonnement développé par le juge administratif – cela serait également inhérent à la *balance des intérêts*[1529]. Nous ne sommes plus face à un raisonnement déductif, ce qui favorise inévitablement les différentes références aux affaires antérieures. En effet, comme nous le montre une étude sur l'ancienne casuistique juridique, qui serait proche de notre contrôle selon un auteur[1530], la dimension *prescriptive* de ce raisonnement conduit presque naturellement à une continuité entre les arrêts. Précisément, la casuistique appréhendée comme « *une activité de prescription* »[1531] poursuit donc un but ultime qui est celui de l'unification du système normatif. Effectivement, « *les buts qu'une casuistique comprise comme une activité de prescription se propose d'atteindre sont au nombre de deux à savoir l'applicabilité des normes et la clôture (…). Plus précisément, la clôture (du système) renvoie à sa complétude comprise comme un élément indispensable de son applicabilité. Cette dernière ne peut pas à vrai dire être atteinte qu'à la condition, pour être la plus complète possible, que l'application des principes juridiques supérieurs s'étende, par l'introduction des faits générateurs déterminés, à l'ensemble de la matière juridique couverte* »[1532]. Elle se pose ainsi comme une branche de la connaissance concrète du Droit en ce qu'elle conduit à un approfondissement des qualifications juridiques. J. Strangas développe même l'idée d'une méthode casuistique, puisqu'il appréhende « *la casuistique comme une méthode conduisant à l'élaboration de prescriptions les plus complètes et les plus circonstanciées possible* »[1533]. L'effort d'unification de la matière juridique, qui caractérise spécifiquement la casuistique en droit, conduit dès lors le juge à interpréter les dispositions normatives pertinentes à la lumière de ce but et de cet objectif. Dès lors, le raisonnement du juge s'inscrit dans une continuité rétrospective liant les décisions passées aux décisions présentes sur la base de similitudes entre les situations soumises à l'appréciation du juge ; mais aussi le raisonnement casuistique s'inscrit simultanément à cette orientation rétrospective dans quelque chose de l'ordre de la continuité prospective sous la forme d'une anticipation de l'incidence des décisions présentes sur les cas hypothétiques qui pourraient se présenter à l'avenir. Comme le résume fort bien l'auteur : « *l'enjeu d'une casuistique substantielle se situe dans la synthèse entre ces deux liaisons temporelles du raisonnement par cas, passé-présent d'un côté, et de l'autre, présent-futur* »[1534]. Tel serait le résultat auquel aboutirait ce contrôle puisqu'il vise à la connaissance et à la complétude du Droit afin de garantir efficacement et effectivement les droits fondamentaux.

298. Le cas de l'absence de précédents. – De sus, ces réflexions nous montrent quelque chose d'important – que nous avons pu toucher du bout des doigts auparavant – : l'importance du rôle du juge et du précédent. D'une certaine façon, notre système se rapprocherait sur ces points des systèmes de *Common Law* où le *stare decisis* est fondamental. Ces constats méritent de plus amples pages pour y réfléchir, pourtant nous nous contenterons de ces considérations, car tel n'est pas l'objet de notre production[1535]. Dès lors, comment faire alors quand il n'y a pas de précédent ? La prévisibilité n'est-elle donc pas ? Cela serait véritablement problématique. Elle est certainement moindre, et cette conclusion est une certitude. La

---

sanctions prévues par le droit français étaient parmi les plus clémentes qui pouvaient être envisagées, puisqu'il s'agissait d'une amende ne pouvant excéder 150 euros (EUR), assortie de la possibilité pour le juge de prononcer une obligation d'accomplir un stage de citoyenneté (ibidem, § 152). Dans le droit belge tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle (paragraphe 21 dans l'arrêt Dakir c. Belgique et paragraphe 27 dans l'arrêt Belcacemi et Oussar c. Belgique), en revanche, le non-respect de l'interdiction de porter le voile intégral dans l'espace public est passible d'une sanction pénale pouvant aller jusqu'à un jour à sept jours d'emprisonnement dans les cas de récidive. (…) Il importe par conséquent de souligner que la privation de liberté infligée à une personne constitue une atteinte à l'un des droits les plus fondamentaux garantis par la Convention. Même s'il résulte de l'arrêt S.A.S. c. France que des sanctions pénales peuvent en tant que telles constituer une mesure proportionnée lorsqu'il s'agit de faire respecter l'interdiction du port du voile intégral, il est essentiel de rappeler que cette conclusion ne s'est pas fondée sur une législation qui autorise l'emprisonnement, à l'instar du droit belge, même si ce dernier réserve pareille mesure aux cas de récidive » (souligné par nous).

[1528] J. Strangas, « Der Begriff der Kasuistik in der Rechts und Moralphilosophie », *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, III, Cisalpo-Goliardica, Milano 1982, pp. 15-73, traduit et analysé par J.-C. K. Dupont, « Une reviviscence de la casuistique en droit ? Le raisonnement in specie de la Cour européenne des droits de l'Homme », in S. Boarini (dir.) *La casuistique classique : genèse, formes et devenir*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, Saint-Étienne, 2009, pp. 187-219.

[1529] *Voy.* F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit*., pp. 516 et s.

[1530] J.-C. K. Dupont, « Une reviviscence de la casuistique en droit ? Le raisonnement in specie de la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, pp. 187-219.

[1531] J. Strangas, « Der Begriff der Kasuistik in der Rechts und Moralphilosophie », *op. cit.,* p. 43.

[1532] *Ibid*., pp. 63-64.

[1533] *Ibid*., p. 41.

[1534] J.-C. K. Dupont, « Une reviviscence de la casuistique en droit ? Le raisonnement *in specie* de la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit*., p. 197.

[1535] Des réflexions ont déjà été menées sur la question : P. Malaurie, « Les précédents et le droit », *RIDC*, vol. 58, n°2, 2006, pp. 319-326, spéc. pp. 324-326.

CEDH a d'ailleurs été confrontée à cette question dans une décision récente relative à la France[1536]. Elle souligne, à demi-mot, les désavantages d'une telle approche puisqu'en l'absence de modèles précédentiels, le doute est plus important. Comme elle le dit bien : « *de l'avis de la Cour, en l'absence de précédent jurisprudentiel applicable à la situation des requérants, un doute existait* » et « *le simple fait de nourrir des doutes quant aux perspectives de succès d'un recours donné qui n'est pas de toute évidence voué à l'échec ne constituant pas une raison propre à justifier la non-utilisation du recours en question* »[1537]. Il est certain qu'avec ce système, en l'absence de l'intervention du juge, l'imprévisibilité est forte et l'incertitude serait totale. Pourrions-nous dire, pour autant, qu'avant l'introduction de ce contrôle, tout était plus clair et donc que ce contrôle a plongé le système dans une sollicitation permanente du juge ? Cela reste encore à démontrer, nous pouvons penser, au contraire, que la prévisibilité est plus que relative avant ce contrôle et avant son intervention. D'une certaine façon, c'est au juge de la façonner, mais bien évidemment, s'il n'est pas encore intervenu le doute est plus que permis. Comment remédier à cette pathologie alors ? Telle est la question. Nous pouvons également affirmer que l'imprévisibilité est quelque chose de fondamentalement lié au système juridique[1538], c'est une quête sans fin et surtout impossible. Nous donnons peut-être une lecture encore trop absolutiste de cette exigence. Le remède réside simplement dans l'audace d'un individu de franchir le pas afin de donner sa lecture du résultat de la solution. Il disposera, tout de même, d'appuis importants qui pourront être dégagés de la complexité du système juridique et du système juridictionnel actuel. La densité du nombre de décisions rendues par la pluralité de juridictions nationales et internationales fournira quelques éléments de réponse s'il creuse un minimum. Il est clair que des réflexions restent à mener…

299. Néanmoins, ces quelques analyses nous montrent combien ce contrôle *concret* est particulièrement opportun pour la prévisibilité de l'application du Droit. De la sorte, toutes les affaires dont les circonstances factuelles ressemblent à celles du modèle jurisprudentiel précédemment posé permettent d'anticiper un peu plus l'effet du précédent dans le litige postérieur. Le balisage sécuritaire ne manque pas. Nous en avons une illustration pertinente avec les ordonnances postérieures à l'arrêt *Gomez-Turri*. Également, cela nous permet de voir quelque chose qui est souvent négligé dans les commentaires de décisions, c'est-à-dire l'effet généralisant des solutions juridictionnelles.

B) Le balisage et l'effet généralisant de l'arrêt Gomez-Turri

300. La stabilisation du contentieux relatif aux inséminations post mortem à l'étranger. – Le développement du contrôle *concret* de conventionnalité des lois dans l'affaire *Gomez-Turri* a été le moyen de mettre des choses au clair. *Primo*, la possibilité pour les juges administratifs d'effectuer un tel contrôle, c'est-à-dire d'écarter ou non l'application de la Loi puisqu'elle porterait une atteinte excessive aux droits protégés par des conventions dans des circonstances particulières. *Secundo*, il a permis de développer, difficilement, une nouvelle dimension de l'article 8 de la CESDH, et plus précisément du droit au respect de devenir ou ne pas devenir parents. *Tertio*, par la motivation développée dans cette affaire, le Conseil d'État est venu mettre en exergue les raisons qui l'ont poussé à déroger à l'interdit légal et assurer une meilleure prévisibilité de l'issue des litiges[1539]. Une lecture du point 11 de l'arrêt nous permet d'identifier ce qui constitue « *des circonstances particulières* » qui font de l'application de certaines lois une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par la CESDH : le projet parental résultait d'une volonté commune ; il n'a pas pu aboutir en raison du décès du conjoint ; le conjoint avait consenti à ce que son épouse puisse bénéficier d'une insémination artificielle avec ses gamètes, y compris à titre posthume ; la mise en œuvre de la PMA avant la mort ; l'absence d'intention frauduleuse de la veuve la mesure où son installation en Espagne ne résulte pas de la recherche de dispositions favorables à la réalisation de son projet, mais de l'accomplissement de ce projet dans le pays où demeure sa famille qu'elle a rejointe. Tous ces éléments produisent une peinture d'ensemble, et sûrement cohérente, dans laquelle chaque donnée à sa place[1540]. Le

[1536] CEDH, 30 mai 2017, *Dagregorio et Mosconi c. France*, n° 65714/11.
[1537] *Ibid.*, § 29.
[1538] N.-J. Mazen, « L'insécurité inhérente au système juridique », *op. cit.,* p. 82 : « *l'insécurité juridique apparaît comme une insécurité structurelle, inhérente au système juridique car impliquée par les déficiences et les lacunes intrinsèques à ce système* ».
[1539] Cette affirmation va à l'encontre d'une grande partie des travaux de la doctrine qui note l'exact opposé : *Voy.* C. Lassalas, « Insémination post mortem : si le droit devenait compréhensible ? », *op. cit.*, pp. 10-14.
[1540] *Voy.* N. Ní Ghairbhia, « Les premiers pas vers l'autorisation d'exporter des gamètes du défunt en vue de leur utilisation pour une insémination post mortem ? », *op. cit*, pp. 79-81, spéc. p. 80 ; J.-R. Binet, « Insémination post mortem : d'une injustice à l'autre », *Revue Droit de la famille*, n°12, Décembre 2016, commentaire 267, pp. 63-65, spéc. p. 64 ; C. Lassalas, « Insémination post mortem : si le droit devenait compréhensible ? », *op. cit.*, pp. 7-8.

champ d'application de la norme est bien explicité. Si nous pouvons synthétiser le raisonnement du Conseil d'État, nous voyons que les *critères semi-généraux* de contrôle, pouvant être dégagés de cet arrêt et qui conduisent à la conclusion de la violation ou la non-violation de l'article 8 de la CESDH, sont relatifs à l'existence d'un « *projet parental commun* » – qui est fondé sur la volonté commune du couple, le décès prématuré d'un des membres, les démarches de l'époux, les tentatives du couple – et « *l'absence d'intention frauduleuse de la requérante* » – intimement liée à des considérations relatives à sa nationalité, sa résidence, et sa vie familiale plus généralement[1541]. Nous voyons également que l'élément *d'extranéité*, largement développé dans les analyses, n'est pas exclusif contrairement à ce que peuvent nous laisser penser les écrits doctrinaux[1542]. Il est évident que la caractérisation du « *projet parental commun* » est plus facile puisqu'à peu près tout est susceptible de l'identifier et sa géographie est relativement large – au vu des indices concrets développés dès l'arrêt *Gomez-Turri* –, il n'en demeure pas moins vrai qu'il est un de ces critères à ne pas éluder.

301. La continuité du précédent Gomez-Turri dans le contentieux administratif. – Ils ne vont pas rester des lettres mortes, en effet, l'arrêt *Gomez-Turri* devient le modèle de traitement de contentieux qui se rapprochent sensiblement de la question posée dans celui-ci[1543]. En effet, les diverses ordonnances rendues postérieurement à cet arrêt sont relatives à des situations dans lesquelles est envisagé le dépôt de gamètes en vue d'une insémination particulièrement dramatiques. Elles les ont en raison du fait que l'un des membres du couple décède sans que le projet parental n'ait pu aboutir en raison de la maladie. Si le juge administratif de Rennes et de Toulouse a suivi un raisonnement similaire dans les décisions du 11 et 13 octobre 2016, puisqu'il a analysé la question à l'aune « *des circonstances exceptionnelles* » que représente la situation des requérantes, et qu'il a repris *stricto sensu* les "considérants" de principe du Conseil d'État – nous retrouvons les mêmes phrases au même moment du raisonnement[1544] et même des mentions explicites à l'arrêt *Gomez-Turri* pour l'ordonnance rennaise et dans le communiqué du juge toulousain – ; ce n'est pas ces points qui nous intéressent, mais plus la consistance de « *l'ingérence disproportionnée* » et de ces « *circonstances exceptionnelles* » qui justifient les solutions. Ce que nous voyons c'est que, de prime abord, le Tribunal de Rennes comme celui de Toulouse procède à un contrôle *concret* des circonstances de l'espèce, et notamment sur le *projet parental commun* ainsi que l'absence de *toute intention frauduleuse*[1545]. Ces indices, s'ils peuvent susciter des interrogations sur la manière dont ils sont caractérisés dans les espèces jugées – notamment pour l'affaire rennaise –, sont bien des éléments qui transcendent l'espèce et qui rendent plus prévisibles les solutions juridictionnelles[1546]. Malgré l'invocation de « *certaines circonstances particulières* » – dans le point 9 – comme critère "d'exceptionnalité" permettant au juge administratif de donner une solution *contra legem*, la solution dépasse largement le cas jugé. Dans cette matière, il ne faut même pas s'étonner que l'hypothèse se reproduise et que le résultat de l'espèce jugée donne lieu à une suite.

302. Pour se convaincre de son effet sur la prévisibilité, il suffit de se référer à l'appréciation qui est faite par le Tribunal administratif de Toulouse de la situation de la requérante et du résultat qui est proposé, *in fine*. À l'aune des indices que nous avons pu relever de notre lecture de l'arrêt *Gomez-Turri*, nous voyons que le raisonnement du juge toulousain n'a pris que peu de latitudes par rapport à ceux-ci – ce qui n'est pas nécessairement le cas du juge rennais, mais cela nous y reviendrons plus tard. Effectivement, même si les revendications sont différentes, puisqu'il ne s'agit pas d'exporter les gamètes, mais de les restituer à la veuve dans l'espoir d'un changement de législation sur l'insémination *post mortem*. Le juge toulousain

[1541] Dans le point 11, il y a une véritable récurrence du mot « projet » qui montre l'importance de celui-ci et de sa dimension critérielle. D'ailleurs, ledit point commence comme cela : « *Il résulte de l'instruction que Mme C... A...et M. B...avaient formé, ensemble, le projet de donner naissance à un enfant* » et finit comme cela « *dans ces conditions et en l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante* ».

[1542] Sur la force de cet indice comme centre de gravitation de l'arrêt : B. Haftel, « Insémination post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *op. cit.*, pp. 1477-1480 ; B. Haftel, « Autorisation d'une insémination post-mortem, une décision de circonstance ? », *op. cit.*, p. 2392 ; J. Hauser, « Procréation médicalement assistée : l'exceptionnalité de la proportionnalité à rude épreuve », *op. cit.*, p. 114 ; G. Monziols, « Conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation et procréation post-mortem : (…) », *op. cit.,* p. 41.

[1543] Quelques démontrent cela de manière sommaire : C. Lassalas, « Insémination post mortem : si le droit devenait compréhensible ? », *op. cit.,* pp. 8-9 ; B. Haftel, « Autorisation d'une insémination post-mortem, une décision de circonstance ? », *op. cit.*, p. 2392 ; T. Garé, « Controverse sur la restitution des gamètes en vue d'une insémination post-mortem : des ambiguïtés du principe de proportionnalité ? », *Revue Juridique Personnes et Famille*, n°12, 1er décembre 2016, p. 43 ; M., D., « Insémination post-mortem : autorisation à Rennes, refus à Toulouse », *Revue Juridique Personnes et Famille*, n°11, 1er novembre 2016, p. 7.

[1544] TA Rennes, n° 1604451, *op. cit.,* cons. 3/4/5/6 ; TA Toulouse, n° 1405903, *op. cit*., cons. 8.

[1545] TA Rennes, *op. cit.,* cons. 11 : « *Considérant que compte tenu de l'ensemble desdites circonstances, et alors qu'il est constant que M. et Mme H... avait un projet parental commun, et en l'absence de toute intention frauduleuse de la part de la requérante dont le souhait est uniquement de mener à terme ce projet dont M. H.* » ; TA Toulouse, *op. cit*., cons. 8.

[1546] *Communiqué de presse* du Tribunal administratif de Toulouse en date du 13 octobre 2016, disponible en ligne : « *Appliquant les principes dégagés par le Conseil d'Etat dans sa décision du 31 mai 2016 (…), le tribunal a rappelé que les dispositions du code de la santé publique prohibant l'insémination post mortem ne portaient pas, par elles-mêmes, une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* » (souligné par nous).

refuse cela, et dit qu'il n'y a aucune atteinte au droit au respect à la vie privée telle que consacrée par l'article 8 de la CESDH, car, malgré l'existence « *d'un projet parental commun* » – démontré par les démarches de l'époux, son consentement à donner la vie après sa mort et son décès prématuré –, le Tribunal administratif a, par ailleurs, constaté que la requérante se bornait à invoquer son droit à pouvoir procéder à une insémination légale dans un pays européen sans alléguer de liens avec l'un des pays autorisant les inséminations *post mortem* ou d'un projet de s'y installer. Il y a une véritable « *intention frauduleuse* », puisque derrière cela se cache « *la recherche, par elle, de dispositions plus favorables à la réalisation de son projet d'insémination que la loi française* ». Et comme le résume bien le dernier paragraphe du communiqué de presse, « *il (le juge) a estimé, qu'à la différence de l'affaire portée devant le Conseil d'État, le projet d'insémination à l'étranger de la requérante résultait de la recherche de dispositions plus favorables (…) et qu'en conséquence, sa situation ne caractérisait pas une atteinte excessive à sa vie privée et familiale* ».

303. Par-delà les mots, les actes suivent : *quand dire c'est faire*[1547], pour reprendre les mots d'un célèbre penseur. En effet, si la trop grande virtualité du projet de la requérante fondée sur l'impossibilité de bénéficier d'une insémination à l'extérieur justifie l'interdiction de restitution et l'absence de violation de l'article 8, puisque l'exportation serait de toute façon impossible, tous les délais légaux européens pour procéder à une telle insémination ont expiré et le projet d'attendre un changement de législation est trop virtuel[1548] ; ces éléments ne sont pas les plus déterminants de la solution. Le juge administratif de Toulouse vient à exploiter précisément et efficacement les lignes déduites de l'arrêt *Gomez-Turri*. La caractérisation de l'existence du *projet parental commun* et donc le caractère non équivoque de leur volonté sont justifiées par des faits concrets – que nous venons de citer – qui correspondent parfaitement à ce que note et retient le Conseil d'État dans son arrêt. Surtout, le juge toulousain a recherché, comme l'avait fait le Conseil d'État, mais cette fois-ci pour une conclusion différente, *l'intention frauduleuse* de la requérante. Il a noté de la requérante cherchait bien à contourner le dispositif législatif, puisqu'elle l'affirme et étaye cela au moyen d'un critère qui n'est pas anodin ici : le lien actuel ou hypothétique avec un autre État, c'est-à-dire soit l'existence d'un lien de nationalité, de résidence ou d'un lien familial – c'est l'élément d'extranéité soulevé dans l'affaire *Gomez-Turri*. Assurément, le juge retient qu'elle n'aurait même pas allégué « *qu'elle aurait des liens avec l'un quelconque des pays proposant des inséminations post mortem ou qu'elle formerait le projet de s'y installer* ». Puisqu'elle ne démontre rien de tout cela, ni sa bonne foi ni l'absence d'une tentative de fraude à la loi. Il n'existe donc pas des circonstances particulières – et notamment *géographiques* – qui justifient la mise à l'écart de la prohibition légale par le juge. Tout en faisant une appréciation concrète des circonstances de la cause, sur laquelle il s'appuie directement, le juge toulousain rend une solution qui est à la fois équitable et relativement prévisible. Il ne s'égare pas dans des considérations qui empêchent la lisibilité et la compréhension du Droit. Il se réapproprie et concrétise à nouveau la réflexion du Conseil d'État dans cette affaire emblématique. Il nous démontre que les concepts développés par celui-ci se diffusent dans les prétoires de tous les juges administratifs de France et de Navarre. Il vient aussi réactualiser le sens de ce schéma dans un autre cas concret, ce qui nous permet d'envisager encore plus solidement les fondements et les causes déterminantes de celui-ci. Bien sûr, ces quelques lignes ne suffiront certainement pas à obtenir l'adhésion du lecteur. Nous sommes face à un contentieux encore trop récent qui ne nous a pas livré tous ses secrets.

304. L'effet généralisant des solutions juridictionnelles : une conclusion étayée. –Néanmoins, ce que nous pouvons noter – en lien avec la force de la logique précédentielle et juridictionnelle dans ce contentieux – c'est les effets des solutions rendues par les juges. En introduction nous avons pu dire toute la complexité de cette question : celle de savoir ce qui différencie, dans les faits, les effets *erga omnes* des effets *inter partes* des arrêts. Nous le voyons encore plus fortement maintenant, dans un contentieux qui, au-delà de sa nature, revendique toute l'exceptionnalité de sa décision. D'ailleurs, la plupart des commentateurs, hostiles à ce contrôle, réinvoquent ardemment ce caractère exceptionnel de la solution et ses effets relatifs, alors même qu'ils veulent stabiliser la matière[1549]. C'est pourquoi nous revenons dessus, il s'agit d'une occasion de reconsidérer ces éléments et surtout d'illustrer notre propos pour ne pas voir nos

[1547] J.-L. Austin, *Quand dire, c'est faire, op. cit.*
[1548] *Voy.* M., D., « Insémination post-mortem : autorisation à Rennes, refus à Toulouse », *op. cit.*, p. 7.
[1549] J. Hauser, « Procréation médicalement assistée : l'exceptionnalité de la proportionnalité à rude épreuve », *op. cit.*, p. 114 : « *l'autorisation, accordée en référé, à une femme espagnole, d'exporter les gamètes de son mari décédé pour pouvoir procréer en Espagne où l'opération est permise, était exceptionnelle, compte tenu des circonstances. Voilà que l'hypothèse se reproduit peu ou prou* ».

travaux taxés d'opportunisme et de militantisme. Il est certain que la question de l'interprétation juridictionnelle dans le domaine de la fondamentalité repousse les enseignements les plus classiques. Une « *autorité persuasive* » des décisions interprétatives des juges administratifs s'exacerbe et transcende les litiges. Elle marque « *le souci de maintenir une harmonie entre les plus hautes juridictions françaises et de sauvegarder l'unité et l'homogénéité de l'ordre juridique interne indispensable à l'État de droit* »[1550]. Désormais, il semble que toute décision jurisprudentielle possède, certes, un effet utile pour résoudre le présent litige, mais aussi un effet généralisant en ce qu'il est capable d'intervenir dans le cadre de litiges postérieurs. Comme le disait un observateur : « *tout jugement emporte deux effets. Pour les parties, il est solution ponctuelle de leur différend et il a autorité de la chose jugée, c'est l'autorité relative. Pour les juristes et les tiers, il est réservoir de règles ou d'arguments et, il a valeur normative. Cet effet vaut erga omnes* »[1551].

305. Pourtant d'après une maxime bien connue de tous : *res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest*, en d'autres termes, la *chose jugée* ne peut nuire ou profiter qu'aux seules personnes ayant été parties à l'instance que le jugement a éteinte. Cela demeure vrai juridiquement, mais en même temps, il est de plus en plus remarquable que la chose jugée dépasse, factuellement, les cas et intéresse les tiers, au-delà de la stricte affaire qui la connaît. La réalité, génératrice de complexité et de liens de plus en plus étroits entre les individus, conduit les auteurs – notamment les civilistes[1552] – à remettre progressivement en cause l'idée que le jugement est une « *feuille de papier blanc* »[1553] pour les autres individus. Même absents de l'instance qui, *a priori*, ne les concerne pas, les citoyens ne peuvent ignorer l'avènement d'une décision juridictionnelle susceptible de les affecter. Ces conclusions trouvent désormais un appui loquace avec le contentieux de la conventionnalité devant le juge administratif. Il faut maintenant demeurer conscient que, de chaque affaire dans laquelle une appréciation concrète intervient, il est possible de dégager un modèle jouant pour le futur. Le juge peut trouver cet élément qui lui manquait, car comme P. Valéry l'affirmait bien : « *nous ne raisonnons que sur des modèles* ». Un autre auteur notait que « *l'autorité de la chose jugée qu'elle soit relative ou absolue concerne la situation concrète sur laquelle la décision juridictionnelle s'est prononcée, et non la règle abstraite qui y est impliquée et que l'on peut en dégager* »[1554]. C'est un retour à la véritable autorité, en effet, la dichotomie entre *l'auctoritas* et la *potesta* démontre bien cela. Cette dernière est le pouvoir fondé sur la fonction, le grade ou le statut. C'est le pouvoir légal, reconnu et accordé par les instances supérieures de la société. Elle est le « *pouvoir de prendre des décisions, de commander, d'exiger l'obéissance dans un domaine donné en recourant à la contrainte, le cas échéant* ». Tandis que la première ne dépend d'aucune instance. « *Elle émane de la personne, c'est ce que confirme l'étymologie puisque le terme est dérivé d'auctor, l'auteur, celui qui est cause première. L'auteur d'une chose est celui qui est à l'origine de ladite chose. L'auctoritas, c'est l'influence, l'ascendant, le crédit* »[1555]. Dorénavant, cette norme jurisprudentielle donne les éléments déterminants qui forment la raison d'être de la solution. Si en soi la norme issue de la décision individuelle ne constitue qu'un indice temporaire d'une acception générale des termes des dispositions conventionnelles, sa répétition nous permet, cas après cas, de mieux cerner l'image plus précise de sa signification. Ce contrôle est certainement un élément de renforcement de l'exigence de prévisibilité juridique. Les effets de sa mise en œuvre garantissent aux individus une amélioration de la visibilité du contenu prescriptif des dispositions et donc de la prévisibilité des solutions juridictionnelles. De la sorte, ces derniers sont plus à même de diriger leur comportement pour le calquer sur ce qui apparaît comme normal. Notons donc qu'avec ce choix, le juge ne néglige pas le fait qu'une construction individualisée de la réalité puisse faire ressortir tout de même une norme transposable, qui sera renforcée par le rapprochement, par la répétition des causes déterminantes de ces solutions d'espèces. Il y a la réalisation d'une semi-prévisibilité juridique, et d'un équilibre entre la justice, qui implique l'évolution et la concrétisation.

306. L'indéfectible incertitude. – Malgré tout cela, l'incertitude ne peut pas être totalement révoquée avec ce contrôle. Il est possible que dans des cas précis – des *hard cases* comme diront certains auteurs –, ces critères deviennent plus flous et suscitent des interrogations lors de leur concrétisation ; les acteurs

[1550] Conclusions de l'Avocat général De Gouttes dans l'arrêt d'Ass. Plén. du 10 octobre 2001, *Breissacher*, *RFDC*, 2001 n° 49, pp. 51-78.
[1551] C. Mouly, « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *LPA*, n°53, 4 mai 1994, p. 9.
[1552] *Voy*. L. Boyer, « Les effets des jugements à l'égard des tiers », *RTDC* ,1951, pp. 163 et s.
[1553] J. Carré et A. Chauveau, *Lois de la procédure civile*, 4e édition, 1867, t. IV, p. 256 cité par A. Varnek, *Le juge des requêtes, juge du provisoire*, thèse de Droit, Université de Strasbourg, 2013, p. 191.
[1554] P. Hébraud, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges P. Couzinet*, Université Sc. Soc. Toulouse, Toulouse, 1974, n°5, p. 336.
[1555] E. Prairat, « Autorité et respect en éducation », Le Portique [En ligne], 11 | 2003, p. 3.

seront donc dans l'incertitude de savoir jusqu'où peuvent-ils aller. En effet, l'originalité des circonstances de la cause sera susceptible d'introduire plus facilement de nouvelles réflexions sur la teneur des dispositions invoquées, sur la pertinence du modèle précédentiel, dans un contrôle qui prône la contextualisation, le réalisme du raisonnement et la justesse de la solution – cela nous avons pu déjà le dire dans nos analyses sur la facette *méthodologique* de ce contrôle. Il est certain que le développement d'une jurisprudence particulièrement rigoureuse sur une question ne sera pas toujours susceptible de répondre efficacement à tous les litiges, une évolution de son contenu pourra avoir lieu si le juge l'estime justifiée. Cela effraie la doctrine puisque ladite exigence est relativisée. À ne pas en douter, « *l'idéal serait évidemment que la solution de tout litige puisse être mathématiquement déduite des règles juridiques clairement définies. Ainsi, seraient assurées une absolue prévisibilité et la sécurité du justiciable* »[1556]. Il n'en reste pas moins qu'au-delà de cette utopie d'une mathématisation du Droit, de la pensée[1557] et de la réalité[1558], le contrôle *concret* de proportionnalité apparaît comme le moins pire des choix quant à la réalisation des dispositions conventionnelles. « *Le choix (...) n'est pas entre le bien et le mal, mais entre le préférable et le détestable* », comme aimait le dire R. Aron. Nous pouvons affirmer que la prévisibilité parfaite et absolue des solutions est un dangereux mirage, *a fortiori* en matière de fondamentalité. Il faut faire le deuil de cette vieille idée. Puis, une telle lecture s'accommode très mal avec l'exigence plus générale de *sécurité juridique*. La mutabilité et la lucidité sont des parties intégrantes du raisonnement *concret* développé par le juge, et les modèles précédentiels comme les parties doivent s'y habituer. Rien n'est jamais totalement acquis, mais tout n'est pas globalement indéfini. Effectivement, ce dépassement d'un état du Droit ne signifie pas le retour à l'arbitraire et l'imprévisibilité. *L'angoisse de la néantisation* montrée par les commentateurs ne doit plus être. Il s'agit d'ailleurs du meilleur moyen de renforcer le sentiment de *confiance* dans la solution et de faire un écho aux évolutions sociétales. Finalement, n'y a-t-il pas là aussi une expression intéressante de la prévisibilité puisque ce contrôle autorise les individus à voir consacrer ce qui serait une évidence ? En ce qu'ils verront leur spécificité cristallisée ? Un autre contrôle, cherchant la prévisibilité parfaite, produit une immuabilité et une pseudo permanence qui rend impossible la consécration d'un sens qui est largement partagé et surtout protecteur. Dès lors, il semblerait qu'avec ce contrôle, l'exigence de prévisibilité juridique est fondamentalement *relative* et renouvelle, par là même, les rapports entre les différents juges de l'ordre administratif.

Section 2
La réalisation d'une prévisibilité relative au service du procès

307. Le développement d'un contrôle *concret* de proportionnalité conduit à faire de la recherche de la justice et des fondements une quête permanente. Une telle analyse peut faire pâlir les observateurs puisque rien n'est jamais forcément fixe dans un monde brouillé par la complexité, le relativisme, l'accélération et l'enchevêtrement des systèmes. Au lieu de trouver quelques remèdes à ces quelques maux, le juge administratif semblerait renforcer cette dynamique destructrice. Loin de là, pensons-nous ! Assurément, l'introduction d'une certaine mutabilité dans le raisonnement et les conclusions juridictionnelles est un élément au service des individus. Il est certain que ces points sont essentiels dans la matière juridique et dans sa facette là plus connue, qu'est la *sécurité juridique*. La tension entre la stabilité et la justesse des solutions est au cœur même du Droit, mais dans le même temps, elle est loin d'être aussi stricte[1559]. Assurément, derrière ces apparences de confrontation se cache, en réalité, une coopération profonde qui déconstruit notre vision belliqueuse des soubassements du Droit. Finalement, un nouveau produit juridictionnel pourra faire son apparition sur le marché juridique – en raison d'une affaire spécifique –, qui est mieux à même de répondre à la demande des consommateurs judiciaires. Comme une entreprise qui investirait dans la recherche et le développement, le juge administratif développe un produit plus innovant. Il n'est pas loin de l'image dont se faisait Joseph Schumpeter de *l'entrepreneur* et du processus de « *destruction créatrice* » à l'œuvre dans l'économie. *In fine,* cette décision exaltera le sentiment de

[1556] E. S. De la Marnière, « Éléments de méthodologie juridique », *Journal des Notaires et des Avocats*, 1976, p. 193.
[1557] C. Penglaou, « La mathématisation des disciplines scientifiques et l'évolution de la science économique », *Journal de la société française de statistique*, t. 115, 1974, pp. 364-365 ; P.-M. Menger, « La sociologie face à la mathématisation », *Enquête* [En ligne], 8 | 1993.
[1558] G. Israël, *La mathématisation du réel*, Le Seuil, Paris, 1996, 366 p.
[1559] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme (...)*, *op. cit*., p. 731 : « *Le conflit entre sécurité juridique et équité qui fondamentalement se joue en creux de la pratique de la proportionnalité (...) est aussi vieux que le Droit lui-même et ne connaîtra, vraisemblablement, jamais d'apaisement : il n'y a pas, en d'autres termes, de remède-miracle dont la mise en œuvre puisse, de manière définitive, satisfaire à l'ensemble des requêtes de ces deux valeurs opposées. Au mieux ne peut-on par conséquent espérer qu'un équilibre imparfait et précaire, une concordance pratique acquise par concessions mutuelles* » (souligné par nous).

confiance et permet de mieux baliser, *a posteriori*, le monde normatif. Le contrôle *concret* est instrument puissant pour le Droit, il assure la justesse des solutions, sa prévisibilité et la cohérence de l'ordre juridique (**§I**). Cela induit également autre chose : la nature des rapports entre les juges de l'ordre administratif, puisque chacun devient un potentiel entrepreneur avec la démocratisation du contrôle *concret* de conventionnalité des lois depuis l'arrêt *Gomez-Turri*[1560]. Comment alors se structure le marché ? N'y a-t-il plus un système *monopolistique* où le Conseil d'État était le seul artisan du Droit ou désormais se développe un système *oligopolistique* ? Cette question est essentielle, elle tourmente d'ailleurs la doctrine privatiste qui affirme l'émergence « *d'une nouvelle ère dans les rapports entre la Cour suprême et les juridictions inférieures* »[1561] depuis l'avènement du contrôle *concret* de proportionnalité (**§II**).

§I - L'insoluble paradoxe de la Sécurité juridique

308. « *La sécurité juridique n'implique pas la mise en œuvre mécanique de la loi* »[1562] disait un auteur. De tels enseignements ne seraient-ils pas transposables dans un contentieux où le précédent devient une donnée essentielle ? La question est pertinente puisqu'elle permet de questionner le contenu de l'exigence de sécurité juridique et la relation entre l'impératif de justice ainsi que l'exigence de prévisibilité juridique. S'ils sont souvent dépeints comme des produits chimiques incompatibles, nous remarquerons simplement que leur opposition n'est pas toujours aussi tranchée qu'il n'y paraît. Au contraire, la mutabilité qu'implique l'impératif de *justice* est tout aussi importante que la stabilité qu'induit l'exigence de prévisibilité pour la matière et les acteurs juridiques. L'une comme l'autre sont, en réalité, dans un rapport d'équilibrage et de production permanente afin de susciter une réaction chimique intéressante : *l'effectivité des droits fondamentaux par l'adaptation du modèle précédentiel*. Cela suscite certes une relativisation de la prévisibilité de solution, mais qui est intrinsèquement liée aux fondements du Droit et de l'action juridictionnelle (*A*). Tout cela est exalté par le contrôle *concret* de proportionnalité. C'est ce qui explique que parfois, selon les cas, nous pouvons observer l'évolution de solutions juridiques qui, d'ailleurs, sont considérées comme nécessaires. Si cela est connu depuis longtemps dans le contentieux européen, nous voyons quelques manifestations de ces enseignements dans le contentieux administratif depuis l'arrêt *Gomez-Turri* (*B*).

A) L'évidente connivence entre la justice et la prévisibilité juridique

309. Le désir de flexibilité. – « *L'avantage d'une loi claire est qu'elle offre de la sécurité* », mais « *son désavantage est que si elle est trop (...) catégorique (...) elle offre trop de sécurité et aucune flexibilité* »[1563]. Encore, « *l'invocation de la sécurité juridique en tant que principe général (...), ne peut cependant pas revêtir une portée absolue sans aboutir à conférer au système une rigidité contraire à son bon fonctionnement* »[1564]. Ces quelques mots nous montrent ce que nous avons déjà pu noter auparavant : le caractère insécuritaire et injuste d'une norme trop rigide et d'un contrôle qui tente de perpétuer cette sensation. La flexibilité et la souplesse du Droit sont des nécessités de notre temps comme nous l'affirme H. Fulchiron[1565], mais aussi les juges européens[1566] – même si pour certains cela peut être interrogé sur les moyens de le rendre plus flexible[1567]. C'est ce que tente de produire le contrôle *concret* de conventionnalité développé par le juge administratif. En effet, il permet de faire la balance entre différents intérêts en présence dans un cas particulier et à partir d'une situation singulière. Il permet au besoin de faire exception à la généralité de la règle dans un cas et de développer de nouveaux pans du droit des libertés. Comme nous

[1560] B. Haftel, « Autorisation d'une insémination post-mortem, une décision de circonstance ? », *op. cit.*, p. 2392.
[1561] F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit*., p. 515.
[1562] M. Guyomar, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », *op. cit*., p. 31.
[1563] M.-B. Dembour, « Who Believes in Human Rights ? Reflections on the European Convention », *Cambridge University Press*, 2006, p. 93 cité et traduit par les Juges Türmen, Tsatsa-Nikolovska, Spielmann et Ziemele, in Opinion commune dans l'affaire *Evans c. Royaume-Uni*, *op. cit.,* p. 34, § 6.
[1564] Citation du professeur Boulois par P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.,* p. 539.
[1565] H. Fulchiron, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit (…) », *op. cit*., p. 1376 : « *il s'agit de confier au juge une mission infiniment plus complexe, celle d'apprécier in casu le juste équilibre à réaliser entre l'impérativité d'une règle générale et obligatoire et les droits et intérêts particuliers des personnes auxquelles s'applique cette règle. Plus que de flexibilité, on pourrait parler de "souplesse" du droit, non dans sa source (…) mais sa mise en oeuvre : une souplesse qui n'est plus appelée seulement par un souci d'équité, mais par la nécessité de respecter les droits et libertés garantis à l'individu* ».
[1566] CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, n° 6538/74, § 49 : « *En second lieu, on ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue : l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre, la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation* » (souligné par nous) ; F. Pollaud-Dulian, « À propos de la sécurité juridique », *RTDC,* 2001, pp. 487-504, spéc. pp. 488 et 491 : pour l'auteur, la sécurité juridique est « *l'un des intérêts et objectifs sociologiques légitimes que le législateur doit avoir en tête, (...) mais qu'il peut écarter parce que d'autres intérêts sont, dans tel ou tel cas, plus importants* », mais ce principe doit être contrebalancée avec l'impératif de la « *flexibilité juridique* ».
[1567] *Voy.* C. Lassalas, « Insémination post mortem : si le droit devenait compréhensible ? », *op. cit.,* pp. 7-14.

avons pu le dire dans nos analyses sur la dimension *méthodologique* de ce contrôle, une certaine *flexibilité* se dégage de ce contrôle – inhérente à la proportionnalité et aux droits fondamentaux[1568] – et démontre ainsi que le jugement s'adapte à son temps. Il est d'ailleurs notable que le Droit entretient un rapport complexe avec le temps, jonché de disputes et de réconciliations[1569]. Dans une société qui s'accélère, qui fait évoluer sans cesse les standards, les modes de vie et les fondements idéologiques[1570], la fonction stabilisatrice du Droit prend une dimension toute particulière, mais elle est aussi contrebalancée par des prétentions relatives à l'adaptation permanente aux idées de l'époque. Comme le disait un auteur, « *le XIXème siècle fut statique, le XXème siècle sera dynamique* »[1571]. En effet, le Droit est autant « *ars stabilis et securi* », comme le disait François Ost[1572], que « *ars boni et aequi* ». « *La stabilité n'est pas le statisme* » comme s'exclamait un observateur[1573]. Les textes relatifs aux droits fondamentaux et leurs principaux interprètes ont bien pris le parti de l'« *ouverture au temps* »[1574], sans renoncer pour autant à une certaine stabilité. « *Le renoncement à "l'éternité" ne saurait conduire à "l'instantanéité aléatoire"* »[1575]. L'objectif est de trouver un entre-deux, et non plus d'opposer indéfiniment et catégoriquement ces éléments. Cette stricte opposition n'aurait, au final, pour résultat que de crisper les acteurs du monde juridique. La mutabilité des solutions est aussi fondamentale dans la fonction juridictionnelle et le Droit que la stabilité et la prévisibilité de l'application des règles. Ces éléments nouent même des liens complexes entre eux, marqués par la prudence et la mesure.

310. Les vertus de l'audace du juge. – De nombreux auteurs nous ont déjà renseignés sur la question[1576]. Ils soulignent les vertus des revirements jurisprudentiels et de l'audace juridictionnelle. Comme nous le disait Kar Llewellyn[1577], le quiétisme du juge est exceptionnellement contrasté par quelques juges de « *Grand Style* ». Ces derniers sont justement ceux qui se rappellent de leur vocation de rendre la justice et qui osent défier le sentiment de sécurité qui anime la masse. Les grands juges sont donc ceux qui font attention à la situation individuelle de l'individu, ceux que nous pourrions qualifier de rénovateurs de la moralité d'une époque[1578] dans la mesure où ils forcent les opinions largement admises de se remuer de leur inertie et les conduisent vers une aventure où le risque et la liberté se mêlent. Ils sont doués d'un sens aigu de la richesse et de la mutabilité de la chose humaine, et ils essaient toujours de s'adapter à la situation de vie. Comme le disait un auteur : « *le dépassement du droit acquis s'enracine dans l'exigence de la transcendance de la justice* »[1579]. La justesse des solutions est fondamentale dans l'activité juridictionnelle. Néanmoins, comme il le note, le dépassement du droit acquis n'étant pas une néantisation totale de celui-ci, la réalisation historique de la justice doit se représenter essentiellement comme processus de transition du droit acquis[1580]. Nous voyons déjà que l'opposition n'est pas forcément aussi tranchée qu'il n'y paraît, c'est-à-dire que l'un et l'autre peuvent s'entendre. Ils ne sont pas dans une relation destructrice qui empêche toute interaction, mais plutôt dans une relation constructive.

311. L'irréalisable et l'insupportable prévisibilité absolue de la solution : une marque du Droit. – Admettons simplement que l'exigence de prévisibilité juridique, prise en elle-même et comme partie prépondérante de l'exigence de sécurité juridique[1581], ne saurait être ce frein qui empêche toute évolution et le sentiment de justice. Le fait de pouvoir déterminer d'avance l'issue d'un litige parce que la norme est

[1568] *Voy.* M.-H. Vieu-Planchon, *Le principe de proportionnalité devant la Cour de justice et le Tribunal de première instance des communautés européennes*, thèse de Droit, Université de la Réunion, 2000, pp. 119-170.
[1569] J.-L. Bergel, « Le temps et le droit. Conférence inaugurale », in P.-A. Côté et J. Frémont (dir.), *Le temps et le droit*, éd. Y. Blais, Cowansville, 1996, spéc. pp. 2 et 12 : il étude la stabilisation des attentes.
[1570] H. Rosa, *Aliénation et accélération : Vers une théorie critique de la modernité tardive*, *op. cit*., pp. 31-32 :« *l'accélération sociale est définie par une augmentation de la vitesse de déclin de la fiabilité des expériences et des attentes et par la compression des durées définies comme le "présent"* » et « *dans la modernité tardive, il y a une tendance croissante des cycles de vie familiaux à durer moins longtemps que la vie d'un individu : l'augmentation du taux des divorces et des remariages en est la preuve la plus évidente* ».
[1571] M. Boudot, *Le dogme de la solution unique*, *op. cit*., p. 139.
[1572] F. Ost, *Le temps du droit*, *op. cit*., p. 196.
[1573] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention (...)*, *op. cit.*, p. 291.
[1574] L.-E. Pettiti, « Avant-propos », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'Homme de l'Université de Montpellier I, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 10.
[1575] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention (...)*, *op. cit.*, p. 291.
[1576] *Voy.* J. Jiang, *Essai sur la notion de situation juridique et son extension en droit administratif*, *op. cit.,* pp. 284 et s.
[1577] K. N. Llewellyn, *The Common Law Tradition-Deciding Appeals,* Little, Brown and Company, Boston, 1960, p. 37 et pp. 62 et s. : « *For let me repeat : "style" refers in this connection not to literary quality or tone, but to the manner of doing the job, to the way of craftsmanship in office, to a functioning harmonization of vision with tradition, of continuity with growth, of machinery with purpose, of measure with need* ».
[1578] H. Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion*, 1932, Chapitre III, disponible en ligne.
[1579] J. Jiang, *Essai sur la notion de situation juridique et son extension en droit administratif*, *op. cit.,* p. 292.
[1580] *Ibid*., p. 294.
[1581] P. Coppens, « La sécurité juridique comme expression de la normativité », in L. Boy, J.-B. Racine et F. Siiriainen (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, Paris, 2007, p. 153 : la prévisibilité du droit est le « *principe cardinal* » de la sécurité juridique ; M. Boudot, *Le dogme de la solution unique*, *op. cit*., p. 178 : « *la solution sûre sera la solution prévue. Et, pour être prévue, encore fallait-il qu'elle fût prévisible. Et rétrospectivement, la solution prévisible sera-t-elle la solution qui aura été prévue ? Cette alliance entre la sécurité et la prévisibilité implique de la part du juriste une activité prédictive* ».

prévisible, apparaît certes comme une caractéristique essentielle d'une décision, mais elle n'est pas suffisante à éviter la cacophonie juridique, pas plus qu'adopter une solution équitable. « *Nul n'a de droit acquis au maintien d'une jurisprudence, et il ne faudrait pas que l'effet précédentiel stérilise les évolutions nécessaires. Les interprétations évolutives et les revirements de jurisprudence font partie intégrante de la jurisdictio. Encore faut-il, pour ne pas décevoir les "attentes légitimes" des justiciables, que ces revirements ne soient pas intempestifs* »[1582]. Comme nous le disait aussi P. Ricoeur, la signification d'un texte juridique est toujours saisie à travers la tradition jurisprudentielle qui constitue une communauté d'interprétation. D'une part, un texte s'insère toujours dans une tradition jurisprudentielle qui en assure la compréhension. D'autre part, la jurisprudence vise à « *maintenir un espace ouvert de variations* »[1583]. Le champ des significations n'est jamais totalement fermé, bien au contraire, la jurisprudence peut découvrir, à l'égard de cas insolites, des significations nouvelles. De toute façon, il est certain que la prévisibilité *substantielle* ne peut être garantie de manière absolue parce que l'énonciation d'une norme dans une solution est toujours fonction de médiums imparfaits, notamment le langage, car « *le mot n'est (...) qu'un véhicule imparfait de la pensée, il la transcende et la dépasse sans pour autant la traduire toute entière* »[1584], mais aussi l'être humain[1585]. Ensuite, aucune affaire n'est totalement identique à une autre. Ainsi, cette exigence va pouvoir rentrer en concurrence avec d'autres principes dans les circonstances particulières d'une espèce. La première pourra être relativisée dans des cas spécifiques sur l'autel de la *justice*. Cette relativité est inévitable – elle est propre à l'activité juridictionnelle[1586] –, mais surtout nécessaire dans le cadre de notre contrôle qui tend à éviter les applications rigoureuses et inadaptées. Effectivement, le juge doit rendre une décision en conformité avec la norme de justice. Dans la mesure où cette dernière est incarnée, au-delà de la disposition formelle, dans la *normalité* qui reflète la réalité des valeurs en perpétuel changement, il s'ensuit que le juge est tenu, sous peine de rendre une décision inique, de garantir l'évolution de son droit prétorien, et conduit à une relative instabilité. Autrement dit, l'imprévisibilité normative et l'instabilité qui en découlent constituent, dans certaines circonstances où l'évolution de la *normalité* doit être entérinée, des rançons en vue de la consécration de l'exigence suprême de tous les juges, qu'est l'impératif de justice sous réserve qu'elle soit justifiée[1587]. La prévisibilité d'une solution est toujours relative dans son ampleur, dans la mesure où la juridiction doit constamment tenir compte du besoin de rendre une norme effective. Là est un point capital !

312. La connivence entre l'impératif de justice et l'exigence de prévisibilité en Droit. – Dès lors, il peut être noté quelque chose de singulier : cette exigence de prévisibilité tisse des liens inextricables avec la *justice*, puisque cette dernière participe, autant que la prévisibilité, à assurer un élément central dans la matière juridique : l'effectivité de la norme. Assurément, comme nous le dit un auteur, avec ses propres mots, « *l'effectivité de la norme ne se nourrit pas moins, in fine, de la flexibilité de l'outil proportionnaliste que de la sécurité juridique* »[1588]. Ce même objectif fait que l'opposition ne peut être aussi stricte, c'est-à-dire que l'évolution conduit à la mort de la cohérence et de la stabilité du Droit. Au contraire, ils sont dans un rapport de coopération productive. En effet, la flexibilité des solutions juridictionnelles ne peut porter une atteinte excessive aux modèles jurisprudentiels déjà élaborés sous peine de nuire à la stabilité et donc l'effectivité des droits fondamentaux qui la fonde. Ils s'articulent de façon complexe afin de servir une même cause si cela apparaît comme nécessaire et sous réserve d'une argumentation très bien ficelée. Également, comme nous le montrent les analyses développées par J.-C. K. Dupont et J. Strangas, la casuistique, si elle précise le contenu de la norme à l'occasion d'une espèce particulière, elle pose aussi comme condition à la solution raisonnable de cette dernière son inscription dans une continuité tant avec les cas précédents que ceux à venir. Il doit toujours y avoir une sorte de synthèse qui se caractérise comme la liaison entre une connaissance de l'état antérieur du droit et une anticipation de son évolution souhaitable dans la perspective du but à atteindre. Ce lien est fondamental en Droit, pourtant il a été souvent négligé par la plupart des commentateurs. Cela pour une raison simple, la force des idées qui fondent la matière

[1582] F. Ost, « De l'obéissance à la collaboration : une nouvelle déontologie des juges ? », *Éthique publique* [En ligne], vol. 3, n° 2 | 2001, mis en ligne le 15 mai 2016.
[1583] P. Ricoeur, *Lectures 2*, *op. cit*., p. 490.
[1584] N.-J. Mazen, *L'insécurité inhérente au système juridique*, *op. cit*., p. 179.
[1585] J. Jiang, *Essai sur la notion de situation juridique et son extension en droit administratif*, *op. cit*., pp. 281-284.
[1586] *Voy*. E. Lambert, « La fonction dynamique de la jurisprudence et l'interprétation sociologique du droit », *Rev. gén. du droit*, 1904, pp .166 s. et pp. 451 s..
[1587] CEDH, 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, n° 10843/84, § 35 : « *la Cour ne se trouve pas liée par ses décisions antérieures ; l'article 51 par. 1 de son règlement le confirme d'ailleurs. Elle a toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence relative à la Convention. Cela ne l'empêcherait pourtant pas de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissaient le demander. Un tel revirement pourrait, par exemple, se justifier s'il servait à garantir que l'interprétation de la Convention cadre avec l'évolution de la société et demeure conforme aux conditions actuelles* » (souligné par nous).
[1588] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention (...)*, *op. cit.*, p. 18.

juridique sur une prévisibilité totale et implacable. Et sous diverses formes, s'est dessiné au cours du XIX[e] un mouvement positiviste, structuré autour de l'unité minimale conceptuelle posant « *la volonté d'exclure le juste de la notion de droit* »[1589].

313. Une connivence exprimée par l'exigence de sécurité juridique. – Plus encore, il semblerait que l'exigence sécurité juridique soit fondamentalement liée à cet impératif de flexibilité/de justice puisqu'elle constitue un élément au service de la sécurisation des individus. Assurément, la sécurité juridique est cette exigence qui reflète le mieux l'ontologie du droit, si elle est difficile à appréhendée, une chose est sûre le mot même de « sécurité » tend à nous révéler des choses. Il est ambivalent et témoigne de cette dualité des fonctions du Droit. Comme nous le montre le Littré en ligne, « *la sécurité se prend aussi pour indiquer non pas la tranquillité d'un seul homme, mais celle d'un peuple, d'une association, d'une corporation entière* ». Sa racine latine *securitas* – qui veut dire « *exemption de soucis ; tranquillité d'esprit* »[1590] – conduit à l'idée de paix et de soulagement. Mais ce qui est particulièrement intéressant dans ces définitions, c'est la fluctuation du champ d'application de la sécurité. Elle a une dimension collective et individuelle, objective et subjective[1591] – donc la *prévisibilité* et la *justice* – qui implique une tension devant conduire à un juste milieu. Selon les circonstances, la facette subjective prend le pas quand l'insécurité est trop grande par rapport aux attentes de la collectivité. Contrairement aux affirmations les plus classiques, l'impératif de justice est tout autant essentiel dans l'exigence de sécurité que celui de la prévisibilité. Le sentiment de sécurité passe par la relativité de l'exigence de prévisibilité juridique, ce qui serait intrinsèquement lié à la matière juridique. Comme le résume fort bien un auteur : « *la jurisprudence est source de sécurité lorsqu'elle vient préciser une règle de droit, permettant aux individus de faire des prévisions plus précises et donc plus sûres, car la règle n'est plus sujette à différentes interprétations. Quant au "revirement", il intervient afin de conférer un caractère plus juste à la règle de droit. Or, un droit juste est un droit source de sécurité juridique* »[1592].

314. Une connivence illustrée dans la doctrine et le discours des juges. – Malgré l'opposition commune, laquelle remonte au moins jusqu'à Ihering[1593], qui distinguait entre la « *réalisabilité formelle* » du Droit – c'est-à-dire la « *facilité et sécurité de l'application du droit abstrait aux espèces concrètes, la façon dont la règle abstraite se transforme en droit concret dans chaque cas particulier* » – de sa « *réalisabilité matérielle* » – qui correspond à « *l'utilité ou l'opportunité avec laquelle les dispositions du droit satisfont aux exigences d'une époque reflètent le caractère du peuple et les conditions de sa vie* » ; une prise de conscience de cette connivence est faite par une partie de la doctrine en lien avec le discours juridictionnel qui prône de plus en plus la flexibilité – puisqu'il est largement surdéterminé par la fondamentalité. L'extrême opposition que présentait H. Batiffol entre la justice et la prévisibilité juridique n'est plus qu'un doux rêve[1594]. La profusion de nouvelles définitions de celle-ci nous informe du caractère protéiforme de la sécurité juridique. Elle ne se résume plus qu'à sa première facette que sont la prévisibilité et la stabilité. Il nous suffit de mentionner la distinction entre sécurité juridique *formelle* et *matérielle*, que le Professeur García Manrique développe dans ses articles[1595]. Cette distinction est proche également de celle employée par M. Raimbault entre la « *sécurité juridique par le droit* » et la « *sécurité du droit* », soit entre la sécurité « *exogène* » au droit et celle qui lui est « *endogène* »[1596]. Il existe aussi, pour certains, une « *sécurité statique* » et une « *sécurité dynamique* »[1597]. Aujourd'hui, la sécurité juridique deviendrait de plus en plus proche de la figure de l'équité[1598]. Elle est reconsidérée dans un univers marqué par la prépondérance des droits fondamentaux. Une étude particulièrement intéressante sur la jurisprudence de la CJCE/CJUE en matière de libertés de circulation et la proportionnalité démontre bien cela. Après s'être attaché à l'analyse du discours doctrinal sur l'appréhension d'arrêts de la Cour de justice[1599] qui soulignent un paradoxe en ce qu'au nom de la sécurité juridique, le juge aurait créé une nouvelle source d'insécurité,

[1589] J.-C. Billier et A. Maryoli, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, Paris, 2005, p. 135.
[1590] F. Gaffiot, *Dictionnaire latin français*, *op. cit.,* p. 1412.
[1591] Pour un autre exemple : G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., p. 853 : « *état qui peut concerner une personne (...), un groupe (...), un bien* ».
[1592] M. Tascher, *Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation*, *op. cit.*, p. 230.
[1593] R. Von Ihering, *L'esprit du droit romain : dans les diverses phases de son développement*, 2[e] édition, 1880, tome 1, pp. 49-50 cité par J.-L. Capitolin, « Droit constitutionnel local. La clarté et la loyauté d'une consultation préalable à l'évolution institutionnelle au sein de la République », *RFDC*, 2005, n° 64, pp. 781-804, spéc. p. 786.
[1594] H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, Paris, 1979, p. 394.
[1595] R. Garcia Manrique, « Acerca del valor moral de la seguridad juridical », *Doxa*, vol. 26, 2003, pp. 477- 515, spéc. pp. 482 et s.
[1596] P. Raimbault, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 2009, pp. 9-10.
[1597] M. Boudot, *Le dogme de la solution unique*, *op. cit*., p. 140.
[1598] J. Boulouis, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration : liber amicorum P. Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, pp. 53 et s., spéc. p. 57.
[1599] F. Pollaud-Dulian, « À propos de la sécurité juridique », *op. cit.*, p. 504 ; J. Boulouis, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », *op. cit*., p. 55.

en octroyant un pouvoir excessif au juge ; l'auteur affirme que « *le paradoxe n'est qu'apparent* »[1600]. Il n'y a point de contradiction dans la mesure où il existe actuellement, une révolution paradigmatique qui est manifestée, surtout sur le terrain du droit de l'Union européenne. Plus précisément, à un basculement de la notion de sécurité juridique, c'est-à-dire d'une « *conception formelle* », à laquelle ces auteurs sont attachés, où la sécurité juridique s'oppose à la flexibilité ou à la recherche de la solution juste concrètement au cas par cas, nous basculons vers une « *conception matérielle* »[1601], où la sécurité s'oppose au respect scrupuleux de la légalité et à l'interprétation excessivement littérale des règles. L'exigence de sécurité juridique ne conduit pas à nier les considérations relatives à la *justice*, au contraire, elle les intègre en ce qu'elles sont fondamentalement liées à la sécurité juridique.

315. D'ailleurs, la CEDH ne nous contredira pas sur ce point-là. Effectivement, elle « *observe que les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas un droit acquis à une jurisprudence constante (…). La Cour rappelle à cet égard qu'une évolution de la jurisprudence n'est pas en soi contraire à une bonne administration de la justice, dès lors que l'absence d'une approche dynamique et évolutive empêcherait tout changement ou amélioration* »[1602]. Toutefois, la CEDH précise que, lorsqu'existe une jurisprudence bien établie sur la question en jeu, la juridiction a l'obligation de donner des raisons substantielles pour expliquer son revirement de jurisprudence, sauf à violer les droits du justiciable d'obtenir une décision suffisamment motivée. Dès lors, il apparaît que la prévisibilité et la justice qui ne sont que les deux faces d'une même pièce. Plus encore, la Cour de cassation rejoindra la position tenue par ces juridictions. Elle a considéré qu'il convenait « *de ne pas assimiler tout revirement jurisprudentiel à une insécurité juridique préjudiciable à l'intérêt général, sauf à priver la jurisprudence de tout pouvoir d'évolution et d'adaptation de la règle aux exigences, précisément, de cet intérêt général* »[1603]. Ainsi, la Cour de cassation a plusieurs fois estimé que « *l'application par les juges du fond d'une interprétation jurisprudentielle fut-elle postérieure à l'introduction de l'instance ne saurait constituer une violation de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme* »[1604]. « *La sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable prévu par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence immuable, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit* »[1605]. Il est certain que l'exigence de sécurité juridique induit un binôme *prévisibilité-adaptation*. D. Danet nous fait d'ailleurs observer que « *même lorsqu'il consiste dans un simple maintien en l'état, l'ordre spontané est bien le produit de l'action continue des hommes, de leur effort incessant d'adaptation et non de la passivité ou de la perpétuation de situations acquises* »[1606]. Une stricte corrélation est établie entre ces éléments. En somme, l'ordre est intimement lié à l'effort d'adaptation et au mouvement des idées.

316. En fin de compte, il ne faut point être choqué de voir de temps en temps l'évolution de certaines positions jurisprudentielles. C'est un moment important dans le Droit. Elle est même sûrement l'une de ses plus grandes manifestations. La mutabilité d'une solution à partir d'une espèce est un élément au service de la sécurité des parties au procès. Elle participe à renforcer sa cohérence, sa logique et le sentiment de *confiance* que le Droit a pour objectif de préserver. Il est certain que la prévisibilité des solutions est une condition fondamentale pour qu'une décision soit considérée comme légitime. Et, la plupart du temps, le juge va la garantir, lui fera droit. Il n'en demeure pas moins vrai qu'elle ne représente qu'un moyen parmi d'autres pour aboutir à la fin de l'activité juridictionnelle : rendre une solution conforme à une norme juste. La prévisibilité juridique et la justice ont cela de spécifique que ce sont des termes dépendants, mais non interdépendants. En d'autres termes, l'un va avec l'autre, mais l'un peut parfois aller sans l'autre. Si la prévisibilité est une vertu hautement souhaitable, elle ne l'est pas suprêmement. Désormais, ces questions trouvent une nouvelle acuité avec le contrôle développé par le juge administratif, en ce qu'il vient stimuler profondément les interprétations évolutives. Il participe ainsi à préserver les individus en assurant la transposition de leur spécificité dans les modèles précédentiels déjà élaborés. Il s'agit d'une sorte de réaction homéostatique du juge à la réalité qui l'entoure, en ce qu'elle vient modifier un point qui avait été déjà débattu et fixé par les juges. C'est un évènement qui est déjà largement observé dans la jurisprudence

[1600] A. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 286.
[1601] *Ibid.*
[1602] CEDH, 30 août 2011, *Boumaraf c. France*, n° 32820/08.
[1603] Cass. soc., 4 juillet 2000, *Droit social*, 2000, p. 1015, obs. J.-P. Lhenard.
[1604] Cass. soc., 28 janvier 2004, pourvois n° 02-40.173 et 02-40.174.
[1605] Cass, civ. 1ère, 21 mars 2000, n° 98-11.982, Bull. civ. I, n° 97, p. 65.
[1606] D. Danet, « Le droit économique doit-il être hayékien ? », *Revue internationale de Droit économique* 1995/3, p. 412.

de la CEDH, et qui vient produire ses effets sur le contentieux administratif, comme en atteste l'ordonnance du Tribunal administratif de Rennes en date du 11 octobre 2016.

B) L'éventuelle évolution des positions juridiques selon les cas

317. La force du contexte dans l'effort d'adaptation. – La jurisprudence « *ne peut rester figée dans l'immobilité mortifère* »[1607]. Comme nous l'avons dit, surtout dans le chapitre précédent, les mutations sont inévitables. Même dans les systèmes de *Common Law*, le précédent n'est pas immuablement figé. Un auteur nous affirmait même que « *la jurisprudence, en tant que tradition juridique d'une communauté politique, prend corps au sein des mœurs diverses et pluralistes. Elle oppose sa propre cohérence à toute déviance sociale et rappelle au législateur la fidélité aux principes fondateurs, mais elle amende et corrige également ses positions au fur et à mesure de l'évolution des mœurs, dans une dialectique entre argumentation critique et conviction réfléchie* »[1608]. Il peut arriver que selon les cas, le balisage effectué par les juridictions se trouve être à réévaluer puisque les faits de la cause soulèvent des interrogations sur la pertinence de la norme jurisprudentielle et de son champ d'application. La compréhension et la cartographie du monde normatif sont des quêtes qui reviennent inlassablement devant le juge à l'occasion de chaque procès, puisque toutes les affaires comportent une irréductible singularité – nous l'avons vu, la méthode implique une vivification permanente des éléments du procès, cela ne veut pas dire que le changement de solution est automatique. Il en résultera parfois une évolution de la compréhension des critères qui fondent les modèles précédentiels. Il faut en être conscient. C'est un phénomène qui est largement étudié sur le terrain du droit européen, mais qui n'est pas totalement novateur en droit français[1609]. Des illustrations sur le terrain de la jurisprudence de la CEDH nous permettrons d'appréhender plus sérieusement cette observation. Nous prendrons un exemple relativement récent pour montrer la force du contexte qui est le nôtre, même si d'autres innovations peuvent être notées sur ce terrain[1610].

318. La juge européen et la jurisprudence relative aux malades étrangers. – Ainsi, il convient d'étudier la question des malades étrangers[1611] et un arrêt de grande chambre en date du 13 décembre 2016[1612] dans lequel la Cour a précisé « *le seuil de gravité* ». Autrement dit, les critères médicaux que doit remplir l'étranger, pour pouvoir être protégé, par ricochet, d'une mesure d'éloignement par l'article 3 de la CESDH. Le domaine du droit des étrangers a constitué en 2016 le terrain d'élection de l'interprétation dynamique de la Convention – du moins sur le terrain de l'article 3 –, c'est-à-dire celle utilisée « *aux fins de développement des droits* »[1613]. Cela pour des raisons évidentes que le lecteur aura clairement identifiées. Dans un contexte aussi trouble, la sauvegarde des droits fondamentaux devait franchir un nouveau cap afin de s'adapter aux nouveaux standards – largement façonné par les législations étatiques. Cette volonté de garantir l'effectivité du droit protégé à l'article 3 s'est manifestée dans deux arrêts particulièrement importants à l'occasion desquels la Grande chambre a entendu « clarifier » sa jurisprudence. Jusqu'à présent, elle n'avait considéré qu'une seule fois le renvoi d'un malade étranger comme susceptible de constituer un traitement inhumain au sens dudit article. Il s'agissait d'un individu atteint du sida, dont l'éloignement l'aurait exposé à un risque réel de mourir dans des circonstances particulièrement douloureuses[1614]. Mais en 2008, le juge européen a confirmé son interprétation restrictive concernant une ressortissante camerounaise également atteinte du VIH, en considérant que « *le fait qu'en cas d'expulsion de l'État contractant le requérant connaîtrait une dégradation importante de sa situation, et notamment une réduction significative de son espérance de vie, n'est pas en soi suffisant pour emporter violation de l'article 3* »[1615]. Si dans cette même affaire, la CEDH avait considéré qu'il pouvait « *exister d'autres cas très exceptionnels où les considérations humanitaires soient tout aussi impérieuses* »[1616], l'examen de la jurisprudence postérieure à cet arrêt n'a révélé aucun exemple dans ce sens[1617]. L'arrêt

[1607] J. Moneger, « La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : libres propos et images marines », *RTDC*, 2005, p. 324.
[1608] B. Mazabraud, *De la juridicité : Le droit à l'école de Ricoeur*, *op. cit*., p. 256.
[1609] *Voy*. M. Tascher, *Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation*, *op. cit*.
[1610] Nous avons des affaires récentes relatives à la GPA qui soulèvent des nouveautés et des nouveaux enjeux : CEDH 19 janvier 2017, *Laborie c. France*, n° 44024/13 et CEDH, 24 janvier 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12.
[1611] *Voy*. N. Klausser, « Malades étrangers : la CEDH se réconcilie (presque) avec elle-même et l'Humanité », *La Revue des droits de l'Homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 2 février 2017.
[1612] CEDH [GC], 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, n° 41738/10.
[1613] F. Sudre, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCPG*, 2001, p. 335.
[1614] CEDH, 2 mai 1997, *D. c. Royaume-Uni*, n° 30240/96, § 53.
[1615] CEDH, 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, n° 26565/05, § 42.
[1616] *Ibid*., § 43.
[1617] CEDH, 29 janvier 2013, *S.H.H c. Royaume-Uni*, n° 60367/10 ; CEDH, 27 février 2014, *Josef c. Belgique*, n° 70055/10.

Paposhvili a été l'occasion de revenir sur les éléments constitutifs des « *cas très exceptionnels* » susceptibles de constituer un traitement inhumain au sens dudit article en raison de la force de notre contexte et des circonstances dramatiques de la cause. En l'occurrence, M. Paposhvili était un ressortissant géorgien, arrivé irrégulièrement en Belgique avec son épouse et un enfant en 1998. Le couple eut deux autres enfants par la suite. L'intéressé fut condamné plusieurs fois en Belgique, notamment pour des faits de vol avec violence et de participation à une organisation criminelle. Lors de son séjour en prison, les médecins diagnostiquèrent diverses pathologies sévères, dont une leucémie qui évolua au point d'atteindre le stade le plus grave. Toutes ses tentatives d'obtenir une régularisation de séjour pour raisons exceptionnelles ou raisons médicales ayant échoué, il se vit délivrer en 2010 un ordre de quitter le territoire par l'Office des étrangers, motivé par le danger qu'il représentait en Belgique pour l'ordre public. Dès lors, il a soutenu, devant la CEDH, qu'en le renvoyant vers la Géorgie, les autorités belges l'exposeraient à des risques sérieux pour sa vie et son intégrité physique, contraires aux articles 2 et 3 de la CESDH, compte tenu de l'inexistence ou de l'inaccessibilité en Géorgie des traitements médicaux indispensables à son état de santé. Il allégua également que son renvoi porterait atteinte au droit au respect de sa vie familiale, au sens de l'article 8 de la Convention, en le forçant à vivre séparé de son épouse et de ses enfants, lesquels avaient obtenu le droit séjour illimité en Belgique.

319. Adoptant une approche très restrictive, qui est conforme à sa jurisprudence constante[1618] – qu'elle mentionne d'ailleurs –, la CEDH avait rejeté dans un premier temps son recours par un arrêt du 20 avril 2014. Le raisonnement était le suivant : l'article 3 de ladite Convention ne protège un étranger malade contre l'expulsion que dans « *des cas très exceptionnels* », lorsque les considérations humanitaires militant contre l'expulsion sont impérieuses. Tel ne serait pas le cas lorsqu'à la suite de son expulsion, l'étranger connaîtrait une dégradation importante de sa situation, et notamment une réduction significative de son espérance de vie. Selon la CEDH, l'état de santé de M. Paposhvili ne l'empêchait pas de voyager. S'il est vrai que le coût des médicaments en Géorgie était un obstacle à leur accessibilité pour les personnes démunies de ressources suffisantes, une chambre de la Cour estima toutefois qu'aucune circonstance exceptionnelle ne s'opposait à l'éloignement de M. Paposhvili, compte tenu qu'il avait bénéficié d'une prise en charge médicale des autorités belges pendant toute la durée de la procédure devant la Cour, et que la Géorgie était un État partie à la CESDH. Il demanda ensuite le renvoi de son affaire devant la Grande chambre, et c'est là que tout se joue.

320. Cet arrêt de Grande chambre a fait énormément de bruit en raison de l'élaboration de nouveaux « *cas très exceptionnels* » ; notion qui disposait depuis longtemps d'un contenu clair et répété au fil des arrêts. Ici, elle a élargi le risque de violation de l'article 3 en cas de « *réduction significative de l'espérance de vie* » ou de « *souffrances intenses* » dues au défaut de soins[1619]. La CEDH précise que « *ces cas correspondent à un seuil élevé pour l'application de l'article 3 de la Convention dans les affaires relatives à l'éloignement des étrangers gravement malades* »[1620]. C'est une évolution puisque l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* n'avait pas ouverte véritablement cette possibilité. Dans ce dernier, la Cour strasbourgeoise avait précisé que ses principes devaient s'appliquer à l'expulsion « *de toute personne atteinte d'une maladie physique ou mentale grave* »[1621]. Mais sa position ne permettait qu'aux personnes « *très gravement malades* » et paraissant « *proche de la mort* » d'être peut-être protégées contre l'éloignement[1622]. Cette position équivalait d'une part à exclure les étrangers atteints d'une maladie autre que le VIH de l'article 3, et d'autre part, à distinguer les étrangers séropositifs entre eux avant leur éloignement : c'est-à-dire les personnes vivant avec le VIH et qui sont sous traitement[1623], et les personnes étant au stade sida comme c'est le cas du requérant dans l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*. Les premiers étaient exclus de la protection, la détérioration de l'état de santé et l'engagement du pronostic vital à court ou moyen terme étant insuffisants. La CEDH a fait elle-même cette distinction dans l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*, en relevant que le taux de CD4 du requérant était inférieur à 10, ce qui équivaut en langage médical au stade « sida »[1624].

[1618] CEDH, 20 décembre 2011, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, n° 10486/10 ; CEDH, 27 février 2014, *S.J. c. Belgique*, n° 70055/10 ; CEDH [GC],, 19 mars 2015, *S.J. c. Belgique*, n° 70055/10.
[1619] CEDH, *Paposhvili c. Belgique*, *op. cit.*, § 183.
[1620] *Ibid*.
[1621] CEDH, *N. c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 45.
[1622] *Ibid.*, § 42.
[1623] CEDH, *N c. Royaume-Uni*, op. cit. ; CEDH, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique, op. cit.* ; CEDH, 15 février 2000, *SSC c. Suède*, n° 46553/99.
[1624] CEDH, *D. c. Royaume-Uni*, §§ 13-14.

321. L'arrêt *Paposhvili* a permis à la Cour de se départir de sa position originelle tout en gardant les mêmes critères[1625]. Elle a revu sa position de principe sur le renvoi de malades étrangers en faisant évoluer le champ d'application des balises normatives qui, dans leur sens premier, n'auraient jamais pu faire droit aux revendications du requérant, et cela pour donner une effectivité palpable aux dispositions conventionnelles[1626]. Elle vient garantir la justesse de sa solution malgré l'exigence de prévisibilité des solutions. La situation exceptionnelle du requérant – sa mort pendant le processus juridictionnel –, l'état du système médical georgien [1627] , la situation sanitaire mondiale, l'évolution des mentalités et des revendications – comme le démontrent les arrêts des juridictions nationales qui vont au-delà du standard européen[1628] – ont été autant d'éléments qui ont stimulé cette extension sans totalement détruire l'édifice précédentiel. Dorénavant, outre le cas de l'étranger en danger imminent de mort, pourrait relever d'un « *cas très exceptionnel* », l'étranger gravement malade qui, en cas d'éloignement, ferait face, dans le pays de destination, à un risque réel d'être exposé à un déclin rapide, grave et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou une réduction significative de son espérance de vie, ceci en raison de l'absence de traitements adéquats dans le pays de destination ou du défaut d'accès à ceux-ci. Dans tous les cas, l'intégration de ces situations dans le seuil de gravité pour qualifier un risque de traitement inhumain contribue également à la construction dans le corpus de la CESDH d'un droit à la protection de la santé dans le champ de l'article 3, droit habituellement appréhendé sous de l'article 8. « *Cette évolution jurisprudentielle, en plus d'ébaucher un droit à la protection de la santé des étrangers, permet également à la Cour de rendre plus cohérente son interprétation de l'article 3 de la CESDH* »[1629] note un auteur et démontre tout l'intérêt de ces évolutions. Là où, auparavant, l'ancienne position contribuait à un « *un mouvement de dévitalisation des droits de l'Homme* »[1630]. Le juge strasbourgeois permet d'adapter les modèles précédentiels aux impératifs de notre temps, qui sont révélés par des cas concrets, ce qui assure une précision, une effectivité, une efficacité des droits invoqués, malgré une atteinte *a priori* à l'exigence de prévisibilité des solutions.

322. Le juge administratif rennais et le précédent Gomez-Turri – De telles conclusions, nous pouvons en tirer également dans le contentieux français en matière d'insémination *post-mortem* à la suite de l'affaire *Gomez-Turri*. En effet, l'ordonnance du 11 octobre 2016 du Tribunal administratif de Rennes a suscité pléthore de réactions puisqu'il vient admettre quelque chose de singulier dans ce contentieux[1631] – d'autant que ce jugement est définitif puisque le CHU n'a pas interjeté appel. À titre liminaire, il convient d'affirmer que nous ne nous interrogerons pas sur l'opportunité de la solution rendue par cette juridiction. Nous limiterons notre propos à l'analyse de ses conséquences, de ses affinités avec l'arrêt du Conseil d'État et sur ce qu'il nous apprend sur le contrôle exercé par le juge administratif en la matière. Cette ordonnance est intéressante en ce sens qu'elle prend directement appui sur l'affaire *Gomez-Turri* – du moins, pour certains, il ne s'agit que d'un « *apparent* » renvoi à la jurisprudence du Conseil d'État[1632] –, elle intègre également les critères posés dans celle-ci, mais obtient une conclusion tout à fait particulière : l'exportation des gamètes vers un autre pays en vue d'une insémination post-mortem d'un couple franco-français alors même que l'un des critères principaux de la précédente affaire était l'extranéité. Ces conclusions n'ont pas manqué de conduire à de vives critiques puisque pour certains la réponse était évidente, le juge rennais aurait dû rendre la solution inverse en lien avec des raisons géographiques, et non émotionnelles qui sont le haut lieu de l'arbitraire[1633]. Certains s'interrogent sur cette "aberration" puisque « *les décisions commentées apportent à la même difficulté des solutions opposées… Pourtant les termes du débat ne sont pas si compliqués et la solution pouvait paraître assez prévisible* »[1634]. De plus, la différence de solution avec le jugement du Tribunal administratif de Toulouse, très proche temporellement parlant, suscite des

[1625] CEDH, *Paposhvili c. Belgique*, *op. cit*., §§ 176-181.
[1626] *Ibid*., § 182.
[1627] *Ibid*., §§ 123 et 197.
[1628] Tout cela est minutieuse étudié par des auteurs : C. Husson-Rochcongar et M. Afroukh, « Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme – Second Semestre 2016 », *RDLF* 2017, chron. n°13, disponible en ligne.
[1629] N. Klausser, « Malades étrangers : la CEDH se réconcilie (presque) avec elle-même et l'Humanité », *op. cit*., p. 5.
[1630] J.-P. Marguénaud, « La trahison des étrangers sidéens », *RTDC*, 2008, p. 644.
[1631] *Voy*. G. Dupont, « Insémination post mortem : une Française obtient la possibilité d'utiliser le sperme de son mari décédé », *Le Monde* du 12 octobre 2016, disponible en ligne : « *Est-ce une première ? Oui et non (répondra maître David Simhon)* »
[1632] B. Haftel, « Autorisation d'une insémination post-mortem, une décision de circonstance ? », *op. cit*., p. 2392 : « *la décision est en apparence fondées sur la jurisprudence du Conseil d'État, mais ici, le tribunal administratif de Rennes a en quelque sorte raccourci, compressé, le raisonnement pour ne retenir que la possibilité d'écarter la loi en raison de circonstances exceptionnelles. Le détour par la Convention européenne est, tout au plus, cosmétique* ».
[1633] *Ibid*. ; J. Hauser, « Procréation médicalement assistée (…) », *op. cit.,* p. 114.
[1634] T. Garé, « Controverse sur la restitution des gamètes en vue d'une insémination post-mortem : des ambiguïtés du principe de proportionnalité ? », *op. cit.*, p. 43.

interrogations. Un auteur a bien compris, ces différentes solutions « *révèlent les difficultés d'application augurées par l'arrêt de principe du Conseil d'État du 31 mai 2016* »[1635].

323. Effectivement, les critères qui ont permis de trancher l'affaire *Gomez-Turri* ne permettent pas de trancher efficacement le litige soumis au juge des référés du Tribunal administratif de Rennes. La question même du contenu de « *l'intention frauduleuse* » est complexe et pourrait faire l'objet d'une nouvelle recherche. *Per se*, ce critère peut renvoyer à énormément de choses, il n'est pas lié de manière naturelle à des considérations géographiques. Il ne s'agit juste que de la lecture qu'en fait le Conseil d'État dans le cas *Gomez-Turri*, qui a d'ailleurs permis de le révéler. Là est toute la complexité qui pousse le juge rennais à étendre son champ d'application et à faire du critère de l'avancement du projet et du double décès un indice aussi important que l'extranéité – comme l'a fait la CEDH, il vient assouplir sa position, préciser le contenu de certains critères qui va au-delà de ce qu'il avait pu juger tout en gardant la pertinence de ce modèle ; il l'adapte juste. Voilà ce que nous pouvons lire de cette ordonnance, il est vrai qu'elle recèle une part de mystère puisque le juge n'explique pas d'une façon claire et précise son raisonnement et le contenu des critères qu'il expose dans son considérant n°11. En tout cas, plusieurs éléments ressortent de la balance du juge – au-delà du critère « *projet parental commun* » qui est bien déterminé par la concrétisation de celui-ci avec le début de la gestation et par toutes les démarches qui avaient été amorcées[1636] : un projet conjugal commun clairement exprimé et réitéré, une décision affichée de devenir parents, une démarche préventive de Monsieur M. – : Le décès du mari pendant qu'elle était enceinte ; au cours du même mois, elle a perdu son enfant *in utero* à quelques jours du terme ; la proximité temporelle entre les deux décès ; et enfin le caractère avancé du projet parental par rapport à l'affaire *Gomez-Turri*[1637]. Nous interprétons cette ordonnance comme déduisant « *l'absence d'intention frauduleuse* » de l'avancement du projet parental. En effet, c'est un élément qui milite pour la volonté d'utiliser de manière totalement conforme à son esprit, le dispositif législatif. Mais la mort prématurée de l'enfant est venue bouleverser ce projet qui était bien ancré. Après avoir fait toutes les démarches nécessaires et avoir fait tout ce qui était possible en France et conformément aux principes qui irriguent sa législation en matière de procréation médicalement assistée, la requérante n'avait d'autre choix que de demander une telle exportation à la suite de circonstances dramatiques pour réaliser ce qui était un « *projet parental commun* ».

324. Finalement, selon le Tribunal, affirmer l'existence de circonstances particulières qu'en lien avec des considérations de nationalité ou de lieu de résidence aurait été trop rude. Ces données ne permettent pas de rendre compte suffisamment de la réalité de l'intention frauduleuse de la requérante. Ne se cantonner qu'à celui-ci aurait conduit à ne pas enjoindre le CHU de transférer des gamètes puisque la requérante ne présente aucun lien tangible avec un pays européen. Pourtant, prise sous un autre angle, l'étude de l'existence d'une intention frauduleuse de contourner les interdits législatifs français aboutit à une autre conclusion. Le modèle précédentiel développé par le Conseil d'État n'était pas totalement opératoire puisqu'il néglige des circonstances que ne soulevait pas l'affaire *Gomez-Turri* ni l'affaire toulousaine dans laquelle, d'ailleurs, la requérante manifestait une volonté de braver les interdits français. Ce qui n'est pas le cas dans l'affaire rennaise après toutes les mesures et l'évolution qu'elle a connue. Sans la mort *in utero* de l'enfant, il est certain que la requérante n'aurait jamais tenté de recourir à une insémination *post-mortem* à l'étranger. Cela ne faisait même pas partie de leur projet puisque l'époux n'a pas donné son consentement à un transfert ni à une insémination *post-mortem* tant le projet parental était avancé et conforme aux principes français – contrairement aux autres espèces. Le rapprochement des décisions invite à penser que c'est finalement le décès de l'enfant dont la veuve était enceinte qui a constitué, dans l'affaire rennaise, une circonstance particulière suffisant à justifier le recours à une insémination.

325. La présente conclusion est tout à fait tenable ! Les commentateurs remarquent même que « *sur le principe, rien ne permet de considérer que cette seconde solution (celle de Rennes) devrait être écartée, le Conseil d'État n'ayant pas formellement lié l'existence de circonstances particulières à des considérations de nationalité ou de lieu de résidence* »[1638]. Il était certain que de nouvelles circonstances devaient émerger à la suite du précédent *Gomez-Turri* et devaient venir l'interroger. Dans des situations qui ont toujours en

[1635] J.-R. Binet, « Insémination post mortem : d'une injustice à l'autre », *op. cit.*, p. 63.
[1636] TA de Rennes, 11 octobre 2016, *Mme A...I..., veuve H...,* n° 1604451, cons. 7, 9 et 11.
[1637] *Ibid.*, cons. 7, 10 et 11.
[1638] J.-R. Binet, « Insémination post mortem : d'une injustice à l'autre », *op. cit.*, p. 65.

commun le drame du décès d'un conjoint et le deuil d'un projet parental, pourrions-nous longtemps circonscrire les circonstances particulières rendant admissible l'insémination *post-mortem* à l'existence d'un lien du couple avec le pays d'exportation des gamètes ou à un malheur supplémentaire frappant la veuve ? Il n'est pas sûr que tout cela puisse être justifié, d'autant plus que nous n'avons pas forcément encore assez de repères sur la puissance du nouveau droit de devenir parents au sens de l'article 8 de la CESDH. Puis, l'examen d'une ingérence par un État dans l'exercice d'un droit tel que celui de l'article ne saurait être limité à un contexte international. Le serait-il d'ailleurs qu'il pourrait en résulter une discrimination selon la nationalité des couples. Faut-il vraiment être espagnol pour bénéficier d'une remise et d'une exportation de gamètes vers l'Espagne en l'état actuel du droit européen ? *Quid*, par exemple, de la veuve française qui serait enceinte d'un enfant mort avant l'accouchement et demanderait, sur le fondement d'une atteinte excessive à son droit tiré de l'article 8 de la convention précitée, à un CECOS de lui remettre les gamètes de son mari défunt en vue d'une insémination *post mortem* en France ? L'ordre public fondant l'interdit de la loi française suffirait-il à évincer sa demande fondée sur la convention précitée quand cet ordre public ne semble pas jugé suffisant pour écarter, en vertu de circonstances particulières, une demande de remise et d'exportation de gamètes vers un pays européen doté d'une législation plus favorable ? D'autres circonstances particulières pourront en outre se faire jour au gré des affaires, mais une telle affaire condense à elle seule d'innombrables considérations qui seront susceptibles de préciser encore plus un modèle précédentiel grâce à des contrées qu'il n'avait pas encore fréquentées. Cela conduit, *in fine*, à des interrogations : sur la pertinence du dispositif législatif – puisqu'avec cette affaire nous touchons réellement le fond de la question des intentions du législateur qui semblait vouloir véritablement réprimer ce genre de cas plus que celui exacerbé dans l'affaire *Gomez-Turri*[1639] –, sur les critères qui encore susceptibles de venir contrecarrer encore un peu plus l'interdit législatif, sur la vision de la CEDH de ce problème, etc[1640].

326. Une évolution qui en dit long. – Il est vrai que l'intervention du Conseil d'État sur cette question aurait permis de nous éclairer sur l'application et l'évolution du modèle précédentiel, puisqu'il est certainement le mieux placé pour en apprécier le sens ainsi que l'esprit qui l'anime. Dans tous les cas, nous voyons que l'exigence de prévisibilité a ici été relativisée, ce qui explique la frustration de nombreux auteurs. Mais cette ordonnance témoigne aussi de la nécessité d'une juste décision et qui permet, par ailleurs, de mieux délimiter le champ d'application des normes jurisprudentielles. L'évolution de ce dernier a été l'occasion d'expliciter encore un peu plus son contenu et son esprit. Ce qui est fondamental sur le terrain de l'exigence de prévisibilité juridique. Cependant, ces dernières observations nous montrent quelque chose de singulier : l'apport des juges administratifs de première instance dans l'élaboration du modèle précédentiel et leur relation avec le juge suprême. Désormais, le contrôle *concret* de conventionnalité est venu réinterpréter les relations dans l'ordre administratif, chaque juge devient la clé de voûte de l'édifice puisque leurs décisions viennent préciser, concrétiser et adapter les normes jurisprudentielles. Ils disposent de nombreuses armes qui font d'eux des artisans quotidiens de l'œuvre précédentielle. C'est une question qui est souvent occultée des différents débats sur les conséquences de ce contrôle. Les commentateurs perçoivent, à juste titre, l'impact de ce contrôle sur les relations avec le juge constitutionnel[1641] et surtout le juge européen[1642]. Il installerait un dialogue particulièrement fécond qui ferait progresser la protection des droits fondamentaux et (re)nationaliserait un contentieux qui avait été trop laissé aux juges européens[1643]. Mais ce constat ne prend pas suffisamment en compte les relations entre les juridictions d'un même ordre qui pourtant vont être affectées sur le long terme avec un tel contrôle. Il convient de « *repenser le rôle du juge ordinaire* »[1644].

[1639] Cela est bien démontré par J.-R. Binet : *Ibid*.
[1640] G. Monziols, « Conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation et procréation post-mortem : (…) », *op. cit.,* pp. 40-43.
[1641] *Voy.* M. Guerrini, « L'utilisation du contrôle de conventionnalité par la Cour de cassation ou le paradoxe de l'acceptation », *op. cit.,* pp. 6-8.
[1642] *Voy.* G. Raimondi, « La relation de la Cour de Strasbourg avec les juges internes », *AJDA*, 2016, p. 2434.
[1643] J. Arlettaz, « Le Juge, le Citoyen et le Justiciable : Les droits et libertés dans un contexte démocratique », *RDLF*, 2017, chron. n°22, pp. 1-8, spéc. p. 5, disponible en ligne : « *Surtout, le contrôle de conventionnalité in concreto permet de sauver la loi dans un contexte de concurrence des contrôles tel que nous le connaissons avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. La Cour de cassation et le Conseil d'État ont ainsi la chance de convaincre Strasbourg, à travers leur contrôle et surtout leur argumentation, de la légitimité de la loi ; à défaut, le problème deviendrait structurel et c'est alors l'ensemble du dispositif législatif qui risquerait d'être remis en cause (…). Certes, la concrétisation du contrôle de la loi par les juges du fond peut s'analyser comme résultant d'un esprit concurrentiel entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Pour autant, cet enjeu semble moins fondamental que celui qui s'illustre dans une "concurrence" au sein même du contrôle de conventionnalité. En d'autres termes, le contrôle de proportionnalité de la loi procéderait plutôt d'une (re)nationalisation de la protection des droits et libertés en réponse au développement de la jurisprudence européenne* ».
[1644] J.-M. Sauvé, « Repenser le rôle du juge ordinaire. Les voies d'un pluralisme ordonné : de la circulation des droits à l'intégration des ordres juridiques », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, Paris, 2016, pp. 713-724.

§II - La mutation subséquente des relations dans l'ordre administratif

327. Là où la plupart des auteurs voient, à juste titre, l'émergence d'une nouvelle séparation des pouvoirs, le contrôle développé dans l'arrêt *Gomez-Turri* est également l'instigateur d'une nouvelle répartition du pouvoir à l'intérieur de l'ordre juridictionnel administratif dans un monde où la concurrence juridictionnelle est forte[1645], où l'idée de *Forum Shopping* fait son chemin. La fonction prescriptive et le caractère diffus de ce contrôle font que tous les juges prennent une place centrale dans le processus de production normative. L'ordre juridictionnel administratif devient encore un peu plus essentiel dans la question de la protection diffuse des droits et libertés avec l'aide de ce contrôle. Cependant, comme nous avons pu le noter précédemment, tout cela n'est pas signe du retour de l'arbitraire et de la fin de la prévisibilité juridique. Bien au contraire, la "décentralisation" du pouvoir conduit à établir des rapports singuliers et protecteurs entre les différentes strates de la justice administrative. Une collaboration normative est donc mise en lumière. Comme chaque interprétation est le fruit d'une réflexion profonde et sincère, elle sera considérée comme un élément devant être reproduit et amélioré au fil des solutions. Finalement, le terme même « de juges administratifs » prendra un sens puissant, il ne se résumera plus, implicitement, à l'activité d'un seul : le Conseil d'État (*A*). Pour autant, il ne faut pas envisager ici le déclin proclamé de ce dernier, comme cela peut être le cas dans l'ordre judiciaire. Il retrouvera l'essence de son rôle de juge suprême et surtout deviendra le catalyseur de la production normative de l'ordre administratif. Loin d'être relégué à une position secondaire, il va assumer plus fortement le rôle qui devait être le sien dans un environnement européen en restructuration. En définitive, il sera le rempart de la protection de la cohérence de l'ordre juridique, un élément, nous le comprenons bien, au service de l'exigence de prévisibilité juridique (*B*).

A) L'impérieuse collaboration normative des juges administratifs

328. La diffusion du pouvoir dans l'ordre administratif. – « *Ces rapports seront désormais davantage des rapports de collaboration que de censure. La tension chronique qui existait entre elles (les différentes juridictions de l'ordre) depuis toujours a vocation à s'atténuer (…), du fait de l'identité de nature qui tendra progressivement à les rapprocher. Le paradigme de la proportionnalité commande d'abandonner le style des lois pour revenir au style prudentiel de l'art juridictionnel, de passer d'un style assertorique à un style rhétorique. Toutes les cours deviendront à des degrés divers des juridictions du fond et auront donc des méthodes similaires de raisonnement* » ; telle est la conclusion que retient Frédéric Zenati-Castaing à la suite des débats qui touchent la Cour de cassation depuis l'arrêt du 4 décembre 2013[1646]. Cette affirmation ne peut être reproduite *in toto* pour l'ordre administratif puisque celle-ci est fondée sur un contexte juridictionnel relativement différent de la justice administrative. Néanmoins, une chose est sûre, c'est qu'il y a une diffusion, une *décentralisation* du pouvoir, suscitée par le contrôle *concret* de conventionnalité des lois – ce qui est d'ailleurs propre au contrôle de conventionnalité, puisqu'il s'agit d'un contrôle *diffus*. Désormais, les juridictions inférieures, à l'image du Tribunal administratif de Rennes, disposent d'une nouvelle méthode et de nouvelles prérogatives qui répondent à la spécificité des droits fondamentaux, mais, et surtout qui donnent un autre visage à leur activité juridictionnelle. Leur dimension créative et interprétative est exaltée. Ce contrôle met – peu ou prou – les différentes juridictions de l'ordre administratif sur un même plan ; il participe à leur émancipation[1647]. Ils deviennent des êtres de raison comme le prônaient les Lumières[1648]. En effet, les juridictions inférieures sont autant légitimes à employer ce contrôle et à faire avancer la quête des fondements, à partir d'un contexte spécifique, que le Conseil d'État. La pratique de ce contrôle leur permettra de (re)conquérir une partie de la souveraineté juridictionnelle. En somme, il conduit à une plus grande implication des juridictions inférieures dans cette activité systématique d'interprétation des dispositions conventionnelles, qui aura certainement pour effet de créer une collaboration active et intense entre les différentes strates juridictionnelles puisque chaque juge

[1645] *Voy*. P. Jan, « Du dialogue à la concurrence des juges », *RDP* n°2, mars 2017, pp. 341 et s.
[1646] F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit*., p. 515.
[1647] Cela est noté depuis quelques temps en lien avec l'intrégration européenne – qui finalement serait l'outil principal de la rénovation de ces relations –, nous assistons à une "émancipation" plus forte des juridictions inférieures vis-à-vis des juridictions supérieures. Pour un exemple pertinent, mais sur le terrain du droit de l'Union : *Voy.* É. Deboud, « Droits fondamentaux et pluralisme constitutionnel dans l'Union européenne », in R. Tinière et C. Vial (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 107-159, spéc. p. 140 : « *il est certain que l'interprétation du renvois préjudiciels et de son effet utile invite de plus en plus ouvertement les juridictions inférieures à ne pas nécessairement respecter l'autorité hiérarchique des juridictions supérieures* ».
[1648] E. Kant, *Vers la paix perpétuelle – Que signifie s'orienter dans la pensée ? – Qu'est-ce que les Lumières ?*, trad. F. Proust et J.-F. Poirier, Flammarion, Paris, 2006, p. 6 : « *Les Lumières, c'est la sortie de l'homme de l'état de tutelle dont il est lui-même responsable. L'état de tutelle est l'incapacité de se servir de son entendement sans la conduite d'un autre* ».

devient l'artisan de l'édifice conventionnel[1649] et détient une part de la souveraineté. « *Les rapports entre la Cour (suprême) et les juridictions inférieures ne (seront) plus des rapports de tension, mais des rapports de collaboration* » [1650] nous affirme un auteur, et cela semble se vérifier au fil de nos différents développements.

329. La responsabilisation des différents juges administratifs. – En d'autres mots, aujourd'hui, une plus grande responsabilité de toutes les juridictions administratives est à observer avec l'introduction du contrôle *concret* et sa banalisation par l'affaire *Gomez-Turri*. Nous dirons même une redéfinition – une diversification – de l'office des juges du fond. Ils vont juger différemment parce qu'ils seront obligés d'appliquer davantage les principes et les méthodes du juge strasbourgeois. Ils seront dans les faits ce qu'elles sont censées être en droit, c'est-à-dire des agents d'application de la CESDH autant que le juge suprême de l'ordre administratif. Ils devront statuer selon la méthode du contrôle *concret* de conventionnalité lorsqu'ils seront en présence d'un conflit de normes. En tant que juges conventionnels autant que le Conseil d'État, ils devront mettre en tension autant que lui et avant lui la Loi et les droits fondamentaux conventionnellement garantis[1651]. Cela a été même demandé par la CEDH qui, à l'occasion d'une affaire concernant la France, a rappelé à l'ordre une juridiction française qui ne semblait pas assumer pleinement la puissante mission qui est la sienne. Effectivement, une Cour d'appel s'est vue reprochée par la Cour de Strasbourg de ne pas avoir suffisamment mis en balance le droit de l'enfant à voir ses origines établies avec celui de la personne dont la paternité était recherchée de refuser une expertise génétique[1652]. C'est une véritable révolution dans la manière de juger et dans les rapports de pouvoir à l'intérieur de l'appareil de la justice administrative qu'induit le contrôle *concret*. Les différentes juridictions de fond ne sont plus des acteurs serviles – si tant est qu'elles l'aient déjà été. Elles disposent d'une plus grande marge de manœuvre qui peut très bien conduire à reconsidérer l'état antérieur de la jurisprudence. Il est limpide qu'elles acquièrent avec ce contrôle une liberté de jugement qui leur a souvent été déniée[1653] et participent activement à la structuration du contentieux de la fondamentalité.

330. La fin du monopole du Palais royal. – À l'image du système américain, les différents juges de l'ordre administratif sont des éléments centraux de la vie juridique, la vraie souveraineté juridictionnelle ne revient pas qu'aux seuls juges suprêmes[1654]. Il est certain que la jurisprudence se forme normalement dans l'ordre interne français selon un modèle qui instaure un dialogue entre la Cour suprême et les juges du fond et qui donne, également, un pouvoir de résistance aux juridictions subordonnées. Ils deviennent les premiers "faiseurs de jurisprudence", ce qui conduira le Conseil d'État à changer sa manière d'agir dès lors que l'essentiel du débat se fera devant ces premières. Un nouvel équilibre tend à se dessiner[1655]. Comme le résume bien un auteur : « *les juridictions inférieures sont les véritables laboratoires du droit vivant, le vivier dans lequel la Cour (suprême) trouve la source de son inspiration* »[1656]. Du moins, le rôle des juridictions inférieures sera apprécié à sa juste valeur, lui qui a été souvent oblitéré par les analyses doctrinales qui n'avaient d'yeux que pour le juge suprême[1657]. *A fortiori* dans l'ordre administratif puisque le juge suprême est marqué par une grande spécificité qui tient à la fois à ses compétences[1658], à son activité créative[1659], à son histoire[1660] ainsi qu'aux différences statutaires[1661]. Il est certain que le Conseil d'État est une institution tout à fait singulière dans le paysage français, il est « *au cœur de l'État* » comme le

[1649] J. Hauser, « Procréation médicalement assitée : l'exceptionnalité de la proportionnalité à rude épreuve », *op. cit*., p. 114 : cela est identifé par lui mais de manière péjoroative en disant que « *c'est la porte ouverte à l'arbitraire des juges du fond et à un contentieux sans précédent pour lequle notre système n'est pas fait* ».
[1650] F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit*., p. 518.
[1651] C. Chainais, « À la recherche d'un modèle pluraliste de cassation "à la française" », *JCPG* supplément au n° 1-2, 11 janvier 2016, p. 50 : « *les juges du fond sont désormais appelés à procéder de plus en plus souvent à une mise en balance de droits fondamentaux qui se confrontent, ce qui appelle de leur part une pesée des intérêts en présence et qui les éloigne de la pure et simple application de la règle de droit* ».
[1652] CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, n° 19535/08, §§ 63 et 65.
[1653] *Voy.* F. Zenati, « La notion de divergence de jurisprudence », in P. Ancel et M.-C. Rivier (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Saint-Étiennes, Publications de l'Université de Saint-Étiennes, 2003, pp. 53-73, spéc. pp. 62-65 : il parle des juridictions judiciaires mais cela n'est pas totalement faux pour les juridictions administratives. La structuration pyramidale des différents ordres juridiques conduit, en France, à faire une place prépondérante aux juges au sommet de la hiérarchie.
[1654] *Voy.* A. De Tocqueville, *De la démocratie en Amériqu*e, Charles Gosselin, Paris, t. 1, 6e édition, 1838, pp. 157-165.
[1655] *Voy.* H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *op. cit.,* p. 659 : Il réfléchit à cela sur le terrain des juridictions judiciaires et en fonction du rôle particulier de la Cour de cassation.
[1656] F. Zenati-Castaing, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *op. cit*., p. 1556.
[1657] Pour quelques exemples : F. Chaltiel Terral, Le Conseil d'État, acteur et censeur de l'action publique, LGDJ, coll. "Forum", Paris, 2017, 296 p. ; F. Perin et P. Lewalle, « Le Conseil d'État », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1984, n° 1055, pp. 1-36 ; D. Batsele et M. Hanotiau, « Le Conseil d'État », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1997, n° 1564, pp. 1-41 ; P. Mentré, « Que le Conseil d'État cesse de juger », *Commentaire*, 1992, n°57, pp. 157-158 ; M. Massenet, « Que le Conseil d'État continue de juger », *Commentaire*, 1992, n° 57, pp. 157-158. Un numéro entier de la Revue *Pouvoirs* de 2007 lui est dédié.
[1658] *Voy.* M. Todorova, « Le Conseil d'État, conseiller du Parlement : premier bilan », *RFDC*, 2013, n° 93, pp. 125-148.
[1659] *Voy.* P. Terneyre et D. de Béchillon, « Le Conseil d'État, enfin juge ! », *Pouvoirs* 2007/4 (n° 123), pp. 61-72.
[1660] M. Hauriou, « De la formation du droit administratif depuis l'an VIII », *Revue générale d'administration*, 1892, p. 389 : Le Conseil d'État « *s'est trouvé dans une situation exceptionnelle : juge définitif de tout le contentieux administratif, grâce à l'appel et à la cassation, qui lui subordonnaient toutes les autres juridictions administratives (…) (il) était en même temps juge prétorien, grâce à l'absence de codification* ».
[1661] *Voy.* P. Delvolvé, « Le Conseil d'État, cour suprême de l'ordre administratif », *Pouvoirs*, 2007, n° 123, pp. 51-60.

remarquait justement un auteur[1662]. Certains auteurs affirmaient même « *la concentration de la justice administrative dans le Conseil d'État* »[1663]. Un véritable culte du Conseil d'État s'est développé à travers le temps[1664]. Tout cela a conduit à négliger un peu le rôle des juridictions inférieures, dont la position hiérarchique et la composition sociologique ont conduit à limiter le potentiel d'innovation et leur intérêt pour la doctrine[1665]. En effet, très peu nombreux sont les auteurs qui s'intéressent à cette question, mais certains ont déjà pu noter en leur temps la « *force vive et créatrice du contentieux du premier degré* » et qui est particulièrement pertinent, car « *ce qui contribue à créer le droit du premier degré, c'est le corps social lui-même. (...) Il y a une réactivité très forte du social sur le contentieux* »[1666]. Maintenant, avec un tel contrôle et avec tous les enjeux qu'il comporte, tous les juges seront primordiaux dans la chaîne normative et dans la société de droit. Il redistribue les cartes en somme. Cela se voit sur le terrain, avec la surmédiatisation des ordonnances relatives à l'insémination *post mortem*. D'ailleurs, il suffit de mentionner encore une fois le fait que l'ordonnance du Tribunal administratif de Rennes est devenue définitive pour comprendre tout l'enjeu de notre propos.

331. L'avènement d'une situation d'échange dans l'ordre administratif. – Logiquement, un dialogue normatif s'est installé entre les différentes juridictions de l'ordre administratif puisqu'elles participent toutes, avec la même puissance, à l'effort commun qu'est l'effectivité des droits fondamentaux. Toute interprétation est le produit d'un travail qui exprime une conviction quant au contenu des droits invoqués. Elles sont le précieux produit d'une alchimie qui favorise leur conservation et leur comparaison afin de trouver des dénominateurs communs. De plus, elles sont toutes aussi authentiques que les interprétations antérieures et postérieures. Nous le voyons amplement avec les ordonnances abordées antérieurement et nous espérons que ce dialogue se concrétisera encore mieux avec une lecture par le Conseil d'État des décisions de ces juridictions. *In fine*, tout cela permettra d'assurer une meilleure justesse des solutions et également de renforcer l'exigence de prévisibilité juridique par la manifestation de critères et leur répétition à partir de cas identiques[1667]. La transparence argumentaire dont ils vont devoir faire preuve avec ce contrôle sera le cœur même du processus. Il facilitera la coopération productive entre les juridictions. Assurément, par l'intermédiaire d'une motivation particulièrement précise, les juridictions inférieures sont susceptibles de comprendre la logique du Conseil d'État, et donc de se la réapproprier ; et est à même de savoir quelle est l'ampleur de l'effet de l'arrêt du Conseil. De même, la transparence argumentaire mise en œuvre par les juridictions inférieures permet au juge suprême de mieux cerner la logique qui sous-tend leurs décisions et être, partant, capable de discerner si, nonobstant son désaccord en l'espèce, il est à même de lui octroyer le sceau de légitimité. Comme le notait un observateur, la motivation des juges du fond devient essentielle, « *elle contient une interprétation nouvelle de la loi dont la Cour suprême peut s'inspirer si elle décide de faire évoluer le droit. C'est grâce à elle et, en tout cas, à partir d'elle que la Cour suprême transforme la prudence des juges en jurisprudence officielle* »[1668]. Bref, une bonne motivation de la part des juridictions sert à convaincre non seulement les parties au procès du bien-fondé de la solution, mais aussi les autres juridictions, susceptible d'être saisies de l'affaire. Pour résumer, afin de « *passer du stade de l'ignorance ou de l'affrontement indirect à celui de collaboration pour le plus grand profit de la garantie des libertés des citoyens, une motivation plus abondante des décisions* » est requise[1669].

[1662] J. Chevallier, « Le Conseil d'État, au cœur de l'État », *Pouvoirs*, 2007, n°123, pp. 5-17.
[1663] R. David, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, Paris, 11e édition, 2002, p. 115.
[1664] Il nous suffit de repenser au propos du Huron dans l'œuvre de Jean Rivero : J. Rivero, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962, chron. 37, pp. 37-40, spéc. p. 40 : « *Lorsque nous fîmes dans la cour du Palais-Royal, il se prosterna la face contre terre en disant : "je baise la terre sacrée dans laquelle s'enracine le grand arbre du recours pour excès de pouvoir, la plus merveilleuse création des juristes, l'arme la plus efficace, la plus pratique, la plus économique qui existe au monde pour défendre les libertés" comme l'a écrit votre Gaston Jèze ; rempart de l'opprimé, terreur de l'oppresseur qui, au moment où son bras va s'abattre, s'arrête en entendant la voix redoutable du juge clamer : "tu n'iras pas plus loin !"* », et « *si j'étais de votre nation, et si j'admirais, comme vous tous, votre grand Conseil, et son recours, je ne cesserais, me semble-t-il, non de lui en chanter les louanges, mais de lui en dénoncer les faiblesses, pour l'inciter à se dépasser lui-même et à l'égaler à ce grand dieu que vous nommez le règne du Droit* ».
[1665] Ces conclusions ont été données par un auteur qui est presque l'un des seuls, dans des revues juridiques, à s'être intéressé aussi précisément à ces juridictions et leurs effets sur le droit prétorien : C. Colera, « Tribunaux administratifs et cours administratives d'appel : évolution sociologique et effets sur la jurisprudence », *Droit et société*, 2001, n°49, pp. 873-894, spéc. p. 894 : « *la structure pyramidale des ordres juridictionnels et les effets de violence symbolique spécifique qui s'exercent depuis le sommet de la hiérarchie ont certes pour effet de limiter le potentiel d'innovation dont la diversification sociologique des tribunaux de premier et deuxième degrés peut être porteuse en ce qui concerne la jurisprudence administrative. Mais s'en tenir à ce constat, c'est encore une façon d'intégrer un discours dominant et cela condamne à négliger des réalités sociales essentielles telles que le potentiel réel de marge de manœuvre donné par les règles juridiques à l'interprète de la norme, ou l'efficacité particulière dans la société (...) des jugements de première instance, spécialement ceux qui ne sont pas frappés d'appel* ».
[1666] M.-A. Frison-Roche et S. Bories, « La jurisprudence massive », *D.* 1993, p. 288 ; C. Larher-Loyer, « La jurisprudence d'appel », *JCPG*, 1989, I, pp. 3407 et s.
[1667] Conseil consultatif des juges européens, Luxembourg, « Questionnaire pour la préparation de l'Avis No. 20 (2017) du CCJE : "Le rôle des tribunaux dans l'application uniforme du droit" », le 30 janvier 2017, p. 3, disponible en ligne : « *Oui, les tribunaux jouent un rôle dans l'unification de la jurisprudence puisque le juge tranche en tenant compte des décisions antérieures, en essayant d'intégrer sa décision dans la ligne de la jurisprudence. (...). Elles jouent un rôle régulateur et unificateur de la jurisprudence* ».
[1668] F. Zenati-Castaing, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *op. cit.*, p. 1558.
[1669] P. Rolland, « L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme », Actes du colloque de Montpellier 14-15 Décembre 1990, Le juge administratif français et la Convention, in *Revue universelle des droits de l'homme*, Vol. 3, n° 7-9, 1991, p. 288.

332. L'avènement de la circulation de la réflexion : un élément au service de la certitude et de la confiance dans la matière juridique. – Tout cela va favoriser la circulation des concepts et des critères, mais surtout la stabilisation de la matière juridique. Dans une mesure relativement différente – puisque nous nous situons sur un terrain marqué par le sceau de la subsidiarité et par la nature supranationale de la CEDH –, nous pouvons voir que cela s'opère sur le terrain des relations entre le juge interne et le juge de la Convention. L'un des exemples les plus symboliques de la circulation des argumentations est certainement l'arrêt *Ebrahimian c. France* du 26 novembre 2015 où la CEDH fait une analyse rigoureuse et un emploi pertinent de la jurisprudence administrative[1670]. Mais également, dans l'affaire *Yengo c. France*, où la Cour s'appuie explicitement sur le raisonnement du Conseil d'État[1671]. L'arrêt *X. et Y. c. France* est aussi pertinent puisque la CEDH reprend *stricto sensu* la conclusion donnée par le Conseil d'État dans cette affaire auparavant[1672]. Il en va de même avec le juge constitutionnel dans l'affaire *Kiril Zlatkov Nikolov c. France* du 10 novembre 2016[1673]. Pour autant, ces conclusions ne tendent pas à nuire au rôle du Conseil d'État. La collaboration implique, implicitement, mais nécessairement, l'action du juge suprême. Puis, en tant qu'acteur principal de la formation du droit administratif et de l'évolution du Droit, sa puissance ne pourra jamais être effacée. Au fil du temps, il est devenu une "cour normative", ce qui a biaisé sa relation avec les autres juridictions de l'ordre administratif. Il n'était plus ce juge suprême qu'il devait incarner à travers un dialogue-régulateur, il entretenait simplement un monologue-créateur[1674] qui tranche avec l'idée que nous pouvions nous faire d'un juge suprême. Cependant, avec ce contrôle *concret*, son activité de juge suprême trouvera à s'exprimer d'une façon tout à fait convaincante. Il ne sera jamais une institution secondaire, comme la doctrine le redoute pour la Cour de cassation[1675], en raison de ses compétences et de tout ce qui l'entoure. « *Il en est certes la juridiction suprême ; mais il est plus que la juridiction suprême qui contrôle les autres. Il est la juridiction centrale vers laquelle, directement ou indirectement, converge toute la justice administrative* »[1676]. Simplement, son rôle de juge suprême est replacé dans de justes proportions et les instruments dont il disposait déjà pourront être utilement mobilisés. Nous pouvons même dire qu'il deviendra une véritable "Cour suprême" puisque la régulation normative sera attisée avec le contrôle *concret* de conventionnalité des lois. Ce qui n'est pas anodin dans un paysage contentieux où les observateurs revendiquent une plus grande cohérence et une meilleure stabilité des solutions juridictionnelles.

B) L'impérieuse régulation normative par le juge suprême administratif

333. La reconfiguration partielle du rôle du Conseil d'État. – À l'heure où certains s'intéressent à l'émergence d'un nouveau juge suprême en France à travers le Conseil constitutionnel[1677], ainsi qu'à la *constitutionnalisation* de la CEDH[1678], nous affirmerons que la fonction de juge suprême, tant du Conseil d'État que de la Cour de cassation, n'a jamais été aussi opportune que maintenant. En effet, le pouvoir donné aux juges du fond va conduire à une multiplication des interprétations. Il serait fou de croire que les pouvoirs de ces juges ne donneront jamais lieu à des contestations et des contradictions. Nous avons pu le voir déjà avec les ordonnances relatives aux inséminations *post-mortem*, elles ont donné lieu à des levées de boucliers de la doctrine. Avec un contrôle aussi jeune, la recherche d'une certaine stabilité est encore d'actualité, *a fortiori* face à la multiplication des litiges qu'il va susciter. *Un grand pouvoir implique de grandes responsabilités* disait un célèbre personnage de l'univers Marvel. Dans cette peur permanente de détruire ce qui apparaît comme acquis, il est certain que le juge administratif suprême va devoir jouer un rôle important. Le Conseil d'État fera face à un nouveau défi qui est de tenter de réguler le pouvoir créateur

---

[1670] CEDH, 26 novembre 2015, *Ebrahimian c. France*, n° 64846/11, §§ 50, 66, 68 et 70.
[1671] CEDH, 21 mai 2015, *Yengo c. France*, n° 50494/12, § 68 : « *la Cour note que l'ordonnance du Conseil d'Etat du 22 décembre 2012, rendue à propos de la prison des Baumettes à Marseille (idem), indique pour la première fois que la voie du référé-liberté suggérée par le Gouvernement peut permettre au juge d'intervenir en temps utile en vue de faire cesser des conditions de détention jugées contraires à la dignité et à l'article 3 de la Convention par le CGLPL* ».
[1672] CEDH, 1er septembre 2016, *X et Y c. France*, n° 48158/11, § 63 : « *A l'instar du Conseil d'État, la Cour estime que l'application de ce mécanisme général de sanction aux manquements aux obligations professionnelles en cause était raisonnablement prévisible et que le cantonnement, par la Commission des sanctions, de la procédure de rachat forcé aux relations entre la chambre de compensation et ses adhérents n'était pas une interprétation arbitraire* ».
[1673] CEDH, 10 novembre 2016, *Kiril Zlatkov Nikolov c. France*, n° 70474/11 et 68038/12, § 71 : « *En l'espèce, le grief tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 6 § 1 de la Convention a été jugé irrecevable au motif que le requérant n'avait subi aucun préjudice important au sens de l'article 35 § 3 b) (...). Or, même s'il peut sembler ne pas être manifestement mal fondé – comme en l'espèce, eu égard à la décision n° 2012-228/229 du Conseil constitutionnel, du 6 avril 2012 (...) –, un grief qui a été déclaré irrecevable pour un tel motif n'est pas « défendable », au sens de la jurisprudence relative à l'article 13 (...)* ».
[1674] *Voy.* M. Lannoy, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, Dalloz, coll. "Nouvelle Bibliothèque de Thèses", Paris, vol. 156, avril 2016, pp. 231 et s.
[1675] C. Chainais, « À la recherche d'un modèle pluraliste de cassation "à la française" », *op. cit.*, p. 51.
[1676] P. Delvolvé, « Le Conseil d'État, cour suprême de l'ordre administratif », *op. cit.*, p. 59.
[1677] *Voy.* R. Barrué-Belou, « Le développement des références juridictionnelles dans les visas du Conseil constitutionnel : vers une fonction de Cour suprême ? », *op. cit.*, pp. 259-282.
[1678] *Voy.* A. Stone Sweet, « Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'Homme : Cinquante ans après son installation, la Cour européenne des droits de l'Homme conçue comme une Cour constitutionnelle », *RTDH*, 2009, n°80, pp. 923-944.

des juges du fond de l'ordre administratif. De même, des affaires vont voir le jour et dont la solution ne sera jamais évidente. C'est dans ces cas au juge suprême qu'il reviendra de trancher et d'établir ce qui apparaît comme pertinent. « *L'utilité d'une cour suprême (...) sera (...) d'aider les juridictions à juger les cas difficiles en leur servant de modèle* » comme le résume bien un auteur[1679]. Et là nous touchons l'essence de la fonction de juge suprême d'un ordre juridictionnel. Face à la multiplication des litiges et des interprétations, le juge suprême sera le garant de la cohérence et de l'exigence plus générale de prévisibilité juridique. Dans ce cas, il ne serait pas inapproprié de dire que le Conseil d'État devient, dans les faits du moins, une vraie Cour suprême dans l'ordre administratif, au-delà de toutes les affirmations de l'article L.111-1 du CJA.

334. Retour sur l'essence d'une Cour suprême. – En effet, aborder le thème des Cours suprêmes c'est déjà s'intéresser à ce qui les caractérise et ce qu'elles impliquent. Il existe plusieurs définitions[1680] qui convergent toutes vers un élément central : « *Le modèle "cour suprême" vise à garantir l'unité d'application du droit par les juges dans un système juridictionnel décentralisé en instituant une juridiction ou à un organe spécial situé au sommet de ce système, chargé de connaître en dernier lieu, par différentes voies de recours, des décisions rendues par les juridictions du système. Alors qu'il existe une multitude de juridictions chargées de résoudre les litiges, il sera confié à une seule d'entre elles ou à un organe spécial le soin d'unifier la manière de résoudre les litiges présentant certaines similitudes, en garantissant ainsi une unité dans l'application du droit* »[1681]. C'est ce dernier point qui nous intéresse tout particulièrement, les Cours suprêmes sont des organes qui vont unifier les interprétations des différentes juridictions qui appartiennent à son ordre. Elles déploient une régulation normative à partir de ce qui est proposé par les ces mêmes juridictions. Comme le résume bien un auteur : « *les cours suprêmes ont pour fonction première d'assurer l'unité de l'application et de l'interprétation du droit en contrôlant les décisions prises par l'ensemble des juridictions placées sous leur autorité. Dans ce but, elles disposent de l'arme ultime qu'est l'annulation des décisions de ces juridictions* »[1682]. Le juge suprême peut créer, mais surtout il doit venir juguler les offres d'interprétations à travers un dialogue entre lui et les autres juridictions administratives. La première activité – « *la fonction jurisprudentielle* »[1683] – a été largement développée par le Conseil d'État au cours de sa vie, il est maintenant dans une nouvelle étape de sa vie. En cherchant, de rationaliser et d'harmoniser l'application de la CESDH, le Conseil d'État assume pleinement le rôle d'une Cour suprême qu'il avait souvent délaissé. En effet, certains auteurs nous affirmaient que « *(le) Conseil d'État ; s'il est une cour suprême, ce n'est que partiellement, à l'intérieur de l'ordre administratif ; mais, à l'intérieur de celui-ci, il n'est pas seulement juridiction suprême* »[1684]. Il était présent, mais pas forcément l'élément caractéristique du Conseil d'État. Aujourd'hui, avec ce contrôle, le système juridictionnel français se rapproche un peu plus du système américain, à l'instar de la Cour suprême des États-Unis, le Conseil d'État devient l'élément central d'un ordre juridictionnel et exerce un rôle particulier qui tend, en plus de son histoire, à lui conférer une influence toute particulière. Il suffit également de mentionner le rôle qu'il joue dans le contrôle de constitutionnalité des lois et des actes réglementaires pour comprendre que le rapprochement n'est pas usurpé. Là où certains affirmaient que « *le Conseil d'État n'est pas une cour suprême* »[1685], en prenant comme référent le droit américain, nous pouvons désormais affirmer le contraire. Puis, il a toujours été peu animé par une tradition anglo-saxonne qui s'acclimate parfaitement de cette évolution[1686].

335. La solidification du rôle de Cour suprême du Conseil d'État : un retour aux sources. – Puis, là où il faudra attendre des réformes pour voir la Cour de cassation assumer ce rôle, le Conseil d'État va réussir à se fondre plus aisément dans celui-ci en raison des mécanismes dont il dispose déjà – avatars de la mission qui lui était confiée originellement. Cette unification du droit s'opère principalement par le

[1679] F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *op. cit*., p. 517.
[1680] *Voy.* D. de Béchillon, « Cinq Cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs,* 2011, n° 137, p. 33 ; E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, PUF, Paris, 2000, p. 19 ; M. Guillaume, « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? », *JCPG,* n° 24, 2011, n° 722, §§ 20-21.
[1681] X. Magnon, « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une "juridiction constitutionnelle", une "cour constitutionnelle" et une "cour suprême" ? Proposition de définitions modales et fonctionnelles », in *Long Cours, Mélanges en l'honneur de P. Bon*, Dalloz, Paris, 2014, pp. 305-322, spéc. pp. 319-320.
[1682] C. Michellet, « Le Conseil constitutionnel : une cour suprême en devenir ? », *Esprit*, 2013, n°3, pp. 198-200, spéc. p. 198.
[1683] H. Belrhali-Bernard, « Les avis contentieux du Conseil d'État : remarques sur vingt années de pratique », *AJDA*, 2010, pp. 364 et s., spéc. p. 369.
[1684] P. Delvolvé, « Le Conseil d'État, cour suprême de l'ordre administratif », *op. cit*., p. 55.
[1685] *Ibid*., p. 53.
[1686] J.-P. Calon, « La Cour de cassation et le Conseil d'État. Une comparaison », *RIDC*, vol. 30, n°1, 1978, pp. 229-245, spéc. p. 230 : « *La Cour de cassation s'inscrit dans la plus pure tradition juridique et administrative française ; le Conseil d'État est, peut-être, la seule institution française que les anglo-saxons reconnaîtraient comme leur* ».

contrôle de cassation ou d'appel qui permet aux juridictions administratives suprêmes de veiller à la régularité, à la cohérence et à la correction en droit des décisions rendues par les juridictions de premier ressort ou d'appel. Si le contrôle de cassation est l'outil privilégié de l'unification et de la mise en cohérence du droit, d'autres instruments permettent aux juridictions administratives suprêmes de trancher des questions de principe. En France, la réforme de 1987 a instauré la possibilité pour les juridictions de première instance et d'appel de demander l'avis du Conseil d'État, lorsqu'une affaire soulève une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges. La réponse donnée par le Conseil d'État à la demande d'avis préfigure bien souvent la solution qu'il aurait retenue s'il avait été saisi d'une telle affaire au stade de la cassation et elle permet d'éclairer précocement les juridictions subordonnées sur la solution à adopter. Les juridictions administratives suprêmes contribuent également à créer un cadre juridique clair et moderne dans lequel s'inscrit l'action de l'administration. Ce contrôle est une nouvelle étape dans son évolution, qui est déjà bien bien riche[1687]. Il est surtout le moyen d'assurer une véritable fonction de régulation qui avait été travestie par le temps en ce qu'il connaissait un trop grand nombre d'affaires. Ce point conduisait les juges de l'ordre administratif à dire que « *le Conseil d'État s'acquitte d'une manière singulière de ces fonctions de régulation et d'adaptation du droit* »[1688]. En définitive, il dispose d'une pluralité d'outils qui lui permettront d'arriver à ses fins et qui participeront à garantir sa présence dans l'activité juridictionnelle de l'ordre administratif. Son rôle consultatif va être réactualisé et sera d'ailleurs l'un des éléments principaux du renforcement de son rôle de juge suprême, car grâce à lui, et comme le fait la Cour de justice de l'Union[1689] et va le faire la CEDH avec le protocole 16, il assurera avec un dialogue de régulation et d'uniformisation du contentieux. Là où la Cour de cassation est obligée d'entamer un processus de réflexion profonde en raison de sa singularité qui tient à son rôle de bas droit du législatif[1690], du rejet des faits, etc. ; le Conseil d'État dispose déjà d'armes relativement puissantes pour continuer à solidifier sa place dans cet ordre ; il ne connaît pas les mêmes interdits.

336. Une mutation justifiée dans une ère marquée par la subsidiarité et la résistance du Conseil constitutionnel. – Enfin, avec tous ces éléments, le Conseil d'État redeviendra cette « *dernière porte* »[1691], là où les individus avaient tendance à voir, de manière générale, les juridictions françaises comme un tremplin pour aller ensuite devant la CEDH. Les juges suprêmes n'étaient plus un *ultima ratio*, mais une voie de recours à épuiser, une "étape" dans les tribulations juridictionnelles des individus. Ce qui conduisait à leur faire perdre une partie de leur souveraineté et de leur autorité. Partant, c'est à lui que reviendra, comme il l'a fait dans l'affaire *Gomez-Turri*, de guider les juridictions inférieures sur les exigences de la CEDH et sur l'évolution du temps juridique. Loin d'être la fin des juridictions françaises, et surtout des juges suprêmes, le contrôle *concret* de conventionnalité des lois devient une donnée qui milite pour renforcer leur assise et devenir une institution fondamentale pour le respect des droits fondamentaux[1692]. D'autant plus dans un espace européen qui tend à déléguer fortement ses responsabilités afin d'éviter l'encombrement des prétoires, et rendre grâce à la *subsidiarité*, comme en attestent les derniers protocoles – notamment le protocole n°16[1693]. Les juridictions administratives suprêmes doivent désormais assurer une articulation claire, concertée et cohérente entre les systèmes juridiques nationaux et les ordres juridiques européens[1694]. Et c'est ce qu'ont compris les magistrats administratifs[1695]. « *Pour que le principe de subsidiarité exerce pleinement ses vertus régulatrices, il doit conduire les autorités nationales à analyser*

[1687] *Voy.* G. Marcou, « Une cour administrative suprême : particularité française ou modèle en expansion ? », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, pp. 133-154.
[1688] J.-M. Sauvé, « Le Conseil d'État, une cour suprême administrative », Intervention lors de la remise des prix à la Faculté de droit de l'Université de Strasbourg le 9 décembre 2014, disponible en ligne : « *Il rend en effet chaque année environ 10 000 décisions. (...). Comme le souligne cette étude, la France, avec l'Italie, "laisse(nt) (leurs) Cours suprêmes faire face à d'énormes masses contentieuses", à la différence des autres démocraties occidentales* ».
[1689] *Voy.* N. Lepoutre, « Le renvoi préjudiciel et l'instauration d'un dialogue des juges : Le cas de la Cour de justice de l'Union européenne et du juge administratif français », *Jurisdoctoria*, n°6, 2011, pp. 43-74, spéc. p. 48 : « *La nécessité de la mise en place de ce dialogue est dès lors avérée et n'est surtout plus contestable. Sans lui, la Cour de justice ne pourrait accomplir la mission confiée par l'ex-article 220 du TCE "de préserver le droit dans l'interprétation et l'application du traité et des normes qui le mettent en œuvre". Elle a besoin des juridictions nationales, et notamment du juge administratif français, pour remplir cette mission, tant en amont, c'est-à-dire pour la saisir, qu'en aval pour l'influencer. Dans ce cadre, elle "joue un rôle régulateur absolument essentiel et le dialogue jurisprudentiel entre cette Cour et les juridictions nationales revêt la plus haute importance"* » (souligné par nous).
[1690] *Voy.* F. Zenati, « La nature de la Cour de cassation », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n° 575, 2003, pp. 3-10.
[1691] P. Lemmens, « Guider les juridictions inférieures sur les exigences de la CEDH », in *La réforme de la Convention européenne des droits de l'Homme : un travail continu*, éd. Du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2009, p. 326.
[1692] *Ibid.*, pp. 324 et s. : pour une analyse complète de la question.
[1693] *Voy.* J. Andriantsimbazovina, « Points de vue : Intervention de Joël Andriantsimbazovina », in F. Sudre (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, pp. 363-364.
[1694] B. Louvel, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCPG*, n° 43, 2015, p. 1122 : « *Ce contrôle complet a vocation à être effectué à son niveau ; la Cour de cassation est normalement la cour nationale qui reçoit le dernier recours. Elle n'est pas une Cour intermédiaire* ».
[1695] *Voy.* J.-M. Sauvé, « La fonction régulatrice des juridictions administratives suprêmes », *Introduction lors du colloque de l'Association des juges administratifs français, italiens et allemands*, 30 septembre 2016, disponible en ligne.

de façon systématique, approfondie et, si possible, préventive la compatibilité du droit interne avec les garanties européennes »[1696].

337. La mention même de « *en particulier* », dans le point 8 de l'arrêt *Gomez-Turri*, n'est pas anodine. Le Conseil d'État semble aller au-delà de ce qui lui était demandé et il assume ainsi parfaitement son rôle. Il donne sûrement un aperçu de son office de juge suprême sur ce terrain, il doit tenter d'épurer tous les vices et surtout de donner une solution qui est parfaitement conforme avec la CESDH. Ce qui paraître efficace puisqu'aucune des affaires précitées n'a donné lieu à un recours devant la CEDH. Évidemment, une telle prise de puissance conduit à des interrogations vis-à-vis du Conseil constitutionnel qui était souvent entrevu comme l'institution phare du système juridictionnel français. Il devait devenir le centre de tout le contentieux français[1697]. Cette conclusion est mise en péril avec la peau neuve du Conseil d'État. Empêtré dans son refus de juger *in concreto* et de contrôler la conventionnalité des lois, le Conseil constitutionnel perd aujourd'hui une partie du pouvoir qu'il avait pu gagner à partir de 1971 et 2008. Il est évident que le Conseil constitutionnel, malgré la puissance de ses décisions, ne dispose pas d'outils suffisants pour se substituer au Conseil d'État et devenir le suprême de tout l'ordre juridictionnel français. Nous le voyons bien, le contrôle *concret* de conventionnalité des lois introduit le 31 mai 2016 n'a pas fini de questionner et de nous livrer des enseignements intéressants. Il n'est qu'à ses prémices et pourtant il marque déjà la matière d'une façon particulièrement importante. Il bouleverse tous les pans du contentieux administratif et de l'activité juridictionnelle en France, et c'est loin d'être terminé…

CONCLUSION INTERMÉDIAIRE

338. Le contrôle *concret* de conventionnalité des lois, appréhendé *stricto sensu*, est un objet qui vient casser toutes les idées les plus ancrées dans nos mentalités. Lui qui était vu comme la fin de l'harmonie du monde juridique, il devient avec notre un élément particulièrement pertinent quant à la protection de l'exigence de prévisibilité juridique. Ses différentes qualités nous ont montré que, contrairement à l'idée largement répandue dans la sphère doctrinale, il était le mieux de renforcer la prévisibilité de l'application des règles juridiques. En effet, au terme du processus décisionnel, se trouve une norme jurisprudentielle particulièrement précise grâce à la contextualisation ainsi que l'hybridation entre les éléments factuels et juridiques. Mais également une norme jurisprudentielle dont le potentiel précédentiel sera renforcé. Finalement, ce contrôle revêt une dimension fondamentalement prescriptive en ce qu'il vient baliser fortement le terrain contentieux. C'est en cela que nous pouvons dire qu'il est le pourvoyeur d'une prévisibilité juridique *substantielle*. Pour autant, il ne saurait assurer une prévisibilité absolue. Une telle volonté relève bien de l'ordre des idées. Au contraire, il nous invite à repenser cette obsession. Effectivement, ce contrôle est marqué par la flexibilité et l'adaptabilité des solutions, il nous démontre que la prévisibilité ne doit pas être survalorisée sous peine de conduire à l'injustice et l'ineffectivité des droits fondamentaux. Il se fait le défenseur de l'impératif de justice qui a souvent été négligé dans l'activité juridictionnelle, et nous invite à voir dans celui-ci l'une des manifestations de la sauvegarde des droits fondamentaux. Ce qui n'est pas sans incidence sur l'ordre juridictionnel administratif – et certainement sur l'ordre juridictionnel français, nous sommes en réalité encore au début d'un phénomène de grande ampleur –, en effet, ce contrôle conduit à dispersion du pouvoir dans cet ordre et à un rééquilibrage des rapports entre les juridictions administratives. Il instigue une collaboration efficace entre les juges et magnifie l'activité de régulation du juge suprême, ce qui n'est pas sans incidence sur l'exigence de prévisibilité juridique.

[1696] J.-M. Sauvé, « Repenser le rôle du juge ordinaire », *op. cit.,* p. 721.
[1697] *Voy.* L. Favoreu, « L'influence de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel sur les différentes branches du droit », in *Mélanges L. Hamon*, Economica, Paris, 1982, pp. 235 et s.

CONCLUSION GÉNÉRALE

339. Propos conclusif. – Au terme de cette étude, nous pouvons nous assurer d'une chose : le contrôle *concret* de conventionnalité des lois est passionnant et il ne laisse pas indifférent. Qu'il choque ou qu'il plaise, il est bien un objet déstabilisant dans le droit français. En réalité, il se situe à la frontière de tous les thèmes du Droit et apporte un nouveau regard sur cet objet. Nous pouvons également dire, sans trop hésiter, que l'arrêt *Gomez-Turri* mérite sa place dans la liste des grands arrêts de la jurisprudence administrative. En effet, il est des arrêts importants à travers les siècles qui modifient le droit administratif et bouleversent notre rapport au droit, celui-ci en fait partie. Il est aujourd'hui aussi important que l'arrêt *Cadot* ou *Arcelor* dans le contentieux administratif. Et cela pour plusieurs raisons.

340. En premier lieu, il consacre ce qui peut être entrevu comme le mode d'expression privilégié de l'activité juridictionnelle, mais qui restait nié par le droit français. Effectivement, les spécificités des règles juridiques et la singularité des droits fondamentaux ont conduit à faire du raisonnement *in concreto* et de proportionnalité les outils les plus adéquats pour trancher les litiges. Il était aujourd'hui évident que cette introduction n'était qu'une question d'heure, mais le passage à l'acte n'est jamais facile dans un droit marqué par la préférence pour *l'abstrait* et le raisonnement syllogistique. Pour autant, un tel contrôle n'est pas totalement inconnu dans le contentieux administratif, faisant dire à la doctrine que l'intérêt de l'arrêt *Gomez-Turri* est donc tout relatif. Il ne serait qu'une pâle copie d'un contrôle qui a déjà été largement exploité par le juge administratif. Une telle lecture n'est que bien réductrice, elle occulte la réalité des apports de cet arrêt en ce qu'il développe dans une mesure bien plus conséquente les potentialités d'un tel contrôle. De plus, le juge l'intègre d'une façon totalement singulière en le lien étroitement à un *contrôle abstrait préalable*. Il s'agit d'une concession à une tradition qui est totalement inadaptée à l'objet contrôlé. Cependant, il est évident qu'il est au centre d'une révolution paradigmatique qui n'a pas fini de produire des conséquences dans la matière juridique.

341. En second lieu, il renforce l'exigence de prévisibilité juridique d'une manière autrement plus forte que ce qui était connu jusqu'à présent. Lui qui était appréhendé comme un outil au service de l'anarchie juridique, il est devenu le véritable avatar de la protection de la prévisibilité. Elle s'exprime désormais de plusieurs façons qui sont totalement novatrices. Il y a une *prévisibilité par le Droit* et une *prévisibilité dans le Droit* pour résumer simplement les choses. En effet, il est le garant d'une méthode claire et protectrice qui vient assurer aux parties au procès une ligne conductrice claire qui sera réinvestie dans chaque procès ainsi qu'une flexibilité au service des propos des invididus. Mais également d'une conclusion juridictionnelle stable et juste puisqu'il vient baliser à ce point les différentes affaires, au fil de ses arrêts, qu'il n'est plus possible de se perdre dans la jungle contentieuse. Cependant, celui-ci induit de nouvelles choses en termes de souveraineté juridictionnelle et de relations entre acteurs juridiques. Il conduit à une diffusion du pouvoir créateur dans les mains des différents juges administratifs, ce qui signifie un réajustement des rôles de chacun dans une matière largement marquée par la domination du Conseil d'État.

342. Ouverture. – En définitive, il est la manifestation d'une nouvelle dynamique dans le droit qui n'a pas fini de produire tous ses effets, nous ne sommes qu'à l'aube d'une nouvelle ère dans laquelle les pouvoirs et la société n'ont pas fini d'être reconsidérés. Jusqu'où ira-t-il, telle est la question ? Nous ne sommes qu'au balbutiement de ce phénomène. Dans le même temps, nous voyons que le droit européen devient un élément central dans la vie de tout observateur du Droit. Comme un feuilleton en plusieurs chapitres, nous avançons avec les arrêts dans une histoire dont la fin est encore inconnue. Quelle sera la prochaine grande étape ? Sûrement dans l'office du juge constitutionnel, car depuis quelque temps de nouvelles techniques, imbibées de concrétude, font leur apparition. L'intégration du raisonnement européen dans les textes et les principes constitutionnels a modifié les réflexes constitutionnels et l'interprétation qui en est faite par le juge constitutionnel. Si cela relève de l'évidence, le développement progressif du pouvoir des juges ordinaires ainsi que la responsabilisation progressive induite par les ordres juridiques européens ont conduit le juge constitutionnel à réagir. Se fait jour dans le contentieux constitutionnel un véritable phénomène de concrétisation du contrôle de constitutionnalité des lois – en lien avec la protection des

droits et libertés – qui est aujourd'hui porteur d'intérêt puisqu'il interroge tant la question de l'essence du contrôle de constitutionnalité des lois en France que la protection des droits fondamentaux en concomitance avec les juges ordinaires[1698]. Mais là est une question qui mériterait une nouvelle étude.

[1698] Pour quelques réflexions encore jeunes : *Voy.* D. Fallon, « Le contrôle concret de constitutionnalité des lois », *communication au Xème congrès de l'AFDC*, Lille, Juin 2017, pp. 1-25, disponible en ligne.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux, Manuels, Dictionnaires

- **ALEXY (R.),** *Theorie der Grundrechte*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1993.

- **ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.),** *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, coll. "Quadrige-dicos poche", Paris, 2003.

- **AMSELEK (P.),** *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Armand Colin, Paris, 2012.

- **ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) et autres (dir.),** *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Paris, 1ère éd, 2008.

- **ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) et SUDRE (F.) et a.,** *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, PUF, Paris, 7ème éd., 2015.

- **ARDENT (P.) et MATHIEU (B.),** *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 23ème éd., 2011.

- **ARNAUD (A.-J.) (dir.),** *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 22ème éd., 1993.

- **BARAV (A.) et PHILIP (C.) (dir.),** *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, Paris, 1993.

- **BIOY (X.),** *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrestien, Lextenso, Paris, 2013.

- **BERGEL (J.-L.),** *Théorie générale du droit*, coll. "Méthode du droit", Dalloz, Paris, 3ème éd., 1999.

- **BURGORGUE-LARSEN (L.),** *Libertés fondamentales*, Montchrestien, Paris, 2003.

- **CARBONNIER (J.),** *Droit civil : Introduction*, PUF, Paris, 1991.

- **CHAGNOLLAUD (D.) et DRAGO (G.) (dir.),** *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2006.

- **CHAMPEIL-DESPLAT (V.),** *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Paris, 2016.

- **CHAPUS (R.),** *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Paris, 13ème éd., 2008.

- **CORNU (G.) (dir.),** *Vocabulaire juridique*, Quadrige-PUF, Paris, 8ème éd., 2007.

- **CORNU (G.),** *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. "Domat droit privé", Paris, 1990.

- **CUVILLER (A.),** *Nouveau vocabulaire philosophique*, Armand Colin, Paris, 13ème éd., 1967.

- **DRAGO (G.),** *Contentieux constitutionnel français*, PUF, coll. "Thémis Droit", Paris, 3ème éd., 2011 et 8e éd., 2016.

- **DUPRÉ DE BOULOIS (X.),** *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, Paris, 2010.

- **DWORKIN (R.),** *L'empire du droit*, PUF, Paris, 1994 ; *Prendre les droits aux sérieux*, Paris, PUF, 1995 ; *Justice pour les hérissons. La vérité des valeurs,* Labor et Fides, Genève, 2015.

- **EISENMANN (C.),** *Cours de droit administratif*, LGDJ, Paris, t. I, 1982.

- **FAVOREU (L.) et autres,** *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, 7e édition, 2015.

- **FAVOREU (L.), GAÏA (P.), PFERSMANN (O.) et autres,** *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 19ème éd., 2016.

- **GAFFIOT (F.),** *Dictionnaire latin français*, Hachette, Paris, 1934.

- **GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.) (dir.),** *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 20ème édition, 2013.

- **GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.),** *Contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 2ème éd., 2012.

- **HART (H. L. A.),** *Le concept de droit*, trad. M. Van De Kerchove, Presses des Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1976.

- **KELSEN (H.),** *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, LGDJ-Bruylant, Paris-Bruxelles, 1999.

- **KOLB (R.),** *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2003.

- **LAFERRIÈRE (E.),** *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, 2ème éd., 1887.

- **LALANDE (A.),** *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Paris, 17ème éd., 1991.

- **LEVINET (M.),** *Théorie générale des droits et libertés,* LGDJ, coll. "Droit et Justice", Paris, 4ème éd., 2012.

- **MARMOR (A.),** *The language of law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

- **MAGNON (X.),** *Théorie (s) du droit*, Ellipse, Paris, 2008.

- **MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.),** *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, Paris, 2002.

- **MIAILLE (M.),** *Introduction critique au droit*, Libraire F. Maspero, Paris, 1977.

- **MOOR (P.),** *Pour une théorie micropolitique du droit*, PUF, Paris, 2005.

- **MORANGE (J.),** *Manuel des droits de l'Homme et libertés publiques*, PUF, Paris, 2007.

- **MÜLLER (F.),** *Discours de la méthode juridique*, PUF, Paris, 1996.

- **PECES-BARBA MARTINEZ (G.),** *Théorie générale des droits fondamentaux*, trad. I. A. Pelé, LGDJ, Paris, 2004.

- **PERELMAN (C.),** *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, coll. "bibliothèque Dalloz", Paris, 2ème éd., 1999.

- **RIVERO (J.),** *Libertés publiques*, PUF, Paris, 8ème éd., t. 1, 1997.

- **SEILLER (B.),** *Droit administratif, L'action administrative*, Flammarion, Paris, t. 2, 5ème éd., 2014.

- **SUDRE (F.),** *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, Paris, 8ème édition, 2006.

- **TERRÉ (F.),** *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. "Précis", Paris, 7ème éd., 2006.

- **TRUCHET (D.),** *Droit administratif*, PUF, Paris, 5ème éd., 2013.

- **VILLEY (M.),** *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 2001.

- **WACHSMANN (P.),** *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 6ème éd., 2009.

- **WALINE (J.),** *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 24ème éd., 2012.

II. Ouvrages spéciaux et extrajuridiques

- **AARNIO (A.),** *Le Rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, LGDJ, coll. "La pensée juridique moderne", Paris, 1992.

- **AUSTIN (J.-L.),** *Quand dire, c'est faire*, Le Seuil, Paris, 1970.

- **BARAK (A.),** *Proportionality : Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

- **BECCARIA (C.),** *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris, 1991.

- **BLANCHÉ (R.),** L'Axiomatique, PUF, Paris, 1999.

- **BRAGE (R.),** *Europe, la voie romaine*, Folio essais, Paris, 1992.

- **CARBONNIER (J.),** *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans vigueur*, LGDJ, Paris, 10ème éd., 2001.

- **CHAPUS (R.),** *L'administration et son juge*, PUF, Paris, 1999.

- **CHEVALLIER (J.),** *L'État de droit*, Montchrestien, Paris, 2ème édition, 1994.

- **COUTU (M.),** *Max Weber et les rationalités du droit*, LGDJ, coll. "Droit et Société", Paris, 1995.

- **DE BÉCHILLON (D.),** *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?,* Odile Jacob, Paris, 1997.

- **DELMAS-MARTY (M.),** *Pour un droit commun*, Seuil, Paris, 1994 ; *Le relatif et l'universel*, Seuil, Paris, 2004 ; *Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2006.

- **DE SAUSSURE (F.),** *Cours de linguistique générale*, Payot, Paris, 1975.

- **DI MANNO (T.),** *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, Economica-PUAM, Paris, 1997.

- **DUMAS (R.),** *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, L'Harmattan, Paris, 2008.

- **ERRERA (R.),** *Et ce sera justice : Le juge dans la Cité*, Gallimard, Paris, 2013.

- **FERRY (L.),** *La révolution transhumaniste*, Plon, Paris, 2016.

- **FINKIELKRAUT (A.),** *La seule exactitude*, Stock, Paris, 2015.

- **FROMONT (M.),** *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, coll. "Connaissance du droit", Paris, 1996.

- **HABERMAS (J.),** *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz et Ch. Bouchindhomme, Gallimard, Paris, 1997.

- **HAENEL (H.) et FRISON-ROCHE (M.-A.),** *Le juge et le politique*, PUF, Paris, 1998.

- **HAROUEL (J.-L.),** *Les droits de l'Homme contre le peuple*, Desclée De Brouwer, Paris, 2016.

- **HAMON (F.) et TROPER (M.),** *Droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 37ème éd., 2016.

- **KANT (E.),** *Critique de la raison pratique*, trad. F. Picavet, PUF, Paris, 3ème éd., 1989.

- **KUHN (T.),** *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972.

- **LENOBLE (J.),** *Droit et communication : La transformation du droit contemporain*, Du Cerf, Paris, 1994.

- **MARGUÉNAUD (J.-P.),** *CEDH et droit privé : L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La documentation française, Paris, 2001.

- **MAZABRAUD (B.),** *De la juridicité : Le droit à l'école de Ricoeur*, Presses Universitaires de Rennes, coll. "L'univers des normes", Rennes, 2017.

- **NIETZSCHE (F.),** *La volonté de puissance*, Gallimard, Paris, t. II, 1948.

- **OST (F.)**, *Droit et intérêt, Vol. 2. Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990 ;

- **OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.),** *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications de la faculté de droit de Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

- **POPPER (K. R.),** *L'univers irrésolu, plaidoyer pour l'indéterminisme*, Hermann, Paris, 1984.

- **RICOEUR (P.),** *Du texte à l'action. Essai d'herméneutique II*, Cerf, Paris, 1986 ; *La critique et la conviction*, Calman-Levy, Paris, 1995 ; *Lectures 2. La contrée des philosophes*, Seuil, Paris, 1999 ; *Le Juste 2*, Paris, Esprit, 2001 ; *L'herméneutique biblique*, Cerf, coll. "La nuit surveillée", Paris, 2001 ; *Temps et Récit. Tome III, Le temps raconté*, Le Seuil, Paris, 2005 ; *Le conflit des interprétations*, Seuil, Paris, 2013 (réed).

- **ROSA (H.),** *Accélération. Une critique sociale du temps*, La Découverte, coll. "Théorie critique", Paris, 2010 ; Aliénation *et accélération : Vers une théorie critique de la modernité tardive*, éd. La Découverte, Paris, 2014.

- **ROSANVALLON (P.),** *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Paris, 2006 ; *Le Bon Gouvernement*, Seuil, Paris, 2015.

- **ROUSSEAU (J.-J.),** *Du contrat social*, présentation par B. Bernardi, GF Flammarion, Paris, 2001.

- **SAURUGGER (S.),** *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Presses nationales de Sciences-Po, coll. "Références Gouvernances", Paris, 2009.

- **SAVATIER (R.),** *Le juge dans la cité française. 1965-1967*, Dalloz-Sirey, Paris, 1967.

- **SCHMETZ (R.),** *L'argumentation selon Perelman : Pour une raison au coeur de la rhétorique*, Presses universitaires de Namur, Namur, 2000.

- **VIGUIER (J.),** *La République doit-elle vraiment « guillotiner » ses juges ?*, Privat, Toulouse, 2014.

- **VON IHERING (R.),** *L'évolution du droit*, trad. de la 3e édition allemande par O. de Meulenaere, Chevalier Marescq, Paris, 1901 ; *L'Esprit du droit romain*, trad. de la 3e éd., t. IV, Forni Editore Bologna, 1969.

- **WEBER (M.),** *Essais sur la théorie de la science*, Pocket, Paris, 1992.

- **WITTGENSTEIN (L.),** *Investigations philosophiques*, Gallimard, coll. "bibliothèque des Idées", Paris, 1961.

- **ZEMMOUR (É.),** *Un quinquennat pour rien*, Albin Michel, Paris, 2016.

III. Ouvrages collectifs

- **AMSELEK (P.) (dir.),** *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995.

- **BIOY (X.), MAGNON (X.), MASTOR (W.), MOUTON (S.) (dir.),** *Question sur la Question (QsQ) : Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruylant, Bruxelles, 2013.

- **CHAMPEIL-DESPLATS (V.) et LOCHAK (D.) (dir.),** *À la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, Presses universitaires de Paris Nanterre, Nanterre, 2008.

- **COLLECTIF,** *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'Honneur de R. Perrot,* Dalloz, Paris, 1996.

- **DANBLON (E.), DE JONGE (E.), KISSINA (E.) et NICOLAS (L.),** *Argumentation et narration*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2008.

- **DE BÉCHILLON (D.) (dir.),** *Les défis de la complexité. Vers un nouveau paradigme de la connaissance ?*, L'Harmattan, Paris, 1994.

- **FALLON (D.) (dir.),** *Les normes de référence du contrôle de constitutionnalité*, LGDJ-Presses universitaires juridiques de Poitiers, Paris-Poitiers, 2017.

- **GUILLOUD-COLLIAT Colliat (L.) (dir.)**, *L'européanisation du droit : Quelle influence de l'Union européenne sur le droit français ?*, LGDJ, coll. "Grands colloques", Paris, 1ère édition, 2016.

- **PERELMAN (C.) et VANDER ELST (R.) (dir.),** *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, coll. "Travaux du Centre national de recherches de logique", Bruxelles, 1984.

- **SAJO (A.) (dir.),** *Abuse : The Dark Side of Fundamental Rights*, Eleven international publishing, Utrecht, 2006.

- **SUDRE (F.) (dir.),** *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la CEDH*, Bruylant, Bruxelles, 2002 ; *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Anthemis, Bruxelles, 2014.

- **VAN COMPERNOLLE (J.) (dir.),** *Le rôle du juge dans la cité*, Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Actes de colloque du 12 octobre 2001, Bruylant, Bruxelles, 2002.

- **WERRO (F.) (dir.),** *L'Européanisation du droit privé – Vers un Code civil européen ?*, Éditions universitaires de Fribourg, Fribourg, 1998.

IV. Thèses et Mémoires

- **ALLEGAERT (V.),** *Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux*, PUAM, Aix-en-Provence, 2005.

- **AMSELEK (P.),** *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, LGDJ, Paris, 1964.

- **ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.),** *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1998.

- **ARNAUD (C.),** *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, thèse dactylographiée, Université Toulouse 1, 2016.

- **BALLOT (É.),** *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, Mare & Martin, coll. "Bibliothèque des thèses", Paris, 2014.

- **BIOY (X.),** *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux,* Dalloz, Paris, 2003.

- **BLANC-FILY (C.),** *Valeurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : Essai critique sur l'interprétation axiologique du juge européen*, Bruylant, Bruxelles, 2015.

- **CARPENTIER (M.),** *Norme et exception - Essai sur la défaisabilité en droit,* Institut Universitaire de Varenne, Paris, 2014.

- **CAYLA (O.),** *La notion de signification en droit. Contribution a une théorie du droit naturel de la communication*, thèse dactylographiée, Paris II, 1992.

- **CHASSAGNARD (S.),** *La notion de normalité en droit privé français*, thèse dactylographiée, Université Toulouse 1 Capitole, 2000, t. I.

- **COUDERT (C.),** *Réflexions sur le concept de fondamentalité en droit public français*, thèse dactylographiée, Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2011.

- **DISANT (M.),** *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil Constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2010.

- **DUBITON (S.),** *La confrontation des autorités administratives indépendantes au principe démocratique*, LGDJ, Paris, 2016.

- **DUCLERCQ (J.-B.),** *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2015.

- **DUPONT (J.-C. K.),** *Procès et sociabilité en matière de droits de l'homme : Analyse institutionnelle, épistémologique et argumentative des fondements et des techniques de protection des droits de l'homme au Conseil de l'Europe*, thèse dactylographiée, Université Nancy 2, 2009.

- **EL BOUDOUHI (S.),** *L'élément factuel dans le contentieux international*, Bruylant, Bruxelles, 2013.

- **EMILIOU (N.),** *The principle of proportionality in European law, a comparative study*, Mass, Kluwer Law International, London-Boston, 1996.

- **GARCIA (K.),** *Le droit civil européen*, thèse dactylographiée, Université de Limoges, 2006.

- **GIRARD (C.),** *Des droits fondamentaux au fondement du droit : Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2010.

- **GOTTOT (S.),** *La concurrence entre contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité dans l'ordre juridique français : la conciliation des contrôles de régularité de la loi par le juge ordinaire*, thèse dactylographiée Université Toulouse 1, 2016.

- **IVAINER (T.),** *L'interprétation des faits en droit*, LGDJ, Paris, 1988.

- **JANVILLE (T.),** *La qualification juridique des faits*, PUAM, Aix-en-Provence, 2004.

- **JIANG (J.),** *Essai sur la notion de situation juridique et son extension en droit administratif*, thèse dactylographiée, Université Toulouse 1, 1992.

- **LANNOY (M.),** *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, Dalloz, coll. "Nouvelle Bibliothèque de Thèses", Paris, vol. 156, avril 2016

- **LAURENT-BOUTOT (C.),** *La Cour de cassation face aux traités internationaux protecteurs des droits de l'homme*, thèse dactylographiée, Université de Limoges, 2006.

- **LETURCQ (S.),** *Standards et droits fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'Homme*, LGDJ, Paris, t. 125, 2005.

- **MAGNON (X.),** Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien, thèse dactylographiée, Université de Aix-en-Provence, 2002.

- **MAZEN (N.-J.),** *L'insécurité inhérente au système juridique*, thèse dactylographiée, Faculté de droit de Dijon, 1979.

- **MEINDL (T.),** *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGDJ, coll. "Bibliothèque constitutionnelle et de science politique", Paris, t. 112, 2003.

- **MEKHANTER (J.),** *Le contrôle de proportionnalité dans l'action unilatérale de l'administration*, thèse dactylographiée, Paris II, 1990.

- **MEYRAT (I.),** *Droits fondamentaux et droit du travail*, thèse dactylographiée, Université Paris X, 1998.

- **MUZNY (P.),** *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'Homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, Aix-en-Provence, 2005.

- **NIVERT (N.),** *Intérêt général et droits fondamentaux*, thèse dactylographiée, Université de la Réunion, 2012.

- **OUIRINI (H.),** *Essai sur l'européanisation du droit de la consommation*, thèse dactylographiée, Université d'Avignon, 2016.

- **PANAGOPOULOUS (A.),** *Modèle américain ou modèle européen de justice constitutionnelle ? Etude comparative à travers le cas hellénique*, thèse dactylographiée, Université Aix-en-Provence, 2012.

- **PARDINI (J.-J.),** *Le juge constitutionnel et le fait en Italie et en France*, Economica-PUAM, Paris-Aix-En-Provence, 2001.

- **PHILIPPE (X.),** *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Economica, Paris, 1990.

- **PIASECKI (J.),** *L'office du juge administratif des référés : Entre mutations et continuité jurisprudentielle*, thèse dactylographiée, Université du Sud Toulon Var, 2008.

- **PIAZZON (T.),** *La sécurité juridique*, LGDJ, Paris, 2009.

- **PICARD (E.),** *La notion de police administrative*, LGDJ, Paris, vol. 1, t. 2, 1984.

- **PINI (J.),** *Recherches sur le contentieux de constitutionnalité*, thèse dactylographiée, Aix-Marseille III, 1997.

- **PLATON (S.),** *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, LGDJ, Paris, 2008.

- **RAIMBAULT (P.),** *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 2009.

- **RAYNARD (J.),** *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, PUAM, Aix-en-Provence, 2003.

- **RIALS (S.),** *Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, Paris, 1980.

- **SALLES (S.),** *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2016.

- **STRICKLER (Y.),** *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse dactylographiée, Université de Strasbourg, 1993.

- **TASCHER (M.),** *Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation*, thèse dactylographiée, Université de Franche-Comté, 2011.

- **VAN DROOGHENBROECK (S.),** *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme : Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

- **ZERDOUMI (F.),** *Les procédures d'urgence en droit du contentieux administratif : 10 ans de pratique jurisprudentielle*, thèse dactylographiée, Université Lille 2, 2012.

V. Documents de travail et Rapports

- **CONSEIL D'ÉTAT**, *Le juge administratif et le droit de l'Union européenne*, 23 septembre 2015 : http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Dossiers-thematiques/Le-juge-administratif-et-le-droit-de-l-Union-europeenne

VI. Articles de revues et Contributions

- **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* 2015/5, pp. 1355-1380

- **ALEINIKOFF (T.A.),** « Constitutional Law in the Age of Balancing », *Yale Law Journal*, 1987, n° 96, pp. 943- 1005.

- **ALEXY (R.),** « Balancing, Constitutional Review, and Representation », *International Journal of Constitutional Law*, 2005, pp. 572-581.

- **AMSELEK (P.),** « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », in P. Amselek (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, Paris, 1986, pp. 109-163 ; « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, n°10, 1989, pp. 7-10 ; « L'étrangeté ontologique du droit », *Droits*, n° 11, 1990, pp. 85 et s. ; « La teneur indécise du droit », *RDP* 1991, n°5, pp. 1199 et s. ; « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *Revue de métaphysique et de morale*, 1990, n° 3, pp. 385-413 ; « Ontologie du droit et logique déontique », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n°27, 1995, pp. 115-159 ; « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in Renouveau du droit constitutionnel, *Mélanges en l'honneur de L. Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 983-1014 ; « Les fonctions normatives ou catégories modales », *Philosophiques*, vol. 33, n°2, 2006, pp. 391-418 ; « Comment je vois le monde », *communication présentée au séminaire international organisé les 13 et 14 octobre 2016 à Milan par l'Università Statale di Milano et l'Università di Milano-Bicocca sur le thème "Qu'est-ce qu'une règle ? Perspectives ontologiques et pragmatiques"*, 2016 : http://paul-amselek.com/textes/comment-je-vois-le-monde-du-droit.pdf

- **ANDENAS (M.) et BJORGE (E.),** « L'application de la Convention européenne des droits de l'Homme. Quel rôle pour le juge interne ? », *RIDC*, vol. 64, n°2, avril-septembre 2012, pp. 383-415.

- **ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.),** « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ? », *RFDA* 2002, pp. 124-138 ; « La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'Homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution ? » Les *CCC*, n°18, 2005 : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-18/la-prise-en-compte-de-la-convention-europeenne-des-droits-de-l-homme-par-le-conseil-constitutionnel-continuite-ou-evolution.51926.html ; « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges. En théorie et en pratique, un couple juridiquement inséparable », in *Mélanges B. Genevois. Le dialogue des juges*, LGDJ, Paris, 2009, pp. 11-28.

- **ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) et GAUDIN (H.),** « Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen – La conviction d'une piste à emprunter », Les *CCC*, n°27, 2010 : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-27/controle-de-constitutionnalite-des-lois-constitutionnelles-et-droit-europeen-la-conviction-d-une-piste-a-emprunter.51434.html

- **ATIAS (C.),** « Savoirs et pouvoirs juridiques : des ombres portées », *RRJ* 2001-1, pp. 59-75.

- **AUBY (J.-B) et DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.),** « À propos de la notion de droit administratif européen introduction à l'ouvrage droit administratif européen », *Revue française d'administration publique*, n° 123, 2007, pp. 373-385.

- **BARRUÉ-BELOU (R.),** « Le développement des références juridictionnelles dans les visas du Conseil constitutionnel : vers une fonction de Cour suprême ? », *RFDC*, n°106, 2016, pp. 259-282.

- **BASILIEN-GAINCHE (M.-L.),** « L'identité de l'Union européenne : les valeurs aux prises avec les politiques », *E-colloque de la fondation à la mémoire d'A. Cohen sur Les grands enjeux de l'Etat de droit, décembre 2010* : https://ecolloque.fondationmemoirealbertcohen.org/index.php?page=prisespolitiques

- **BELLEY (N.),** « L'émergence d'un principe de proportionnalité », *Les Cahiers de droit*, Vol. 38, n° 2, 2 juin 1997, pp. 245-313.

- **BERGER (V.),** « Les Cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'Homme », Les *NCCC*, n°32, 2011 : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-32/les-cours-constitutionnelles-et-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme.99052.html

- **BERNARDI (A.),** « L'européanisation de la science pénale », *Archives de politique criminelle*, n° 26, 2004, pp. 3-36.

- **BINET (J.-R.),** « Insémination post mortem : d'une injustice à l'autre », *Revue Droit de la famille*, n°12, Décembre 2016, commentaire 267, pp. 63-65.

- **BIOY (X.),** « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », *RIDC*, 2003, vol. 55, n°1, pp. 123-147 ; « Quelles lectures théoriques de la qualification ? », in M. Nicod (dir.), *Les affres de la qualification juridique*, Lextenso-LGDJ-Institut Fédératif de Recherche, coll. "Colloques de l'IFR", Paris-Toulouse, 2016, pp. 9-26 ; « Qu'appelle-t-on "droits fondamentaux" ? », *Revue Politeia* n°30, Autonome 2016, « Les droits fondamentaux, horizon indépassable du droit constitutionnel ? », pp. 215-226.

- **BOISSARD (S.),** « Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité administrative de tous les moyens d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité ? Le difficile dilemme du juge administratif », Les *CCC*, n°11, 2001, pp. 70-81.

- **BONNET (J.),** « Les contrôles a priori et a posteriori », Les *NCCC* n° 40, juin 2013 : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-40/les-controles-a-priori-et-a-posteriori.137432.html

- **BONNET (J.) et ROBLOT-TROIZIER (A.),** « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », Les *NCCC*, n° 53, 2016, pp. 99-120 ; « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », Les *NCCC*, n° 55-56, 2017, pp. 117-149.

- **BOTTEGHI (D.) et LALLET (A.),** « De l'art faussement abstrait (et pas vraiment concret) du contrôle de conventionnalité », *AJDA* 2010, pp. 2416-2423.

- **BOULOIS (N.),** « La double notion d'"inconventionnalité" de la loi », *RFDA* 2011, pp. 124 et s.

- **BOUSTA (R.),** « La "spécificité" du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, vol. 59, n°4, 2007, pp. 859-877 ; « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC* 2011, n° 88, pp. 913-930.

- **BRETONNEAU (A.) et LESSI (J.),** « Référés : l'irrésistible ascension des référés », *AJDA* 2014, pp. 1484 et s.

- **BRUNET (P.),** « Que reste-t-il de la volonté générale ? : Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, pp. 5-19 ; « Le style déductif du Conseil d'État et la ligne de partage des mots », *Droit et société*, n°91, 2015, pp. 545-561.

- **BURGORGUE-LARSEN (L.),** « Les concepts de liberté publique et de droit fondamental », in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, coll. "Thèmes et commentaires", Paris, 2010, pp. 389-407.

- **CADIET (L.),** « La justice face aux défis du nombre et de la complexité », *Les Cahiers de la justice*, n°1, 2010, pp. 13-35.

- **CANIVET (G.),** « La préparation des magistrats de l'ordre judiciaire à l'exercice de leurs fonctions de chef de juridiction et de parquet. Rapport au Garde des Sceaux », 14 février 2007 : http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/rapport-canivet-synthese.pdf

- **CARPENTIER (M.),** « Pour de nouveaux "modèles" de justice constitutionnelle », *RIDC*, vol. 68, n°1, 2016, pp. 1-41.

- **CAYLA (O.),** « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », Les *CCC* n° 7, 1999 : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-7/lire-l-article-55-comment-comprendre-un-texte-etablissant-une-hierarchie-des-normes-comme-etant-lui-meme-le-texte-d-une-norme.52745.html

- **CHALTIEL (F.),** « Le juge administratif, juge européen », *AJDA* 2008, pp. 283 et s.

- **CHAMPEIL-DESPLAT (V.),** « La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, Chron., pp. 323 et s. ; « Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés ? », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°9, 2011, pp. 11-22.

- **CHÉNÉDÉ (F.),** « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme », *D.* 2014, pp. 179 et s. ; « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, pp. 796 et s.

- **CHEVALLIER (J.),** « Le Conseil d'État, au cœur de l'État », *Pouvoirs*, 2007, n°123, pp. 5-17.

- **COOK (W.W.),** « The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws », *Yale Law Journal*, 1924, n°33, pp. 457-488.

- **COSTA (J.-P.),** « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH* n° 2004/57, pp. 103 et s. ; « L'office du juge. En quoi celui du juge de la Cour européenne des droits de l'Homme est-il particulier ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur H. Oberdorff*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 3-14.

- **CRISTAU (A.),** « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, n° 37, pp. 2814 et s.

- **DAVID (R.),** « Les méthodes de l'unification », in *Le Droit comparé – Droits d'hier, droits de demain*, Economica, Paris, 1982, pp. 304 et s.

- **DE GOUTTES (R.),** « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français », *RIDC*, vol. 51 n°1, Janvier-mars 1999, pp. 7-20.

- **DELMAS-MARTY (M.),** « Le phénomène de l'harmonisation : l'expérience contemporaine », in *Pensée juridique Française et Harmonisation européenne du droit, Société de législation comparée,* Paris, Vol. 1, 2003, pp. 39-51.

- **DELPÉRÉE (F.),** « Le principe de proportionnalité en droit public (Éléments d'analyse au départ de la jurisprudence du Conseil d'État) » in *Rapports belges au Xe Congrès international de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1978, pp. 503 et s.

- **DELVOLVÉ (P.),** « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA* 2016, pp. 754 et s.

- **DE MELLO (X.-A.),** « Droit de la concurrence et droits de l'homme », *RTDE*, 1993, pp. 601 et s.

- **DEUMIER (P.),** « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTDC* 2016, pp. 578 et s.

- **DREYER (E.),** « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, pp. 748 et s.

- **DUPONT (J.-C. K.),** « Une reviviscence de la casuistique en droit ? Le raisonnement in specie de la Cour européenne des droits de l'Homme », in S. Boarini (dir.), *La casuistique classique : genèse, formes et devenir*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, Sain-Étienne, 2009, pp. 187-219.

- **DUPRÉ DE BOULOIS (X.) et MILANO (L.),** « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2016, pp. 769 et s.

- **DUTHEILLET DE LAMOTTE (L.) et ODINET (G.),** « Contrôle de conventionalité : in concreto veritas ? », *AJDA* 2016, pp. 1398 et s.

- **EYMERI-DOUZANS (J.-M.),** « La fonction publique française aux prises avec une double européanisation », *Pouvoirs*, n° 117, 2006, pp. 121-135.

- **FATIN-ROUGE STEFANINI (M.),** « La singularité du contrôle exercé a posteriori par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », Les *NCCC*, n° 38, 2013, pp. 205 et s.

- **FAVOREU (L.),** « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, pp. 5-120 ; « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Recueil d'études en hommage à Ch. Eisenmann*, Cujas, Paris, 1975, pp. 33-48 ; « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges en hommage à R. Drago*, Économica, Paris, 1996, pp. 25-42.

- **FAVRET (J.-M.),** « Le rapport de compatibilité entre droit national et droit communautaire », *AJDA* 2001, pp. 727 et s.

- **FERNANDEZ SEGADO (F.),** « La faillite de la bipolarité "modèle américain-modèle européen" en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d'une nouvelle typologie explicative », in *Mélanges F. Moderne*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 1086 et s.

- **FRAISSEIX (P.),** « Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturation des droits de l'homme ? », *RDP*, 2001, pp. 531-553.

- **FULCHIRON (H.),** « Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, pp. 1376 et s. ; « Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, pp. 2496 et s. ; « Contrôle de proportionnalité ou décision en équité ? », *D.* 2016, pp. 1472 et s.

- **GAÏA (P.),** « Le contrôle de conventionnalité », *RFDC*, 2008, HS n°2, pp. 201-207.

- **GIRARDOT (T.-X.),** « Le retour de la loi écran devant le juge des référés, la jurisprudence Carminati confirmée par le juge des référés du Conseil d'État », *AJDA* 2006, pp. 1875 et s.

- **GLAUDET (P.),** « Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme », *LPA*, n° 65, 2004, pp. 11 et s.

- **GOESEL-LE BIHAN (V.),** « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : figures récentes », *RFDC*, n° 70, 2007, pp. 269-295.

- **GONOD (P.) et JOUANJAN (O.),** « À propos des sources du droit administratif. Brèves notations sur de récentes remarques », *AJDA* 2005, pp. 992 et s.

- **GREWE (C.),** « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RUDH* 2004, vol. 16, pp. 26-32.

- **GUINCHARD (S.),** « Vers une démocratie procédurale ? », *Justices*, n° 1, 1999, pp. 91-130.

- **HAFTEL (B.),** « Insémination post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *D.* 2016, pp. 1477 et s. ; « Autorisation d'une insémination post-mortem, une décision de circonstance ? », *D.* 2016, pp. 2392 et s.

- **HAUSER (J.),** « Procréation médicalement assistée : l'exception de la proportionnalité à rude épreuve », *RTDC* 2017, p. 114.

- **JAMIN (C.),** « Les droits fondamentaux en mal d'enracinement », *D.* 2016, pp. 2561 et s.

- **JEULAND (E.),** « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *JCPG* supplément au n° 1-2, 11 janvier 2016, pp. 20-26.

- **KARST (K. L.),** « Legislative Facts in Constitutional Litigation », *The Supreme Court Review* 1960, pp. 75-113.

- **KENNEDY (D.),** « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », in R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia et S. Weatherill (dir.), *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 185-220.

- **KOVLER (A.),** « La Cour européenne des droits de l'Homme face à la souveraineté d'État », *L'Europe en Formation*, n° 368, 2013, pp. 210-215.

- **LADRECH (R.),** « Europeanization of Domestic Politics and Institutions : The Case of France », *Journal of Commons Market Studies*, Vol. 32, Issue 1, mars 1994, pp. 69-88.

- **LASSALAS (C.),** « Insémination post mortem : si le droit devenait compréhensible ? », *Les Petites Affiches*, n°45, 3 mars 2017, pp. 7-14.

- **LE MAIGAT (P.),** « La vie... au-delà de la mort ou l'insémination post mortem à nouveau en question », *Gaz. Pal.* n° 27, 19 juillet 2017, pp. 16 et s.

- **LEVINET (M.),** « Les présupposés idéologiques de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *LPA*, n°254, 2010, pp. 9 et s.

- **LLEWELLYN (K. N.),** « A realistic jurisprudence – The next step », *Columbia Law Review*, vol. 30, n°4, avril 1930, pp. 431-465.

- **LOCHAK (D.),** « Quelle légitimité pour le juge administratif ? », in *CURAPP*, *Droit et Politique*, PUF, Paris, 1993, pp. 141-151.

- **LOMBARD (M.),** « Le droit public de l'économie face à la crise - rapport de synthèse », RFDA, n°4, juillet-août 2010, n°4, pp. 764 et s.

- **MAGNON (X.),** « La QPC, beaucoup de bruit pour quoi ? », *AJDA*, 2010, pp. 1673 et s. ; « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une "juridiction constitutionnelles", une "cour constitutionnelle" et "cour suprême". Proposition de définitions modales et fonctionnelles », in *Mélanges en l'honneur de P. Bon. Long cours*, Dalloz, Paris, 2014, p. 305

- **MARGUÉNAUD (J.-P.),** « Conclusions générales », *LPA*, 2009 n° 46, p. 119 et s.

- **MARKUS (J.-P.),** « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *AJDA* 1999, pp. 99-112.

- **MARTENS (P.),** « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme. Mélanges offerts à J. Velu*, Bruylant, Bruxelles, t. 1, 1992, pp. 49-68 ; « Sur le juge constitutionnel », *RFDC*, n°53, Janvier-mars 2003, pp. 3-16.

- **MASTOR (W.),** « Les rapports entre le droit et la morale dans l'œuvre de Ronald Dworkin : la force d'Hercule et le talon d'Achille », *ADP*, t. 53, 2010, pp. 442-465.

- **MASTOR (W.) et DE LAMY (B.),** « À propos de la motivation sur la non-motivation des arrêts d'assises : "je juge donc je motive" », *D.* 2011, pp. 1154-1155.

- **MATHIEU (B.),** « Sécurité juridique : Le respect de la légitime confiance des citoyens s'impose au législateur », *JCPG* n° 4, 27 Janvier 2014, pp. 170 et s.

- **MEULDERS-KLEIN (M.-T.),** « Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, Actes du colloque organisé par le LERADP de l'Université de Lille II les 15 et 16 décembre 1994, Paris, LGDJ, 1996, pp. 179-213.

- **MONZIOLS (G.),** « Conditions d'accès à l'assistance médicale à la procréation et procréation post-mortem : l'appel des juges à la révision des lois de bioéthique ? », *Médecine & Droit* 2017, n°143, mars 2017, pp. 37-43.

- **MOOR (P.),** « Logique scientifique et logique institutionnelle dans le discours juridique », *Revue européenne des sciences sociales* : https://ress.revues.org/148

- **NEIRINCK (C.),** « Le droit à une vie familiale pour les transsexuels et les homosexuels », in *Le droit à une vie familiale*, Dalloz-Sirey, Paris, 2007, p. 69.

- **OPPETIT (B.),** « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Litec, Paris, 1990, pp. 317-330 ; « Retour à un droit commun européen », in *Pensée juridique Française et Harmonisation européenne du droit*, Société de législation comparée, Paris, Vol. 1, 2003, pp. 15-25.

- **OST (F.),** « Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit », *APD*, t. 31, 1986, pp. 161 et s ; « Originalité des méthodes d'interprétation de la

Cour européenne des droits de l'Homme », in M. Delmas-Martys (dir.), *Raisonner la raison d'État. Vers une Europe des droits de l'Homme*, PUF, coll. "Les voies du droit", Paris, 1989, pp. 405-463 ; « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles de juge », in P. Bouretz (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Esprit, Paris, 1991, pp. 241-272

- **PACTEAU (B.),** « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA*, 1995, n° spécial, pp. 151 et s.

- **PELLIGRINI (B.),** « La portée structurante des droits fondamentaux », *Vie sociale et traitements*, n° 86, 2005, pp. 137-156.

- **PERELMAN (C.),** « La motivation des décisions de justice. Essai de synthèse », in *La motivation des décisions de justice*, Travaux du CNRL, Bruylant, Bruxelles, 1978, pp. 415-426.

- **PERLO (N.),** « L'attribution des effets erga omnes aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en Italie : la révolution est en marche », *RFDC*, n° 104, 2015, pp. 887-910.

- **PFERSMANN (O.),** « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'"État de droit" », in O. Jouanjan (dir.), *Figures de l'État de droit*, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2001, pp. 53 et s.

- **PICARD (E.),** « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 1998, pp. 8 et s.

- **PLESSIX (B.),** « Sécurité juridique et confiance légitime », *RDP*, n° 3, 1er mai 2016, pp. 799 et s.

- **RACINE (J.-B.) et SIIRIAINEN (F.),** « Sécurité juridique et droit économique : Propos introductifs », in L. Boy (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, Bruxelles, 2008, pp. 5-23.

- **RRAPI (P.),** « Le "contrôle abstrait" de constitutionalité comme obstacle à l'identification des discriminations », RTDH 2016 : https://revdh.revues.org/2060

- **RENUCCI (J.-F.),** « Le droit des affaires, domaine nouveau du droit européen des droits de l'homme », *Droit et Patrimoine*, n° 74, 1999, pp. 64 et s.

- **RIBES (D.),** « Le réalisme du juge constitutionnel », Les *CCC* n°22, 2007 : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-22/le-realisme-du-conseil-constitutionnel.50708.html

- **RIGAUX (F.),** « La liberté d'expression et ses limites », *RTDH* 1995/23, pp. 401-415.

- **ROBERT (J.-H.),** « La marée montante de la proportionnalité », *JCPG*, n° 14, 4 avril 2016, pp. 401 et s.

- **ROUSSEAU (D.),** « Retour sur un monstre juridique », in *Mélanges en l'honneur du professeur H. Oberdorff*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 125-128.

- **ROUSSEAU (D.), GAHDOUN (P.-Y.) et BONNET (J.),** « Chronique de jurisprudence constitutionnelle (2016) », *RDP* 2017, n° 1, PP. 175 et s.

- **ROUVIÈRE (F.),** « Apologie de la casuistique juridique », *D. 2017*, pp. 118 et s. ; « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTDC* 2017, pp. 524 et s.

- **SCHULTZ (T.),** « Pesée d'intérêts : réflexions autour de la notion d'intérêt », *Diritto & questioni pubbliche*, vol. 3, 2003, pp. 299-312.

- **STIRN (B.)**, « L'Europe, terre de liberté et foyer de la démocratie », in *Mélanges en l'honneur du professeur H. Oberdorff*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 87-92.

- **STONE SWEET (A.) et MATHEWS (J.),** « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, n° 47, pp. 72-164.

- **SUDRE (F.),** « Le recours aux "notions autonomes" », in *L'Interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 93 et s. ; « La dimension internationale et européenne des droits et libertés fondamentaux », in *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, Paris, 4ème édition, 1998, pp. 17-35 ; « La subsidiarité "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos des protocoles 15 et 16 à la Convention », *JCPG*, n° 42, 2013, p. 1912 ; « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCPG* n° 11, 13 mars 2017, pp. 502-513.

- **SURREL (H.),** « Conseil constitutionnel et jurisprudence de la Cour EDH », Les *NCCC*, n° 53, 2016, pp. 179-186.

- **SZYMCZAK (D.),** « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'Homme : vers la fin de "l'exception française" ? », in Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ? Strasbourg, Institut Carré de Malberg et Institut Michel Villey, 6 mai 2011, pp. 1-21 : http://institutvilley.com/IMG/pdf/David_Szymczak.pdf

- **TAJADURA TEJADA (J.),** « La doctrine de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction des partis politiques », *RFDC*, n° 90, 2012, pp. 341-343.

- **TERPAN (F.),** « Le constitutionnalisme européen : penser la constitution au-delà de l'État », in *Mélanges en l'honneur du professeur H. Oberdorff*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 181-192.

- **THIBIERGE (C.),** « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », RTDC 2003, pp. 599-628.

- **TROIANIELLO (A.),** « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat*, 2003, n° 124, pp. 58-72.

- **VALEMBOIS (A.-L.),** « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », Les *CCC*, n° 17, mars 2005 : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-17/la-constitutionnalisation-de-l-exigence-de-securite-juridique-en-droit-francais.51965.html

- **VAN COMPERNOLLE (J.),** « Vers une définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in *Mélanges offerts à F. Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 495-506.

- **VANDER ELST (R.),** « Justice et sécurité juridique », in *Justice et Argumentation, Essais à la mémoire de C. Perelman, G. Haarscher et L. Ingber*, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1986, pp. 19-27.

- **VANDERMEEREN (R.),** « La réforme du référé administratif », in G. Lebreton (dir.), *Regards critiques sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1999 et 2000*, L'Harmattan, Paris, 2002, pp. 143 et s.

- **VAUTHIER (J.-P.) et VILLA (F.),** « Le Conseil d'État autorise une exportation de gamètes destinée à une insémination post mortem », *JCPG*, 2016, n°29, pp. 864 et s.

- **VIALA (A.),** « De la critique des droits de l'Homme à l'obsession républicaine du droit-de-l'hommisme », in *Mélanges en l'honneur du professeur H. Oberdorff*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 51-70.

- **VIALETTE (M.), COURREGE (A.) et ROBINEAU-ISRAËL (A.),** « Les temps de la justice administrative », in *Mélanges en l'honneur de D. Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 833-846.

- **WACHSMANN (P.),** « L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux" », *RUDH*, 2004, pp. 40-49.

- **ZENATI-CASTAING (F.),** ; « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007, pp. 1559 et s. ; « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTDC* 2016, pp. 511 et s.

VII. Articles de Jurisprudence

- **BRETONNEAU (A.),** « Droits subjectifs contre interdit législatif », *RFDA* 2016, pp. 740 et s.

- **AFROUKH (M.),** « Le juge des référés, censeur de la loi ! Note sous Conseil d'État, assemblée, 31 mai 2016, requête numéro 396848 », *Gaz. Pal*, n°24, 28 juin 2016, pp. 23 et s.

- **CAMBY (J.-P.),** « La sécurité juridique : une exigence juridictionnelle (Observations à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 24 mars 2006, Société KPMG) », *RDP*, n° 5, 2006, pp. 1169 et s.

- **M., D.,** « Insémination post-mortem : autorisation à Rennes, refus à Toulouse », *Revue Juridique Personnes et Famille*, n°11, 1er novembre 2016, pp. 7 et s.

- **DEMARET (M.),** « L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité : l'arrêt E.B. contre France », *Journal des tribunaux*, n° 6343, 2009, pp. 145-149.

- **GARÉ (T.),** « Controverse sur la restitution des gamètes en vue d'une insémination post-mortem : des ambiguïtés du principe de proportionnalité ? », *Revue Juridique Personnes et Famille*, n°12, 1er décembre 2016, pp. 43 et s.

- **GIRARD (D.),** « Le contrôle concret de conventionnalité de la loi enfin admis par le juge administratif des référés : Note sous CE Ass., 31 mai 2016, Gonzalez-Gomez, n° 396848 », *Revue générale du droit*, 2016 : http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2016/09/06/le-controle-concret-de-conventionnalite-de-la-loi-enfin-admis-par-le-juge-administratif-des-referes/

- **GUYOMAR (M.),** « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », *Gaz. Pal.,* 2016, n° 28, pp. 29 et s.

- **NI GHAIRBHIA (N.),** « Les premiers pas vers l'autorisation d'exporter des gamètes du défunt en vue de leur utilisation pour une insémination post mortem ? ; Note sous Conseil d'État, assemblée, 31 mai 2016, requête numéro 396848 et Tribunal administratif de Rennes, 11 octobre 2016, ordonnance numéro 1604451 », *Gaz. Pal*. n°1, 3 janvier 2017, pp. 80 et s.

VIII. Décisions du Conseil constitutionnel

- Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*.

- Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*.

- Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*.

- Décision n° 88-1082/1117 AN du 21 octobre 1988, A.N., *Val-d'Oise (5ème circ.)*.

- Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*.

- Décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*.

- Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, *M. John L. et autres*.

IX. Arrêts, Ordonnances et Avis du Conseil d'État

- CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, Rec. Leb., p. 541.

- CE, Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, n°58502.

- CE Ass. 28 mai 1971, *Ville nouvelle Est*, Rec. Leb., p. 411.

- CE, 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c. M. X.*, n° 11604.

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

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

- CE ass. 19 avril 1991, *Mme Babas*, n° 117680.

- CE, 24 mai 1995, *Brunet*, n° 131990.

- CE Sect., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, n° 158592.

- CE, 10 janvier 2001, *France nature environnement*, n° 217237.

- CE, 11 octobre 2001, *M. Hauchemaille*, n°238849.

- CE, 30 décembre 2002, *Carminati*, n°240430.

- CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n°255886.

- CE ord., 9 décembre 2005, *Allouache et a.*, n° 287777.

- CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110.

- CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n°279522.

- CE, 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, n°296845 et 29690.

- CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme C.,* n° 298348.

- CE ord., 16 juin 2010, *Diakité*, n°340250.

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

- CE, 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326.

- CE ord., 27 août 2012, *Groupe d'information et de soutien des immigrés et autres*, n°361402.

- CE ord., 9 janvier 2014, *Ministre de l'intérieur c. Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374508.

- CE, Ass., 24 juin 2014, *Mme Lambert*, n°375081.

- CE, 23 juillet 2014, *Société d'éditions et de protection route*, n° 354365.

- CE, 12 novembre 2015, *Mme B*., n° 372121.

- CE, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres*, n°368082, 368083, 368084.

- CE, 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n°390023.

- CE, 31 mai 2016, *Mme C. A*., n° 396848.

- CE, 31 mai 2016, *Jacob*, n° 393881.

- CE, ord., 22 juillet 2016, *Mme B*., n°400913.

- CE ord., 28 juillet 2016, *M. B...,* n° 401800.

- CE, 26 août 2016, *Ligue des droits de l'Homme et a.,* n° 402742.

- CE ord., 26 septembre 2016, *Arrêté Cagnes-sur-Mer*, n° 403578.

- CE, 3 novembre 2016, *Association France Nature Environnement*, n° 360212.

X. Jugements et Arrêts des autres Juridictions administratives

- TA de Strasbourg, 8 décembre 1994, *Entreprise Transports Freymuth c. Ministère de l'environnement*, n° 931085.

- TA de Rennes, *Mme A...I..., veuve H...,* n°1604451.

- TA de Toulouse, statuant au contentieux, 13 octobre 2016, n° 1405903.

XI. Arrêts et Avis de la Cour de cassation

- C. Cass, Chambre mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre et Société J. Weigel contre administration française*, n° 75-13556.

- C. Cass, AP, 11 décembre 1992, n° 91-11.900.

- C. Cass, AP, QPC, 16 avril 2010, *MM. Melki et Abdeli,* n° 10-40002.

- C. Cass, AP, 15 avril 2011, n° 589/590/591/592.

- C. Cass, civ. 1ère, 7 juin 2012, n° 10-26.947 et n° 11-22.490.

- C. Cass, civ. 1ère, 4 décembre 2013, n° 12-26.066.

- C. Cass, crim, QPC, 17 décembre 2014, n° 14-90.043.

- C. Cass, civ. 1ère, 25 février 2016, n° 15-12.403.
- C. Cass, civ. 1ère, 9 novembre 2016, arrêt n°1234-15-25.068.
- C. Cass., crim, 1er février 2017, arrêts n° 102/104/105.
- C. Cass, civ. 1ère, 5 juillet 2017, n° 824-825-826-827.

XII. Arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme

- CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique*, n° 1474/62-1677/62-1691/62-1769/63-1994/63-2126/64.
- CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70.
- CEDH, 8 juin 1976, *Engel c. Pays-Bas*, n° 5100/71 et s.
- CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72.
- CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, n° 5310/71.
- CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, n° 5856/72.
- CEDH, 28 juin 1978, *König c. RFA*, n° 6232/73.
- CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, n° 6538/74.
- CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74.
- CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73.
- CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, n° 6878/75 et 7238/75.
- CEDH, 22 février 1989, *Barford c. Danemark*, série A n° 149.
- CEDH (Plénière), 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88.
- CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig c. France*, n° 11801/85.
- CEDH, 22 mai 1990, *Autronic AG c. Suisse*, n° 12726/87.
- CEDH, 6 juillet 1990, *M. B. c. France*, n° 12547/86.
- CEDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, n° 12849/87.
- CEDH (Plénière), 25 mars 1992, *B. c. France*, n°13343/87.
- CEDH, 23 septembre 1994, *Hokkanen c. Finlande*, n° 19823/92.
- CEDH, 9 décembre 1994, *López-Ostra c. Espagne*, n° 16798/90.
- CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie*, n° 15318/89.
- CEDH, 24 avril 1996, *Boughanemi c. France*, n° 22070/93.

- CEDH, 15 novembre 1996, *Cantoni c. France*, n° 17862/91.
- CEDH, 18 février 1999, *Waite et Kennedy et Beer et Reegan c. Royaume-Uni*, n° 28934/95 et 26083/94.
- CEDH, 5 octobre 2000, *Maaouia c. France*, n° 39652/98.
- CEDH, 18 Janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, n° 27238/95.
- CEDH, 9 avril 2002, *Podkolzina c. Lettonie*, n° 4676/99.
- CEDH, 27 mars 2003, *Satka et autres c. Grèce*, n° 55828/00.
- CEDH [GC], 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, n° 31443/96.
- CEDH, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n°46827/99 et 46951/99.
- CEDH, 13 juillet 2006, Doubinskaïa c. Russie n° 4856/03.
- CEDH, 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c. France*, n° 65411/01.
- CEDH, 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/50.
- CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*, n° 25389/05.
- CEDH [GC], 22 janvier 2008, *E.B c. France*, n° 43546/02.
- CEDH 3ème sect., 21 février 2008, *Ravon et autres c. France*, n° 18497/03.
- CEDH, 4 décembre 2008, S*. et Marper c. Royaume-Uni*, n° 30562/04 et 30566/04.
- CEDH, 18 février 2010, *Taffin et contribuables associés c. France*, n° 45396/04.
- CEDH, 25 février 2010, *Renaud c. France*, n° 13290/07.
- CEDH, 14 octobre 2010, *Brusco c. France*, n° 1466/07.
- CEDH, 14 octobre 2010, *Pedro Ramos c. Suisse*, n° 10111/06.
- CEDH [GC], 3 novembre 2011, *S.H. et autres c. Autriche*, n° 57813/00.
- CEDH, 3 avril 2012, *Michelioudakis c. Grèce*, n° 54447/10.
- CEDH, 4 juin 2013, *Marc-Antoine c. France*, n° 54984/09.
- CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10.
- CEDH, 5e Sect., 24 juin 2014, *Lambert et autres c. France*, n° 46043/14.
- CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson et Labassée c. France*, n° 65192/11 et n° 65941/11.
- CEDH [GC], 1er juillet 2014, *SAS c. France*, n° 43835/11.

- CEDH [GC], 5 juin 2015, *Lambert et autres c. France*, n° 46043/14.

- CEDH, 25 août 2015, *Jacky Renard c. France*, n° 3569/12.

- CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, n°40183/07.

- CEDH, 21 juin 2016, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, n° 5809/08.

- CEDH, 6 avril 2017, *A.P., Garçon et Nicot c. France*, n° 79885/12, 52471/13 et 52596/13.

XIII. Arrêts et avis de la Cour de justice des Communautés européennes/Cour de justice de l'Union

- CJCE, 6 avril 1962, *Bosch*, aff. C-13/61.

- CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. C-6-64.

- CJCE, 31 mars 1971, *AETR*, aff. C-22/70.

- CJCE, 14 juillet 1972, *Azienda Colori Nazionali c. Commission*, aff. C-57-69.

- CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c. Parlement européen*, aff. C-294/83.

- CJCE, 22 mai 1990, *Parlement c. Conseil*, aff. C-70/88.

- CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, aff. C-6/90 et C-9/90.

- CJCE, 15 février 1996, *Duff E.A*., aff. C-63/93.

- CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, aff. C-46/93 et C-48/93.

- CJCE, 18 décembre 1997, *Interenvironnement Wallonie*, aff. C-129/96.

- CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi*, aff. C-402 et 415/05 P.

- CJUE, 29 juin 2010, *Procédure pénale c. E et F.*, aff. C-550/09.

- CJUE, 16 décembre 2010, *Kahla Thuringen Porzellan c. Commission*, C-537/08.

- CJUE, 5 avril 2015, *Aranyosi- Caldararu*, aff. C‑404/15 et C‑659/15 PPU.

- CJUE, 11 novembre 2015, *Klausner Holz Niedersachsen GmbH c. Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-505/14.

- CJUE, 28 juillet 2016, *Association France nature environnement c. Premier ministre et ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie*, aff. C-379/15.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE **2**
REMERCIEMENTS **5**
LISTE DES ABRÉVIATIONS PRINCIPALES **6**
SOMMAIRE **8**
INTRODUCTION **9**

PARTIE 1 – LE CONTRÔLE CONCRET DE CONVENTIONNALITÉ DU JUGE ADMINISTRATIF : UNE INSTALLATION NÉCESSAIRE ET AMBIGUË **35**

Chapitre 1 – La nécessité de l'arrêt Gomez-Turri dans un paysage marqué par l'indétermination et la fondamentalisation du Droit 36

Section 1. Le contrôle concret de proportionnalité comme mode exemplaire de résolution des conflits juridiques 36

§1. La nature indéterminée de la réglementation juridique dans un litige 37

A- L'incomplétude ontologique des règles juridiques 38

B- La périlleuse dimension linguistique et textuelle des règles juridiques 43

§2. Le caractère contextuel et combinatoire de la conclusion d'un litige 50

A- La tentative de dépassement du discours explicite du texte pour le cas 51

B- L'établissement d'une orientation explicite selon le cas 55

Section 2. Le contrôle concret de proportionnalité comme aboutissement logique de la fondamentalité 59

§1. L'ontologie étonnante des droits fondamentaux 60

A- L'ambiguïté foncière des énoncés "fondamentaux" et de leur application : un élément au service d'un raisonnement concret et de proportionnalité 60

B- Une fondamentalité des droits caractérisée par la controverse juridictionnelle et la proportionnalité 69

§2. L'ontologie détonante des droits fondamentaux européens 75

A- L'omniprésence de l'effectivité-concrétisation des droits dans la jurisprudence de la CEDH 75

B- L'omniprésence du droit au juge et de la proportionnalité concrète dans la jurisprudence de la CEDH 82

Chapitre 2 – Les contours ambigus de l'arrêt Gomez-Turri dans un paysage marqué par la concrétisation du Droit 86

Section 1. La généralisation ambivalente du contrôle concret de conventionnalité dans le contentieux administratif 87

§1. L'utilisation poncive d'un contrôle concret de proportionnalité par l'arrêt 88

A- Un contrôle exploitant sensiblement l'algorithme contemporain de jugement 88

B- Un contrôle largement appliqué par le juge administratif 92
§2. L'originalité patente du contrôle concret de conventionnalité dans l'arrêt 97
A- Un contrôle cristallisant la force des éléments factuels 97
B- Un contrôle étoffant son champ d'action et son architectonique 103
Section 2. La généralisation paradoxale d'un double étage de conventionnalité dans le contentieux administratif 108
§1. L'incongruité manifeste du contrôle abstrait de conventionnalité dans l'arrêt 109
A- L'antilogie de la logique abstraite avec le contrôle de proportionnalité dans les droits fondamentaux 109
B- L'antilogie de la logique abstraite avec la nature du contrôle de conventionnalité français 114
§2. L'opportunité manifeste du contrôle abstrait de conventionnalité dans l'arrêt 119
A- L'usage détourné du contrôle, un élément au service du Juge administratif et de la Loi 119
B- L'usage détourné du contrôle, un élément au service du Juge administratif et des droits de la requérante 124

PARTIE 2 – LES CONSÉQUENCES DE L'INTRODUCTION DU CONTRÔLE CONCRET SUR LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF : L'ÉMERGENCE D'UNE PRÉVISIBILITÉ JURIDIQUE RENOUVELÉE 128
Chapitre 1 – L'émergence d'une prévisibilité juridique méthodologique : un facteur de fixité et de flexibilité 129
Section 1. Une méthodologie limpide au service des procès 130
§1. La nature dialogique du contrôle concret de conventionnalité des lois 130
A- L'avènement d'une mise en concurrence concrète dans les procès 131
B- L'avènement de l'équité et de l'égalité dans les procès 134
§2. La nature justificative du contrôle concret de conventionnalité des lois 137
A- L'indispensable activité de justification des parties et du juge 137
B- L'indispensable transparence de l'argumentation du juge 140
Section 2. Une méthode flexible au service des procès 142
§1. La vivification permanente des éléments du procès 143
A- L'établissement d'une solution propre à la réalité du monde normatif environnant 143
B- L'établissement d'une solution propre à la réalité du monde factuel environnant 146
§2. La pacification tangible des parties au procès 149

A- La fonction d'apaisement du cas et de l'ordre juridique 150
B- La médiation encore rudimentaire du juge administratif 153
Chapitre 2 – L'émergence d'une prévisibilité juridique substantielle : un facteur de stabilité et de mutabilité 157
Section 1. La réalisation d'une prévisibilité normative au service des procès 158
§1. La tension séculaire entre la prévisibilité juridique et le contrôle concret 158
A- La dangereuse tentation d'arbitraire et d'instabilité du raisonnement concret 158
B- Le dangereux sentiment d'incertitude d'une solution décontextualisée 164
§2. L'expression prescriptive du contrôle concret de conventionnalité dans l'arrêt 167
A- Les répercussions vertueuses du raisonnement concret 168
B- Le balisage et l'effet généralisant de l'arrêt Gomez-Turri 172
Section 2. La réalisation d'une prévisibilité relative au service du procès 176
§1. L'insoluble paradoxe de la Sécurité juridique 177
A- L'évidente connivence entre la justice et la prévisibilité juridique 177
B- L'éventuelle évolution des positions juridiques selon les cas 182
§2. La mutation subséquente des relations dans l'ordre administratif 187
A- L'impérieuse collaboration normative des juges administratifs 187
B- L'impérieuse régulation normative par le juge suprême administratif 190

CONCLUSION GÉNÉRALE 194
BIBLIOGRAPHIE 196
TABLE DES MATIÈRES 218



Collection des mémoires de l'IFR
Copyright et diffusion 2017
© IFR
Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole
2 rue du Doyen-Gabriel-Marty, 31042 Toulouse cedex 9

ISSN : 2557-4779

Réalisation de la couverture :
www.corep-impression.com