



Introduction au droit

Cours de M. Clément FRANÇOIS

Fascicule de TD

Licence 1 Droit | Année 2024-2025

SOMMAIRE

Séances de travaux dirigés

Séance 1. Initiation à l'étude du droit

Séance 2. Droit, droits et sources du droit

Séance 3. La règle de droit, la morale et la religion

Séance 4. La loi

Séance 5. La Constitution et le contrôle de constitutionnalité

Séance 6. Les traités internationaux et le contrôle de conventionnalité

Séance 7. La jurisprudence

Séance 8. Le dialogue des juges

Séances 9 et 10. Les droits subjectifs

Fiches méthodologiques

Des fiches de méthodologie (de la fiche d'arrêt, du commentaire d'arrêt, de la dissertation, etc.) seront mises en ligne sur l'ENT.

BIBLIOGRAPHIE (NON EXHAUSTIVE)

Manuels

- AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Introduction au droit*, 19^e éd., Sirey, 2023
- BEIGNIER (B.), BINET (J.-R.), THOMAT-RAYNAUD (A.-L.), *Introduction au droit*, 9^e éd., LGDJ, 2024
- CABRILLAC (R.), *Introduction générale au droit*, 15^e éd., Dalloz, 2023
- CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction*, 27^e éd., PUF, 2002
- CORNU (G.), *Droit civil, Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, 2007
- DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, 7^e éd., LGDJ, 2023
- FABRE-MAGNAN (M.), BRUNET (F.), *Introduction générale au droit*, 2^e éd., PUF, 2022
- LARROUMET (Ch.), AYNÈS (A.), *Introduction à l'étude du droit*, 6^e éd., Economica, 2013
- MAINGUY (D.), *Introduction au droit*, 8^e éd., LexisNexis, 2020
- MALAURIE (Ph.), MORVAN (P.), *Introduction au droit*, 9^e éd., Defrénois, 2022
- MALINVAUD (Ph.), BALAT (N.), *Introduction à l'étude du droit*, 24^e éd., LexisNexis, 2024
- SÉRIAUX (A.), *Le Droit, une introduction*, Ellipses, 1998
- TERRÉ (Fr.), MOLFESSIS (N.), *Introduction générale au droit*, 15^e éd., Dalloz, 2023

Lexiques

- Association Henri Capitant, dir. CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, 2022*
- GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.), *Lexique des termes juridiques 2024-2025*, 32^e éd., Dalloz, 2024
- HILAIRE (J.), *Adages et maximes du droit français*, 2^e éd., Dalloz, 2015
- BOYER (L.), ROLAND (H.), *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999

Codes

- Code civil 2025*, Dalloz, 2024*
- Code civil 2025*, LexisNexis, 2024

Espace pédagogique interactif du cours

Via votre ENT.

* : *Ouvrages dont l'acquisition est vivement conseillée*
Bibliographie rédigée début août 2024, vérifiez que de nouvelles éditions ne sont pas sorties depuis

SÉANCE 1 : INTRODUCTION À L'ÉTUDE DU DROIT

I. Présentation du déroulement du semestre

Document n° 1 : C. François, « Présentation de l'enseignement du droit à l'université et conseils méthodologiques »

II. Découverte de l'ordre juridictionnel français

Document n° 2 : Schéma simplifié de l'organisation juridictionnelle française

Document n° 3 : Schéma simplifié de la procédure en matière civile

III. Découverte du Code civil

Document n° 4 : *Code civil 2025*, Dalloz, 2024, p. 1427

Exercices

Répondez aux questions suivantes / faites les exercices suivants :

- 1) Qu'est-ce que le Code civil ? Quelle est la différence entre le code civil rouge et le code civil bleu ?
- 2) À partir du document n° 4 :
 - a) Lisez l'article 1104 du Code civil.
 - b) Que signifie la mention « (*Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1^{er} oct. 2016*) » ?
 - c) Lisez le point « 1. Présomption de connaissance du principe de bonne foi et des conséquences de sa transgression ». À quoi ce point correspond-il ?
 - d) Combien d'alinéas comporte l'article 1104 ?
- 3) En utilisant votre Code civil, trouvez l'article 1242. Combien d'alinéas comporte cet article ?
- 4) En utilisant la table alphabétique de votre Code civil, trouvez l'article qui fixe l'âge de la majorité légale en France (peu importe que vous utilisiez l'édition Dalloz ou LexisNexis).

**Important : les exercices doivent être faits chez vous, avant la séance de TD,
et sont toujours susceptibles d'être relevés et notés !**

À faire en séance : découverte de l'ordre juridictionnel, de la Cour de cassation et des bases de la procédure contentieuse en matière civile : assignation, appel et pourvoi en cassation (documents n° 2 et 3).

Document n° 1 : C. François, « Présentation de l'enseignement du droit à l'université et conseils méthodologiques »

L'enseignement du droit à l'université présente plusieurs spécificités, le présent document expose les principales d'entre elles.

I. Un mot clé : l'autonomie

Le nombre d'heures de cours à l'université est approximativement deux fois moindre qu'au lycée. Cela ne signifie pas pour autant une diminution du travail que vous devrez fournir, bien au contraire. Les heures de cours « perdues » devront être remplacées par un travail personnel en autonomie. Au lycée, il faut assimiler les connaissances transmises par les enseignants et parfois les mettre en pratique par le biais des devoirs à faire « à la maison ». À l'université, vous ne pouvez pas vous contenter de recevoir passivement les connaissances transmises par les enseignants. Vous devez être actif et chercher vous-même des informations complémentaires dans les dictionnaires juridiques, les manuels, les revues juridiques, les bases de données électroniques, etc. L'université ne vise pas uniquement à vous transmettre un certain nombre de connaissances statiques qui seront tôt ou tard périmées, elle vise aussi et surtout à vous permettre de vous forger une capacité de réflexion et à vous enseigner des méthodes qui vous permettront plus tard de chercher, sélectionner et exploiter vous-même les informations utiles à l'exercice de votre profession.

Chaque année, des milliers de règles juridiques – légales, européennes, jurisprudentielles, etc. – sont créées ou modifiées. Les cours de droit ne visent pas à vous faire apprendre toutes ces règles (ce serait impossible), mais à comprendre les logiques qui sous-tendent chaque branche du droit, à savoir trouver et utiliser les règles qui permettent de répondre à n'importe quelle question juridique.

Ne pensez donc pas votre première année de licence comme une sinécure, n'attendez pas que les informations viennent à vous : ce serait la garantie d'un échec. Soyez curieux, lisez, informez-vous, préparez sérieusement vos séances de travaux dirigés. L'année universitaire est intense, mais condensée (si vous réussissez vos examens à la première session, vous aurez presque quatre mois de congés estivaux). Vous êtes le principal artisan de votre propre réussite.

II. Le cours magistral

En raison du nombre relativement élevé d'étudiants présents dans l'amphithéâtre, le cours magistral reste traditionnellement marqué par une forte verticalité de l'enseignement. Aussi, pour ne pas perdre le temps passé sur les bancs des amphithéâtres, il faut s'efforcer de ne pas se contenter de transcrire passivement le cours, mais essayer de le **comprendre** dès le stade de la prise de notes. En faisant cet effort intellectuel plutôt que de rester purement passif, vous parviendrez déjà à assimiler une partie des connaissances. Cela facilitera aussi bien votre préparation des séances de TD (*V. infra*) que votre travail de révision à la veille du galop d'essai et de l'examen terminal (*V. infra*). En outre, ce travail de réflexion vous permettra d'identifier les parties du cours pour lesquelles vous éprouvez des difficultés de compréhension et vous pourrez solliciter l'aide de vos enseignants pour surmonter immédiatement ces difficultés. Si vous découvrez ces difficultés la veille du partiel, ce sera trop tard.

Il existe de nombreux manuels de cours dans toutes les matières juridiques. Certains étudiants les utilisent comme un substitut au cours magistral. Le fait d'assister aux cours magistraux présente toutefois certains atouts.

Premièrement, cela permet de poser des questions à l'enseignant, pendant ou à la fin du cours magistral.

Deuxièmement, l'enseignant distille souvent, au fil de son cours, un certain nombre de conseils, d'anecdotes et d'informations connexes que vous ne trouverez probablement pas dans un manuel de cours au style plus formel.

Troisièmement, travailler uniquement à partir d'un manuel requiert une forte autonomie. Il faut s'astreindre à lire une partie du manuel chaque semaine, car le cours est nécessaire à la préparation des séances de TD et il est illusoire de penser assimiler la totalité du cours la veille de l'examen. L'expérience montre qu'une proportion importante des étudiants qui n'assistent pas aux cours magistraux n'arrive pas à s'astreindre à une telle discipline, ce qui s'en ressent sur les résultats pendant le semestre et à l'examen terminal par rapport aux étudiants qui ont assisté aux cours magistraux.

Quatrièmement, le fait d'être présent aux cours magistraux vous permet de faire connaissance avec vos camarades de promotion. Les études à l'université nécessitent un fort degré d'autonomie, l'entraide peut rendre cette autonomie moins pesante.

Enfin, un dernier argument très pragmatique : les manuels de cours peuvent faire plusieurs centaines de pages et peuvent donc être plus exhaustifs qu'un cours magistral de quelques dizaines d'heures. L'enseignant effectue des choix pédagogiques dans la détermination du programme de son cours magistral : il va insister sur certains points de la matière et survoler, voire passer sous silence d'autres points par manque de temps. Le contrôle des connaissances portera essentiellement sur des sujets qui auront été traités lors du cours magistral ou des séances de travaux dirigés. Si vous ne venez pas aux cours magistraux, vous ne saurez pas quels sujets auront été traités, ce qui vous obligera à apprendre la totalité du manuel de cours et vous créera donc une surcharge de travail.

En conclusion, il est préférable d'utiliser les manuels de cours comme un **complément** et non comme un substitut aux cours magistraux. Les manuels vous permettent de surmonter certaines incompréhensions et de préparer vos séances de TD. En effet, les manuels sont souvent plus complets que le cours magistral et peuvent apporter un regard différent sur la matière par rapport à celui du cours magistral, cela est précieux pour préparer les séances de TD.

III. Les travaux dirigés (TD)

Les séances de travaux dirigés ne sont pas un cours magistral bis. Elles visent à approfondir et à mettre en œuvre les connaissances acquises grâce au cours magistral, à réfléchir et à prendre du recul sur la matière. Le mot clé des TD est donc l'**interaction** : les étudiants doivent profiter de cette séance hebdomadaire pour participer le plus possible à l'oral. Si l'enseignement est principalement vertical dans les cours magistraux, il doit être principalement horizontal dans les séances de TD. Le chargé de TD n'est donc pas là pour vous dicter un cours, il est là pour diriger, animer la séance : il pose des questions, il distribue la parole, il corrige les erreurs, il recentre les débats lorsque ceux-ci commencent à s'éloigner du sujet...

Tout cela implique que vous ayez travaillé, préparé le thème de la séance en amont. Vous devez impérativement avoir lu le fascicule de TD avant la séance de TD et réalisé les exercices demandés, cela sera pris en compte dans votre note de contrôle continu (V. *infra*).

La préparation d'une séance de TD nécessite plusieurs heures de travail chaque semaine et se réalise en trois temps.

1. Commencez par lire et comprendre la partie du cours magistral qui traite du thème de la séance de TD. Il peut arriver que le cours magistral soit en retard par rapport aux thèmes des séances de TD, dans ce cas vous devez utiliser un manuel pour préparer votre séance de TD.

2. Vous devez ensuite lire tous les documents de la séance dans le fascicule de TD. Lors de votre lecture, vous rencontrerez des notions et des documents que vous ne parviendrez pas à comprendre. Cela n'a rien d'anormal. Le droit est une matière ésotérique, elle dispose d'un vocabulaire spécifique que seuls les initiés peuvent comprendre et, à ce stade de vos études, vous n'êtes pas encore « initié ». Vous ne devez toutefois pas vous arrêter à un constat d'échec. Vous devez faire tout votre possible pour tenter de résoudre vos incompréhensions en amont de la séance de TD : utilisez des dictionnaires de la langue française et des dictionnaires juridiques, consultez des manuels de cours (à la bibliothèque), etc. Si, après tous ces efforts, il reste des documents ou des notions que vous ne comprenez pas, alors les séances de TD ont notamment pour objectif de vous aider à surmonter ces difficultés, mais cela ne sera possible que si vous avez d'abord fait l'effort de chercher à comprendre par vous-même.

3. Vous devez enfin réaliser le ou les exercices demandés qui pourront être ramassés et notés. Il sera souvent nécessaire, pour réaliser ces exercices, de rechercher des informations complémentaires dans des manuels, dictionnaires, bases de données électroniques, etc.

IV. Le contrôle des connaissances

Votre moyenne finale en introduction au droit sera constituée de deux notes : une note d'examen terminal, à la fin du semestre et une note de contrôle continu reflétant le travail fourni tout au long du semestre pour la préparation des TD et pendant les séances de TD.

Votre moyenne de TD sera elle-même constituée de plusieurs notes :

- Une ou plusieurs notes de « devoir maison ». Chaque semaine, vous aurez un ou plusieurs exercices à réaliser. Votre chargé de TD est susceptible de ramasser et de noter n'importe quel devoir maison au cours du semestre. Le plagiat est malheureusement un phénomène fréquent dans les devoirs maison des étudiants de première année malgré les nombreux messages d'avertissement des enseignants. Une tolérance zéro sera appliquée en la matière : tout texte ou portion de texte recopié dans le devoir sans guillemets **ou** sans indication de l'auteur entraînera une note de 0/20. Le fait de recopier un texte en modifiant quelques mots ou phrases est également considéré comme un plagiat. Le fait de recopier une seule phrase sans guillemets suffit à justifier un 0/20.
- Une note de « galop d'essai ». Le galop d'essai est une sorte d'examen terminal blanc, d'où son nom. Le programme de révision est moins important que pour l'examen terminal puisque le galop a lieu en général vers la moitié du semestre. Le galop d'essai est noté et est affecté d'un coefficient important.
- Une note de participation orale. Cette note est basée sur un critère quantitatif (fréquence de votre participation à l'oral au cours des séances de TD), mais aussi qualitatif (pertinence de vos interventions).
- Il y aura potentiellement une note d'interrogation écrite : l'interrogation écrite est une épreuve plus courte que le galop d'essai (souvent une vingtaine de minutes) et laisse donc moins de place à la réflexion : il s'agit avant tout d'un contrôle des connaissances, affecté d'un coefficient moindre.

V. La recherche documentaire

Lors de la préparation de vos séances de TD, vous pouvez utiliser un certain nombre de ressources documentaires qui vous aideront à comprendre les documents du fascicule et qui vous fourniront les informations nécessaires à la réalisation des exercices (qu'il s'agisse d'un cas pratique, d'un commentaire d'arrêt ou de texte ou d'une dissertation). Utiliser ces ressources n'est pas considéré comme de la « triche », bien au contraire : vous êtes incité à utiliser ces ressources et cela sera valorisé dans votre notation si ces ressources sont correctement exploitées, ce qui signifie notamment qu'il ne faut pas utiliser/citer un document que vous n'avez pas compris (cela vous pénaliserait) et qu'il faut éviter à tout prix le plagiat. Vous pouvez par exemple, lorsque vous commentez un

arrêt, lire ce que la doctrine a pu écrire à propos de cet arrêt, mais si vous reprenez l'idée d'un auteur vous devez systématiquement attribuer cette idée à son auteur dans votre devoir ; si vous citez un extrait du commentaire d'un auteur, vous devez le mettre entre guillemets et indiquer les références de la source de la citation entre parenthèses. En outre, le plan de votre devoir (pour les dissertations et les commentaires) doit toujours être personnel. Enfin, si vous pouvez/devez exploiter les écrits doctrinaux, les décisions de justice, les règles de droit, les journaux, les dictionnaires, etc., l'utilisation de devoirs rédigés par d'autres étudiants et publiés sur Internet, gratuitement ou non, est considérée comme de la fraude.

Voici un aperçu des principales sources documentaires que vous pouvez, et parfois devez utiliser.

A) Le Code civil (obligatoire)

En première année, il vous faudra nécessairement faire l'acquisition d'un Code civil. Vous en aurez besoin aussi bien au premier qu'au second semestre. Le Code civil sera autorisé au galop d'essai et à l'examen terminal pour le cours d'introduction au droit.

Les deux principaux éditeurs qui commercialisent une version annotée du Code civil (c'est-à-dire que les articles du code sont enrichis de la jurisprudence y relative) sont Dalloz (codes à la couverture rouge) et LexisNexis (codes à la couverture bleue). Il est préférable d'acquérir la dernière édition du Code, c'est-à-dire, pour cette année, l'édition 2024 (titre : « Code civil 2025 »). Les deux éditeurs proposent une « édition limitée » de leur code à un tarif plus abordable de 20€ : cette édition limitée a un contenu identique à l'édition « normale », seule la couverture peut changer.

B) Les dictionnaires juridiques (fortement conseillés)

Un bon dictionnaire juridique vous sera utile tout au long de vos études, c'est donc un investissement qui sera rapidement rentabilisé. Le *Vocabulaire juridique* de l'association Henri Capitant, qui était dirigé par Gérard Cornu, est une référence en la matière (V. la bibliographie p. 2). Si vous ne souhaitez pas faire l'acquisition d'un dictionnaire, vous pouvez toujours vous rendre à la bibliothèque pour en utiliser un.

C) Les manuels de cours (utiles)

Il existe, pour chaque matière juridique, de nombreux manuels rédigés par des enseignants-chercheurs. Certains sont très synthétiques et proposent un contenu plus ou moins équivalent à un cours magistral : ils peuvent être utiles pour rattraper une séance à laquelle vous n'avez pas pu assister ou pour revenir sur un sujet que vous n'avez pas compris lors du cours magistral. D'autres manuels sont plus étoffés et peuvent être utiles lors de la préparation des séances de TD, pour approfondir les connaissances acquises lors du cours magistral.

Vous trouverez une bibliographie non exhaustive des manuels d'introduction au droit à la page 2. Il est utile de faire l'acquisition de l'un de ces manuels si vous éprouvez des difficultés avec la matière (essayez de feuilleter plusieurs manuels afin d'acheter celui qui vous convient le mieux). À défaut, il est utile de consulter des manuels en bibliothèque pour préparer vos séances de TD.

D) Les revues juridiques (rarement utilisées en première année)

Il existe de nombreux périodiques spécialisés dans lesquels des enseignants-chercheurs et des praticiens du droit (avocats, notaires, magistrats, etc.) publient des articles qui visent à répondre à des questions juridiques ou à commenter (expliquer) les nouvelles lois et les nouvelles décisions de justice qui sont nombreuses chaque année. C'est une ressource très précieuse pour les praticiens du droit et il faudra donc vous familiariser avec ces revues juridiques au cours de vos études, mais il est rare que les étudiants les utilisent lors du premier semestre de la première année, car il s'agit d'une ressource documentaire relativement difficile d'accès à ce niveau des études.

L'abonnement à ces revues est généralement relativement cher (bien que les étudiants bénéficient de réductions), mais l'université y est abonnée et vous pouvez donc consulter la version papier de ces revues en bibliothèque ou la version électronique à distance (V. *infra*).

E) Les bases de données juridiques électroniques

Les bases de données électroniques ont pris une place majeure dans la pratique du droit et vous aurez recours à certaines d'entre elles dès votre première année d'études. Voici un aperçu des principales bases de données juridiques.

Les bases de données gratuites (service public de la justice) :

- <https://legifrance.gouv.fr> : ce site regroupe tous les textes normatifs français, codifiés ou non (lois, décrets, arrêtés, etc.) et une partie des décisions de justice rendues en France. Vous devez apprendre à l'utiliser dès cette année.
- Les sites des principales juridictions : <https://www.courdecassation.fr/> <http://www.conseil-etat.fr/> <https://www.conseil-constitutionnel.fr/> <https://curia.europa.eu/> (Cour de justice de l'Union européenne) <https://www.echr.coe.int/> (Cour européenne des droits de l'homme).

Les bases de données payantes, mais auxquelles vous pouvez accéder gratuitement depuis votre ENT :

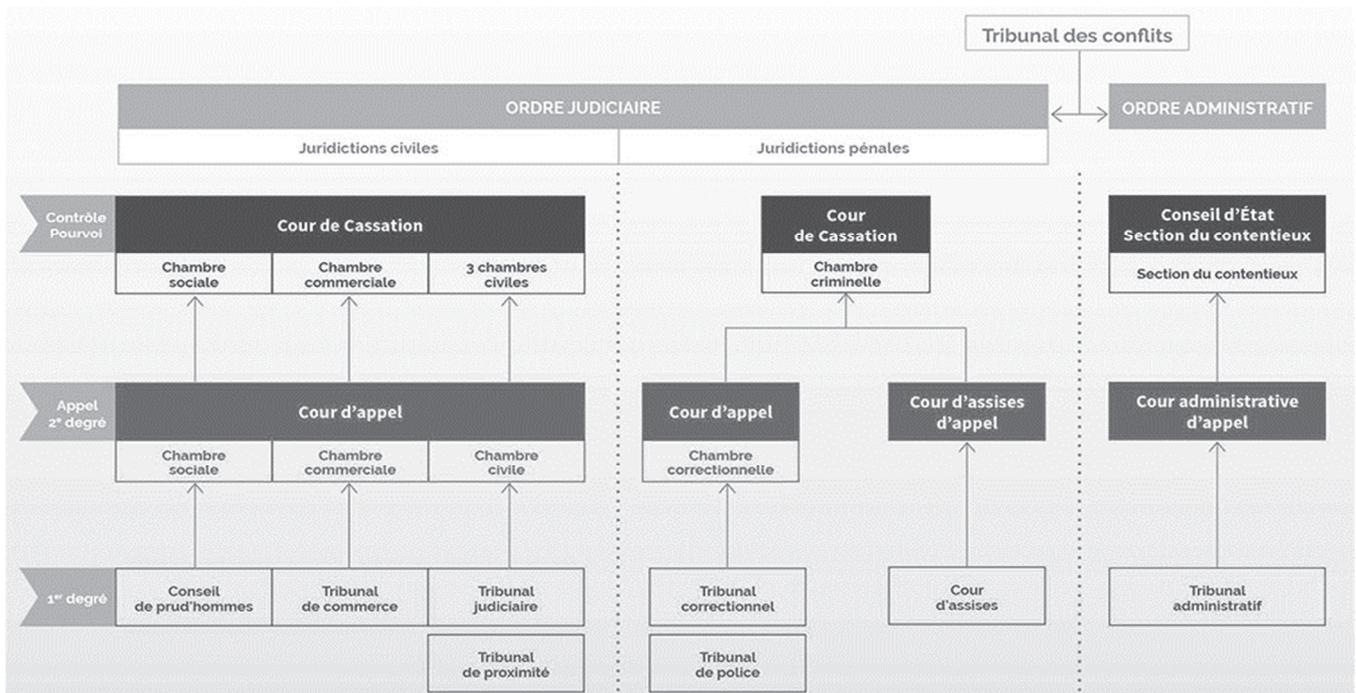
- Dalloz – revues et publication : Dalloz est l'un des principaux éditeurs juridiques, vous pouvez accéder sur ce site aux revues éditées par Dalloz (*Revue trimestrielle de droit civil*, *Recueil Dalloz*, etc.), aux encyclopédies juridiques Dalloz (comme le *Répertoire de droit civil Dalloz*, qui est une sorte de Wikipedia juridique rédigée exclusivement par des personnes qualifiées), à *Dalloz Actualité*, à une version électronique de tous les codes édités par Dalloz (dont le Code civil), etc.
- Dalloz – livres électroniques : ce site vous permet de feuilleter en version électronique tous les ouvrages (dont les manuels) publiés par l'éditeur Dalloz à partir des années 2010. C'est très pratique pour consulter un ouvrage sans avoir à vous déplacer à la bibliothèque. Dalloz est propriétaire de la marque Sirey, les ouvrages édités par Sirey (comme le manuel d'introduction au droit de MM. Aubert et Savaux) se trouvent donc également sur Dalloz Bibliothèque.
- Lamyline : ce site donne accès aux revues de la marque Lamy (*Revue juridique Personnes et Famille*, *Revue Lamy Droit civil*, *Droit et Patrimoine*, etc.) et aux ouvrages Lamy (qui sont des classeurs thématiques avec feuillets amovibles, à mi-chemin entre un manuel et une encyclopédie juridique).
- Lexbase : en plus de donner accès aux revues de l'éditeur Lexbase, ce site propose une base de données des décisions des juges du fond (cours d'appel, tribunaux d'instance et de grande instance, etc.) plus riche que la base de données du site Legifrance.
- Lexis 360 (Jurisclasseur LexisNexis) : LexisNexis est l'un des principaux éditeurs juridiques, ce site donne notamment accès à toutes les revues éditées par LexisNexis (*La semaine juridique*, par exemple, que l'on nommait autrefois *Jurisclasseur périodique*, abrégé *JCP*) et aux *Jurisclasseurs* (encyclopédies juridiques concurrentes des *Répertoires Dalloz*). Contrairement à l'éditeur Dalloz, LexisNexis ne propose encore aucune version électronique de son Code civil.
- Lextenso : ce site donne accès aux revues de l'éditeur Lextenso, comme *Les Petites Affiches*, *Gazette du Palais*, *Revue des contrats*, *Defrénois*, etc. Depuis peu, il donne également accès, en version électronique, à certains ouvrages édités par la société Lextenso (éditions LGDJ notamment), comme le manuel d'introduction au droit de Mme Deumier.
- Le doctrinal (ex-Doctrinal Plus) : les bases de données juridiques des éditeurs privés étant payantes, leurs contenus ne sont pas indexés par Google, il est donc impossible d'effectuer une recherche dans toutes ces bases de données à partir de Google et vous êtes contraint d'utiliser le moteur de recherche propre à chaque éditeur. Le doctrinal est un moteur de recherche qui permet de rechercher simultanément dans toutes les principales bases de données payantes. Cela peut être pratique, même si les algorithmes de le doctrinal sont moins performants que ceux de Google et souvent aussi moins performants que ceux des moteurs de recherche de chaque éditeur.

F) L'espace pédagogique interactif (EPI)

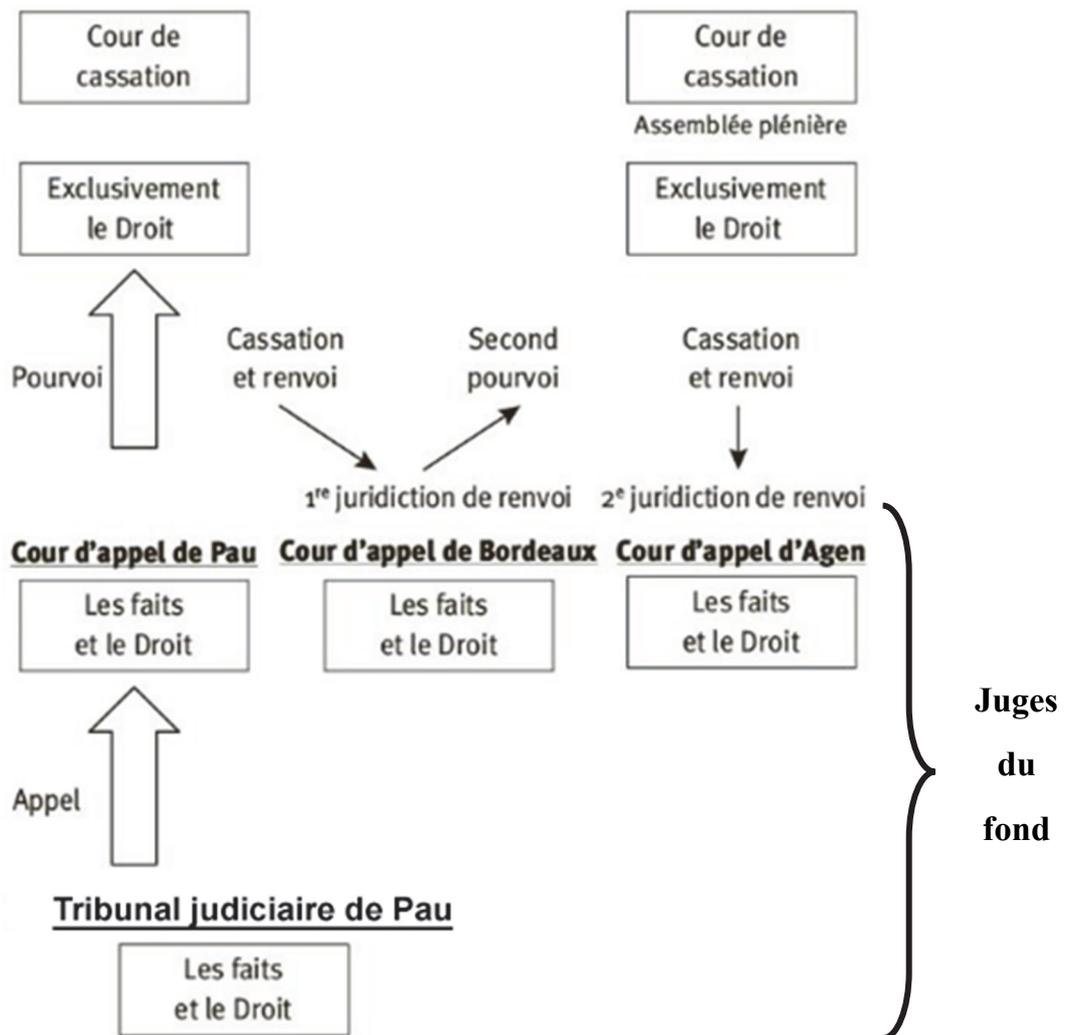
Un « espace pédagogique interactif » pour le cours d'introduction au droit sera créé au début du semestre. L'adresse vous sera communiquée lors du cours magistral.

Il est vivement recommandé de visiter régulièrement cet espace qui contiendra notamment des conseils méthodologiques. Des documents pourront être ajoutés au cours du semestre, notamment des conseils de lecture. C'est aussi par le biais de cet EPI que certaines informations importantes vous seront communiquées (date du galop d'essai, programme de révision, etc.).

Document n° 2 : Schéma simplifié de l'organisation juridictionnelle française (Source : <https://www.justice.fr/>)



Document n° 3 : Schéma simplifié de la procédure en matière civile (Source : M. Douence et M. Azavant, *Institutions juridictionnelles*, 3^e éd., Dalloz, 2017, p. 171 ; mis à jour au 09/2020)



◆ Réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat, V. art. 1231 s.

9. Transaction. Selon les art. 1103 et 2052, la réparation du dommage est définitivement fixée à la date à laquelle une transaction est intervenue, celle-ci faisant obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet. • Civ. 2^e, 4 mars 2021, ☞ n° 19-16.859 P.

10. Force obligatoire et réglementation nouvelle. Il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique une réglementation nouvelle, notamment

lorsque celle-ci est susceptible de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours. • CE, ass., 24 mars 2006 : Sté KPMG : D. 2006. 1224 ☞ ; *ibid.* Chron. 1190, obs. Cassia ☞ ; JCP 2006. II. 10113, note Bélorgey ; AJDA 2006. 1028, chron. Landais et Lénica ☞ ; RFDA 2006. 463, concl. Aguila ☞ ; *ibid.* 483, étude Moderne ☞ ; RDC 2006. 856, obs. Brunet, et 1038, obs. Pérès ; Defrénois 2006. 1868, obs. Libchaber ; RTD civ. 2006. 527, obs. Encinas de Munagorri ☞ • CE 13 déc. 2006, ☞ M^{me} Lacroix, n° 287845 : D. 2007. 847, note Bui-Xuan ☞ ; RFDA 2007. 6, concl. Guyomar ☞ ; *ibid.* 275, note Éveillard ☞ ; RDC 2007. 1091, obs. Pérès.

Art. 1104 (Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1^{er} oct. 2016) Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public. – Dispositions transitoires, V. Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 9, ss. art. 1386-1.

Comp. C. civ., art. 1134, al. 3, anc.

Le contrat de travail est exécuté de bonne foi (C. trav., art. L. 1222-1).

RÉP. CIV. v° Bonne foi, par P. LE TOURNEAU et M. POUMARÈDE.

BIBL. ► BARBIER, RDT 2023. 106 ☞ (les droits fondamentaux infléchis par le devoir de bonne foi -- quand le droit du travail éclaire le droit commun des contrats).

1. Présomption de connaissance du principe de bonne foi et des conséquences de sa transgression. L'obligation de loyauté et de sincérité s'impose en matière contractuelle et nul ne saurait voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas rappelé à une partie ce principe de bonne foi élémentaire ou les conséquences de sa transgression. • Civ. 1^{re}, 31 oct. 2012, ☞ n° 11-15.529 P : D. 2012. 2658 ☞ ; RTD civ. 2013. 109, obs. Fages ☞ ; Gaz. Pal. 2012. 3355, obs. Avril.

2. Bonne foi et dignité. L'atteinte à la dignité de son salarié constitue pour l'employeur un manquement grave à son obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail ; l'employeur qui a continué, en toute illégalité, à utiliser de l'amiante alors qu'il n'était plus titulaire d'aucune autorisation dérogatoire, a manqué à son obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail. • Soc. 8 févr. 2023, ☞ n° 21-14.451 B : D. 2023. 1977, obs. Bacache ☞ ; Dr. soc. 2023. 367, obs. Willmann ☞ ; JCP 2023, n° 419, obs. Knetsch.

I. BONNE FOI : NÉGOCIATION ET FORMATION DU CONTRAT

3. Exigence de bonne foi lors des négociations précontractuelles. Sur le principe de bonne foi devant gouverner les négociations précontractuelles, son caractère d'ordre public, ainsi que sur la sanction de sa violation V. art. 1112 et la jurisprudence citée. ◆ Pour un accord de principe analysé comme l'engagement de poursuivre de bonne foi les négociations entreprises, sans obligation d'aboutir : • Com. 2 juill. 2002, ☞ n° 00-13.459 : RTD civ. 2003. 76, obs. Mestre et Fages ☞.

4. Exigence de bonne foi et dol. Prise en compte de la bonne foi dans la formation du contrat sur le terrain du dol, V. art. 1137 s. ◆ Application en matière de cautionnement : V. • Com. 8 nov. 1983 : Bull. civ. IV, n° 298 (absence d'information de la caution sur la situation irrémédiablement compromise du débiteur principal ; V. conf., • Civ. 1^{re}, 26 nov. 1991, ☞ n° 90-14.978 P. ◆ Pour des annulations de cautionnement fondées sur un manquement à l'obligation de bonne foi, V. • Civ. 1^{re}, 16 mai 1995, ☞ n° 92-20.976 : JCP 1996. II. 22736, note X. Lucas • 18 févr. 1997, ☞ n° 95-11.816 P : Gaz. Pal. 1997. 2. Somm. 446, obs. S. Piedelièvre ; CCC 1997, n° 74, obs. Leveneur (décision déduisant de ce manquement l'existence d'un dol par réticence) • 13 mai 2003, ☞ n° 01-11.511 P : D. 2004. 262, note Mazuyer ☞ ; D. 2003. AJ 2308, obs. Avena-Robardet (2^e esp.) ☞ ; JCP 2003. II. 10144, note Desgorges ; *ibid.* I. 170, n° 1 s., obs. Loiseau ; Defrénois 2003. 1568, obs. Libchaber ; Dr. et patr. 2/2004. 125, obs. Chauvel ; LPA 24 nov. 2003, note Houtcieff ; RTD civ. 2003. 700, obs. Mestre et Fages ☞ (inopposabilité de la clause énonçant que la caution ne fait pas de la situation du cautionné la condition déterminante de son engagement). ◆ Rapp. • Com. 17 juin 1997, ☞ n° 95-14.105 P : R., p. 235 ; D. 1998. 208, note Casey ☞ ; JCP E 1997. II. 1007, note D. Legeais ; RTD civ. 1998. 100, obs. Mestre ☞, et 157, obs. Crocq ☞ (il y a faute de la part d'une banque, engageant sa responsabilité, à exiger, dans des conditions exclusives de la bonne foi, un aval d'un montant manifestement disproportionné avec les revenus et le patrimoine de l'avaliste).

5. Applications particulières : adhésion à un contrat d'assurance. L'obligation de répon-

SÉANCE 2 : DROIT, DROITS ET SOURCES DU DROIT

I. Les différentes acceptions (sens) du terme « droit » : Droit objectif, droits subjectifs, droit positif, droit naturel

Document n° 1 : *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, dir. A.-J. Arnaud, 2^e éd., LGDJ, 1993, v° « Droit »

II. Le droit et les sources du droit : sources réelles (ou matérielles) et sources formelles

Document n° 2 : *Vocabulaire juridique*, G. Cornu, Association Henri Capitant (dir.), 12^e éd., PUF, 2018, v° « Source »

Document n° 3 : R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 12^e éd., Dalloz, 2017, n^{os} 98 et s.

Document n° 4 : Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 1

III. Schéma récapitulatif et lecture d'un arrêt de la Cour de cassation

Document n° 5 : Articulation entre les notions de source réelle, source formelle, droit objectif et droit subjectif (Schéma)

Document n° 6 : Cass. 3^e civ., 20 mars 2002, n° 00-16.015

Document n° 7 : Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316

NB : les indications figurant en italique dans le document n° 6 ont été ajoutées par l'enseignant pour vous aider à distinguer les différentes parties de l'arrêt.

Exercice n° 1

Après avoir lu les documents n° 1 à 5, réalisez les exercices suivants :

- Illustrez la distinction entre le droit objectif et le droit subjectif en donnant un exemple de règle de droit (droit objectif) de laquelle découle un droit subjectif. Donnez un exemple de règle de droit de laquelle ne découle aucun droit subjectif.
- Classez les éléments suivants en deux catégories, « droit objectif » et « droit subjectif » : le droit français ; le droit public ; le droit de propriété ; le droit pénal ; le droit au respect de la vie privée ; le droit à la preuve ; le droit positif.
- Énumérez les principales sources formelles du droit positif français.

Exercice n° 2 (initiation à la fiche d'arrêt)

Après avoir lu l'arrêt du document n° 6, répondez aux questions suivantes :

- Quelle est la chambre de la Cour de cassation qui a rendu cet arrêt ?
- Quelle est la question de droit à laquelle la Cour de cassation a dû répondre dans cet arrêt ?
- Quelle a été la réponse apportée à cette question par la cour d'appel ?
- Quelle a été la réponse apportée à cette question par la Cour de cassation ?
- Sur quel texte la Cour de cassation fonde-t-elle formellement cette solution ?
- Quelle cour d'appel s'était prononcée en l'espèce ? Quelle est la cour d'appel de renvoi ?

Pour vous aider à comprendre cet arrêt, vous pouvez vous aider du document n° 3 de la séance n° 1 et d'un dictionnaire juridique.

Exercice n° 3 (découverte de la nouvelle méthode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation)

L'arrêt du document n° 7 a été rédigé avec une nouvelle méthode de rédaction que la Cour de cassation a commencé à mettre en œuvre de manière progressive ces dernières années. L'ancienne méthode de rédaction avait très peu évolué en deux siècles.

Après avoir lu cet arrêt, répondez aux questions suivantes :

- Quelle est la question de droit à laquelle la Cour de cassation a dû répondre dans cet arrêt ?
- Quelle a été la réponse apportée à cette question par la Cour de cassation ?
- **Quels sont, selon vous, les avantage(s) et inconvénient(s) de cette nouvelle méthode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation (pour vous aider, comparez la méthode de rédaction des documents n°s 6 et 7) ?**

**Rappel : les exercices doivent être faits chez vous, avant la séance de TD,
et sont toujours susceptibles d'être relevés et notés !**

À faire en séance : apprentissage de la lecture d'un arrêt de la Cour de cassation et découverte de la méthode de la fiche d'arrêt en prenant pour exemple le document n° 6.

Document n° 1 : Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, dir. A.-J. Arnaud, 2^e éd., LGDJ, 1993, v° « Droit »

DROIT – Sens 1. « Ars aequi et boni » (droit naturel).

Sens 2. L'ensemble des règles en vigueur dans un ordre juridique donné (droit positif ou objectif).

Sens 3. Pouvoir accordé par le droit au sens 2, à des individus ou groupes d'individus, de faire ou de ne pas faire quelque chose, ou de transférer un bien réel ou personnel, ou encore une créance (droit subjectif).

Sens 4. Portion du savoir qui concerne le droit aux sens précédents (discipline ou science juridique).

1. *Droit positif et droit naturel*. Il s'agit de la première grande dichotomie, due à la longue tradition jusnaturaliste dans la conception et la mise en œuvre du droit dans les sociétés occidentales.

Selon les doctrines du droit naturel, le droit est l'ensemble des rapports justes entre les hommes, et l'étude et la pratique du droit consistent dans l'art de l'équitable et du bon. Cette *justice* est appréciée selon l'ordre de l'univers, ordre de la nature et ordre social, en fonction d'une conformité au plan de la nature, une nature harmonieuse régissant jusqu'aux institutions sociales (Aristote), cette harmonie étant due à la sage prévoyance du Dieu créateur (St Thomas d'Aquin) (Villey, 1957).

La lutte contre cette conception dominante véhiculée au cours des siècles par le droit romano-canonique, s'est effectuée au nom de la prééminence du droit positif. Le droit est dit *positif*, par opposition au droit *naturel*, parce qu'il est posé par les personnes ou organes institués pour ce faire. Le droit positif est ainsi constitué des *lois* (quelle que soit leur place dans la hiérarchie des lois), des *coutumes et usages* non abrogés, des *décrets, règlements, arrêtés* et *autres dispositions* prises en vertu d'une loi, de la *jurisprudence* et, dans certains systèmes juridiques, de la *doctrine*.

Une analyse sociologique du phénomène juridique, et de ce que les individus conçoivent comme « droit », conduit à reconnaître que l'existence du droit, tel que nous le connaissons, est inséparable de l'idéologie juridique ; d'où cette définition, que le droit est l'ensemble des principes et des règles à caractère normatif régissant les rapports des individus et des groupes en société, et tel qu'il repose, dans l'esprit de ceux qui y sont assujettis, sur la croyance, a) dans le caractère légitime de l'autorité dont il émane, b) dans le caractère supérieur, vrai et valide des règles posées, c) dans le caractère obligatoire de ce qui est ainsi posé, d) dans la nécessité et la légitimité d'une sanction ainsi que de l'autorité chargée de l'appliquer (Arnaud : 403-405).

2. Une autre grande dichotomie consiste dans la division du droit *objectif* et *subjectif*. Le premier n'est pas autre chose que le droit positif ; mais il est dit, ici, « objectif » parce qu'on l'oppose non plus à l'« ordre naturel », mais à une « qualité » ou à une « faculté » inhérente à l'individu (Villey). Au sens 3, le droit est donc communément appelé « droit subjectif », pour le distinguer du sens 2. Lorsque l'on parle, sans autre précision, de droit ou du droit, il s'agit généralement du droit objectif. Lorsqu'on veut préciser qu'on évoque le droit subjectif, on parle plus volontiers soit du « droit à » (quelque chose) ou du « droit de » (faire ou ne pas faire...), soit des « droits » (au pluriel).

Document n° 2 : Vocabulaire juridique, G. Cornu, Association Henri Capitant (dir.), 12 éd., PUF, 2018, v° « Source »

Source du Droit ; forces d'où surgit le Droit (objectif) ; ce qui l'engendre.

Sens a. Ensemble des données morales, économiques, sociales, politiques, etc., qui suscitent l'évolution du Droit, considérations de base, causes historiques, « forces créatrices » (G. Ripert), sources brutes dites réelles que captent et filtrent les sciences auxiliaires de la législation pour alimenter la politique législative. Comp. *ratio legis*.

Sens b. Forme sous l'action de laquelle la règle naît au Droit ; moule officiel dit source formelle qui préside, positivement, à l'élaboration, à l'énoncé et à l'adoption d'une règle de Droit : fonction reconnue, selon les systèmes juridiques, à la loi, à la coutume, à la jurisprudence ou à la doctrine. Ex. en Droit français, loi et coutume sont les seules sources formelles incontestées, la doctrine et la jurisprudence étant plutôt des autorités (mais l'admission de celle-ci a d'ardents défenseurs et ses créations prétoriennes en font *a posteriori* une source historique).

Document n° 3 : R. Cabrillac, Introduction générale au droit, 12^e éd., Dalloz, 2017, n^{os} 98 et s.

98. Notion de sources du droit ; sources formelles et sources réelles. La poésie de la métaphore, dont la paternité reviendrait à Cicéron qui parlait de *fons juris*, ne dispense pas de préciser le sens de l'expression « sources du droit ». On peut l'entendre comme signifiant sources formelles du droit¹, c'est-à-dire « formes obligées et prédéterminées que doivent inéluctablement emprunter des préceptes de conduite extérieure pour s'imposer socialement sous le couvert de la puissance coercitive du droit² ». Cette conception a été critiquée par l'école sociologique qui la considère comme réductrice : elle n'aboutirait à ne prendre en compte que les normes

¹ Par opposition aux sources réelles, ensemble des facteurs économiques, sociaux, historiques, etc., qui engendrent les règles de droit, les « forces créatrices » du droit (G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1955).

² J. Bonnecase, *Introduction à l'étude du droit*, Sirey, 1931, n° 58.

d'origine étatique, alors que « le droit est plus grand que les sources formelles du droit ». Pour l'école sociologique en effet, le droit émane du groupe social, c'est-à-dire aussi bien des groupements *infra* ou *supra* étatiques (communautés religieuses, associations, syndicats...) que de l'État lui-même. C'est la thèse du pluralisme juridique, poussée à l'extrême par Gurvitch (1894-1945, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, 1935). [...]

Les deux thèses sont irréconciliables car le terme de source est ambigu et désigne pour chacune une réalité différente. L'école sociologique assimile les sources du droit à son fondement : le droit vient du groupe social. Les auteurs qui s'en tiennent aux sources formelles considèrent seulement la forme que prend la règle pour devenir juridique, quelle que soit son origine. La question du fondement du droit ayant déjà été évoquée (v. ss 16 s.), nous ne traiterons ici que des sources formelles du droit.

99. Variété des théories des sources du droit. Chaque système juridique développe une théorie des sources du droit qui lui est propre : comme l'écrivait Jean Gaudemet, « l'histoire des sources est révélatrice de l'histoire de la vie du droit et donc de celle des hommes et de la société ». Elle est d'abord le fruit de l'histoire. Ainsi, les pays romano-germanique font de la loi la source principale de droit. Au contraire, le droit des pays de *Common Law* (Angleterre, et pour une moindre part les États-Unis) est essentiellement jurisprudentiel. La théorie des sources du droit dépend également de l'état de développement du système juridique : il semble que plus ce système est perfectionné, plus le rôle de la coutume s'efface devant celui de la loi. La théorie des sources du droit est surtout le fruit des idéologies.

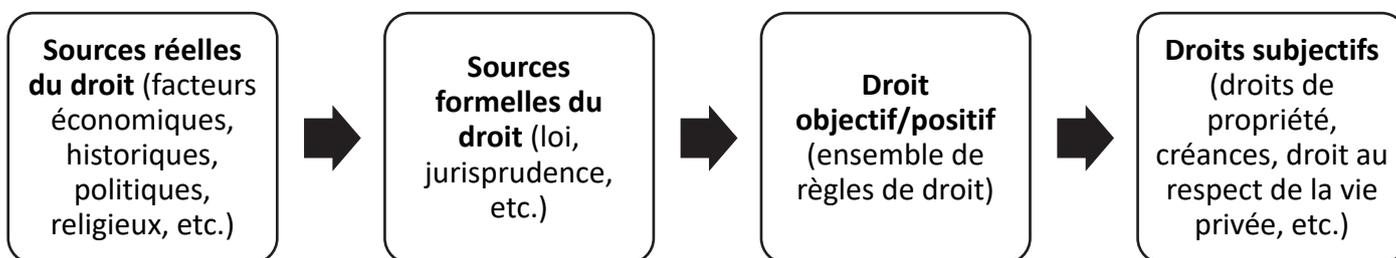
100. Plan. Depuis la Révolution, le droit français fait de la loi la source principale du droit (Chapitre 1), mais le rôle de la jurisprudence (Chapitre 2), de la coutume (Chapitre 3), des principes généraux (Chapitre 4) ou de la doctrine (Chapitre 5) restent à préciser. La rigueur de cette présentation mérite sans doute d'être tempérée, ces différentes sources de droit n'étant pas isolées les unes des autres : pour filer la métaphore, à la manière de vases communicants, le développement d'une source tarit le rôle des autres, rendant les relations entre sources souvent conflictuelles, raison parmi d'autres de la crise qui affecte aujourd'hui les sources du droit (Chapitre 6).

Document n° 4 : Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 1

Depuis des siècles, l'appellation de « sources du droit » sert à désigner la loi, la jurisprudence, la coutume, etc. Elle n'en est pas moins impropre. En bonne logique, on devrait dire – et c'est ainsi que s'expriment les sociologues – que les sources du droit résident dans les éléments *extérieurs* à celui-ci, dont chacun admet qu'ils déterminent en bonne partie son contenu : le droit, abstraction faite d'une certaine part d'indéterminisme, résulte d'un contexte politique au sens large, - historique, social, économique, moral, religieux, philosophique ou idéologique. C'est d'ailleurs ce contexte que les philosophes et théoriciens du droit désignent sous le nom de sources matérielles ou encore réelles du droit (par opposition à ses sources dites formelles, qui sont des sources dogmatiques).

À la vérité, il est aisé de voir que les prétendues sources formelles sont des *modes d'expression* ou, si l'on préfère, des *manifestations* du droit. Si par exemple nous voulons donner à un étranger un aperçu sommaire du droit français actuel, nous dirons qu'il consiste en un corps de législation complété par de la jurisprudence, le tout théorisé par les auteurs : cette assertion des plus banales montre bien que la loi, la jurisprudence et la doctrine ainsi évoquées sont des éléments intrinsèques au droit, voire le droit lui-même. Les deux premières se présentent d'ailleurs comme un *corpus* de normes, soit dans leur totalité (la loi – mais ce serait vrai aussi de la coutume), soit en partie (la jurisprudence).

Document n° 5 : Articulation entre les notions de source réelle, source formelle, droit objectif et droit subjectif (Schéma)



Document n° 6 : Cass. 3^e civ., 20 mars 2002, n° 00-16.015

Sur le moyen unique :

(Visa) Vu l'article 545 du Code civil ;

(Attendu de principe dans un « chapeau ») Attendu que nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité ;

(Faits et procédure) Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 16 mars 2000), que Mme X... et M. Y..., propriétaires de fonds contigus, sont convenus d'ériger une clôture mitoyenne ; que Mme X... a fait assigner M. Y... pour non-respect de cette convention et violation de son droit de propriété ; que l'expert désigné par le Tribunal a relevé un empiètement d'une partie de la clôture, de 0,5 centimètre, sur le fonds de Mme X... ;

(Décision de la cour d'appel) Attendu que pour débouter Mme X... de ses demandes, la cour d'appel a retenu que l'empiètement était négligeable ;

(Décision de la Cour de cassation, le « conclusif ») Attendu qu'en statuant ainsi, alors que peu importe la mesure de l'empiètement, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

(Dispositif) CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 16 mars 2000, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles.

NB : les indications figurant en italique dans le document n° 6 ont été ajoutées par l'enseignant pour vous aider à distinguer les différentes parties de l'arrêt.

MOTIFS

DISPOSITIF

Document n° 7 : Cass. soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 10 janvier 2019), M. X..., contractuellement lié avec la société de droit néerlandais Uber BV par la signature d'un formulaire d'enregistrement de partenariat, a exercé une activité de chauffeur à compter du 12 octobre 2016 en recourant à la plateforme numérique Uber, après avoir loué un véhicule auprès d'un partenaire de cette société, et s'être enregistré au répertoire Sirene en tant qu'indépendant, sous l'activité de transport de voyageurs par taxis.
2. La société Uber BV a désactivé définitivement son compte sur la plateforme à partir du mois d'avril 2017.
3. M. X... a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de requalification de sa relation contractuelle avec la société Uber en contrat de travail, et formé des demandes de rappels de salaires et d'indemnités de rupture.

Examen de la recevabilité de l'intervention volontaire du syndicat Confédération générale du travail-Force ouvrière

4. Selon les articles 327 et 330 du code de procédure civile, les interventions volontaires ne sont admises devant la Cour de cassation que si elles sont formées à titre accessoire, à l'appui des prétentions d'une partie et ne sont recevables que si leur auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie.
5. Le syndicat Confédération générale du travail-Force ouvrière ne justifiant pas d'un tel intérêt dans ce litige, son intervention volontaire n'est pas recevable.

Examen du moyen

Enoncé du moyen

6. Les sociétés Uber France et Uber BV font grief à l'arrêt de dire que le contrat ayant lié M. X... à la société Uber BV est un contrat de travail, alors :

« 1°/ que le contrat de travail suppose qu'une personne physique s'engage à travailler pour le compte d'une autre personne, physique ou morale, moyennant rémunération et dans un rapport de subordination juridique ; que ne constitue donc pas un contrat de travail, le contrat conclu par un chauffeur VTC avec une plateforme numérique, portant sur la mise à disposition d'une application électronique de mise en relation avec des clients potentiels en échange du versement de frais de service, lorsque ce contrat n'emporte aucune obligation pour le chauffeur de travailler pour la plateforme numérique, ni de se tenir à sa disposition et ne comporte aucun engagement susceptible de le contraindre à utiliser l'application pour exercer son activité ; qu'au cas présent, la société Uber BV faisait valoir que le chauffeur concluant un contrat de partenariat reste totalement libre de se connecter à l'application ou non, de choisir l'endroit et le moment où il entend se connecter, sans en informer la plateforme à l'avance, et de mettre fin à la connexion à tout moment ; que la société Uber BV faisait également valoir que, lorsqu'il choisit de se connecter à

l'application, le chauffeur est libre d'accepter, de refuser ou de ne pas répondre aux propositions de courses qui lui sont faites par le biais de l'application et que, si plusieurs refus consécutifs peuvent entraîner une déconnexion de l'Application pour des raisons opérationnelles liées au fonctionnement de l'algorithme, le chauffeur a la possibilité de se reconnecter à tout moment et cette déconnexion temporaire n'a aucune incidence sur la relation contractuelle entre le chauffeur et Uber BV ; que la société Uber BV faisait encore valoir que la rémunération de la plateforme est exclusivement assurée par la perception de frais sur les courses effectivement effectuées par le biais de l'application, de sorte que le chauffeur n'est tenu d'aucun engagement financier envers la plateforme susceptible de le contraindre à utiliser l'application ; que la société Uber BV faisait enfin valoir que le contrat de partenariat et l'utilisation de l'application ne sont assortis d'aucune obligation d'exclusivité pour le chauffeur qui peut librement utiliser de manière simultanée d'autres applications de mise en relation avec la clientèle constituée auprès de plateformes concurrentes et/ou exercer son activité de chauffeur VTC et développer une clientèle par d'autres moyens ; que la société Uber BV en déduisait que la conclusion et l'exécution du contrat par M. X... n'emportaient strictement aucune obligation pour ce dernier de travailler pour le compte de la plateforme, de sorte que la relation contractuelle ne pouvait être qualifiée de contrat de travail ; qu'en jugeant néanmoins que le contrat ayant lié M. X... à la société Uber BV est un contrat de travail, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la conclusion et l'exécution de ce contrat emportaient une obligation à la charge du chauffeur de travailler pour la plateforme ou de se tenir à la disposition de cette dernière pour accomplir un travail, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1221-1, L. 1411-1, L. 7341-1 et L. 8221-6 du code du travail ;

[...] »

Réponse de la Cour

7. Selon l'article L. 8221-6 du code du travail, les personnes physiques, dans l'exécution de l'activité donnant lieu à immatriculation sur les registres ou répertoires que ce texte énumère, sont présumées ne pas être liées avec le donneur d'ordre par un contrat de travail. L'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque ces personnes fournissent des prestations dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard du donneur d'ordre.

8. Selon la jurisprudence constante de la Cour (Soc., 13 nov. 1996, n° 94-13187, Bull. V n° 386, Société générale), le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné.

9. Selon cette même jurisprudence, peut constituer un indice de subordination le travail au sein d'un service organisé lorsque l'employeur en détermine unilatéralement les conditions d'exécution.

10. A cet égard, la cour d'appel a retenu que M. X... a été contraint pour pouvoir devenir "partenaire" de la société Uber BV et de son application éponyme de s'inscrire au Registre des Métiers et que, loin de décider librement de l'organisation de son activité, de rechercher une clientèle ou de choisir ses fournisseurs, il a ainsi intégré un service de prestation de transport créé et entièrement organisé par la société Uber BV, qui n'existe que grâce à cette plateforme, service de transport à travers l'utilisation duquel il ne constitue aucune clientèle propre, ne fixe pas librement ses tarifs ni les conditions d'exercice de sa prestation de transport, qui sont entièrement régis par la société Uber BV.

11. La cour d'appel a retenu, à propos de la liberté de se connecter et du libre choix des horaires de travail, que le fait de pouvoir choisir ses jours et heures de travail n'exclut pas en soi une relation de travail subordonnée, dès lors que lorsqu'un chauffeur se connecte à la plateforme Uber, il intègre un service organisé par la société Uber BV.

12. Au sujet des tarifs, la cour d'appel a relevé que ceux-ci sont contractuellement fixés au moyen des algorithmes de la plateforme Uber par un mécanisme prédictif, imposant au chauffeur un itinéraire particulier dont il n'a pas le libre choix, puisque le contrat prévoit en son article 4.3 une possibilité d'ajustement par Uber du tarif, notamment si le chauffeur a choisi un "itinéraire inefficace", M. X... produisant plusieurs corrections tarifaires qui lui ont été appliquées par la société Uber BV et qui traduisent le fait qu'elle lui donnait des directives et en contrôlait l'application.

13. S'agissant des conditions d'exercice de la prestation de transport, la cour d'appel a constaté que l'application Uber exerce un contrôle en matière d'acceptation des courses, puisque, sans être démenti, M. X... affirme que, au bout de trois refus de sollicitations, lui est adressé le message "Êtes-vous encore là ?", la charte invitant les chauffeurs qui ne souhaitent pas accepter de courses à se déconnecter "tout simplement", que cette invitation doit être mise en regard des stipulations du point 2.4 du contrat, selon lesquelles : "Uber se réserve également le droit de désactiver ou autrement de restreindre l'accès ou l'utilisation de l'Application Chauffeur ou des services Uber par le Client ou un quelconque de ses chauffeurs ou toute autre raison, à la discrétion raisonnable d'Uber", lesquelles ont pour effet d'inciter les chauffeurs à rester connectés pour espérer effectuer une course et, ainsi, à se tenir constamment, pendant la durée de la connexion, à la disposition de la société Uber BV, sans pouvoir réellement choisir librement, comme le ferait un chauffeur indépendant, la course qui leur convient ou non, ce d'autant que le point 2.2 du contrat stipule que le chauffeur "obtiendra la destination de l'utilisateur, soit en personne lors de la prise en charge, ou depuis l'Application Chauffeur si l'utilisateur choisit de saisir la destination par l'intermédiaire de l'Application mobile d'Uber", ce qui implique que le critère de destination, qui peut conditionner l'acceptation d'une course est parfois inconnu du chauffeur lorsqu'il doit répondre à une sollicitation de la plateforme Uber, ce que confirme le constat d'huissier de justice dressé le 13 mars 2017, ce même constat indiquant que le chauffeur dispose de seulement huit secondes pour accepter la course qui lui est proposée.

14. Sur le pouvoir de sanction, outre les déconnexions temporaires à partir de trois refus de courses dont la société Uber reconnaît l'existence, et les corrections tarifaires appliquées si le chauffeur a choisi un "itinéraire inefficace", la cour d'appel a retenu que la fixation par la société Uber BV d'un taux d'annulation de commandes, au demeurant variable dans "chaque ville" selon la charte de la communauté Uber, pouvant entraîner la perte d'accès au compte y participe, tout comme la perte définitive d'accès à l'application Uber en cas de signalements de "comportements problématiques" par les utilisateurs, auxquels M. X... a été exposé, peu important que les faits reprochés soient constitués ou que leur sanction soit proportionnée à leur commission.

15. La cour d'appel, qui a ainsi déduit de l'ensemble des éléments précédemment exposés que le statut de travailleur indépendant de M. X... était fictif et que la société Uber BV lui avait adressé des directives, en avait contrôlé l'exécution et avait exercé un pouvoir de sanction, a, sans dénaturer des termes du contrat et sans encourir les griefs du moyen, inopérant en ses septième, neuvième et douzième branches, légalement justifié sa décision.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

DIT irrecevable l'intervention volontaire du syndicat Confédération générale du travail-Force ouvrière ;

REJETTE le pourvoi ;

SÉANCE 3 : LA RÈGLE DE DROIT, LA MORALE ET LA RELIGION

I. Les critères de la règle de droit : à propos du critère de généralité

Document n° 1 : Loi du 13 juillet 1906 réintégrant le capitaine Dreyfus dans les cadres de l'armée

Document n° 2 : Article 1103 du Code civil

Document n° 3 : Statuts de la société anonyme Renault (extraits)

II. Les rapports entre droit et religion

Document n° 4 : *L'Exode* 20, 2–17, extrait.

Document n° 5 : Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2006, n° 05-16.001

Document n° 6 : Cass. 3^e civ., 18 déc. 2002, n° 01-00.519

Document n° 7 : Cass. soc., 19 mars 2013, n° 12-11.690

Document n° 8 : Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845

Document n° 9 : Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 2020, n° 19-19.387 (extraits)

III. Les rapports entre droit et morale

Document n° 10 : Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, 1996 (extrait)

Document n° 11 : Cass. civ., 27 nov. 1935

Document n° 12 : Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 1994, n° 92-18.639

Document n° 13 : Articles 203, 205, 206 et 207 du Code civil (à lire dans votre Code civil)

Document n° 14 : Articles 726 et 727 du Code civil (à lire dans votre Code civil)

Document n° 15 : Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1999, n° 96-11.946

IV. Les conceptions positivistes et jusnaturalistes du droit

Document n° 16 : G. Radbruch, « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht », *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, p. 105 et s., trad. par M. WALTZ, « Injustice légale et droit supralégal », *Archives de philosophie du droit*, t. 39, *Le procès*, Sirey, 1995, p. 307 et s. (extrait)

Document n° 17 : M. Troper, *La philosophie du droit*, 4^e éd., PUF, 2015, p. 15 et s.

Document n° 18 : A. Ross, « Du droit et de la justice », trad. C. Béal, *Philosophie du droit, Norme, validité et interprétation*, Vrin, 2015, p. 133 et s., spéc. p. 135

Document n° 19 : A. Viala, *Philosophie du droit*, ellipses, 2010, p. 161 (extrait)

NB : les indications figurant en italique dans certains arrêts ont été ajoutées par l'enseignant pour vous aider à distinguer les différents éléments de chaque arrêt.

Exercice n° 1

Après avoir lu les documents n° 4 à 8, répondez aux questions suivantes :

- Citez au moins trois règles du Décalogue qui figurent aujourd'hui dans le Code civil ou le Code pénal (citez les articles du code concernés). Vous pouvez vous aider du site internet <https://legifrance.gouv.fr>.
- Quelles étaient les questions juridiques posées à la Cour de cassation dans les documents n° 7 et 8, et quelles réponses ont été apportées par les hauts magistrats ? Les réponses apportées par la Cour de cassation dans ces deux arrêts rendus le même jour pourraient sembler contradictoires de prime abord, mais elles ne le sont pas. Expliquez pourquoi.

Exercice n° 2 (première mise en pratique de la méthode de la fiche d'arrêt)

Rédigez au propre la fiche d'arrêt du document n° 15 (Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1999) et rédigez au brouillon la fiche d'arrêt du document n° 12 (Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 1994).

Pour vous aider à comprendre ces arrêts, il est important que vous recherchiez le sens des termes et expressions juridiques dans un dictionnaire juridique. Pour vous aider à comprendre la procédure, vous pouvez utiliser le document n° 3 de la séance n° 1. Utilisez la méthode de la fiche d'arrêt enseignée lors de la séance de TD précédente et rappelée dans la fiche méthodologique mise en ligne sur l'EPI.

Débat 1 : Qu'est-ce qu'une règle de droit ? Autrement dit, quel(s) critère(s) permet(tent) de distinguer la règle de droit des autres règles, notamment morale et religieuse ?

Débat 2 : Le droit, la morale et la religion sont-ils des systèmes normatifs totalement indépendants ?

Débat 3 : La justice est-elle une notion absolue, objective, universelle ? Peut-on déterminer scientifiquement ce qui est juste et ce qui est injuste ? Comment déterminer ce qui est juste et ce qui ne l'est pas ? Est-ce le rôle du juriste de déterminer ce qui est « juste », « équitable » ? Le droit doit-il être juste, moral ? Un droit injuste, immoral, cesse-t-il d'être du droit (ex. : le droit nazi était-il du droit ?) ? Que pensez-vous de la phrase suivante : « *l'inceste doit être interdit, parce qu'il a toujours été interdit, de tout temps et en tous lieux* » ?

Préparez des arguments pour participer à ces débats lors de la séance de TD. Pour ce faire, vous pouvez vous aider du cours magistral, des documents du fascicule et éventuellement d'un manuel. **Vous pourrez être interrogé à l'oral par l'enseignant.**

À faire en séance : poursuite de l'apprentissage de la méthode de la fiche d'arrêt à travers la correction de l'exercice n° 2.

**Dernier rappel : les exercices doivent être faits chez vous, avant la séance de TD,
et sont toujours susceptibles d'être relevés et notés !**

N'oubliez pas de faire systématiquement l'effort de chercher la définition des termes juridiques que vous ne connaissez pas en utilisant un dictionnaire juridique. Les termes et expressions du fascicule qui figurent en italique et sont suivis d'un astérisque doivent être compris et connus dès la première année d'étude du droit.

Document n° 1 : Loi du 13 juillet 1906 réintégrant le capitaine Dreyfus dans les cadres de l'armée

LOI réintégrant dans les cadres de l'armée le capitaine d'artillerie breveté Dreyfus (Alfred), avec le grade de chef d'escadron.

Le Sénat et la Chambre des députés ont adopté, Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :
Article unique. – Le capitaine d'artillerie breveté Dreyfus (Alfred) est, par dérogation à l'article 4 de la loi du 20 mars 1880, modifiée par celle du 24 juin 1890, promu chef d'escadron pour prendre rang du jour de la promulgation de la présente loi.

La présente loi, délibérée et adoptée par le Sénat et par la Chambre des députés, sera exécutée comme loi de L'État.
Fait à Paris, le 13 juillet 1906.

A. Fallières

Par le Président de la République :
Le ministre de la guerre,
EUG. ETIENNE
Le président du conseil, ministre de la justice,
F. SARRIEN

Document n° 2 : Article 1103 du Code civil

À lire dans votre code.

Document n° 3 : Statuts de la société anonyme Renault (extraits)

Société Anonyme

Siège social : 13-15, quai Le Gallo – 92100 Boulogne Billancourt
441 639 465 R.C.S. NANTERRE

STATUTS

(Assemblée Générale Mixte du 15 juin 2017)

TITRE PREMIER

FORME - DÉNOMINATION - OBJET - SIÈGE - DURÉE

ARTICLE 1 - FORME DE LA SOCIÉTÉ

La société de forme anonyme est régie par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur et par les présents statuts.

ARTICLE 2 - DÉNOMINATION

La société a pour dénomination :

RENAULT

[...]

ARTICLE 9 - DROITS ET OBLIGATIONS ATTACHÉS AUX ACTIONS

Les actionnaires, dont les actions sont intégralement libérées, ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions nouvelles émises pour réaliser une augmentation de capital. Ce droit préférentiel de souscription s'exercera dans les conditions, modalités et délais prévus par la législation en vigueur.

Les actionnaires peuvent renoncer à titre individuel à leur droit préférentiel.

L'Assemblée Générale des actionnaires qui décide l'augmentation de capital peut supprimer le droit préférentiel de souscription. Elle statue à cet effet, à peine de nullité de la délibération, sur le rapport du Conseil d'Administration et sur celui des Commissaires aux Comptes établis conformément aux dispositions légales et réglementaires.

Outre le droit de vote, chaque action donne droit, dans la propriété de l'actif social et dans le boni de liquidation, à une part égale à la quotité du capital qu'elle représente.

Chaque fois qu'il est nécessaire de posséder plusieurs actions pour exercer un droit, les titres en nombre inférieur à celui requis ne donnent aucun droit à leurs propriétaires contre la société, les actionnaires ayant à faire, dans ce cas, leur affaire du groupement du nombre d'actions nécessaires.

La propriété d'une action emporte de plein droit adhésion aux statuts de la société et aux décisions de l'Assemblée Générale.

Les actions sont indivisibles à l'égard de la société.

Les copropriétaires indivis d'une ou plusieurs actions sont représentés aux Assemblées Générales par l'un d'eux ou par un mandataire unique de leur choix.

En cas de démembrement de la propriété du titre nominatif, l'inscription sur les registres sociaux mentionne le nom de l'usufruitier et du ou des nu-propriétaires. Le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans toutes les Assemblées Générales.

Document n° 4 : L'Exode 20, 2-17

(1) Tu n'auras pas d'autres dieux face à moi.

(2) Tu ne te feras point d'image taillée, ni de représentation quelconque des choses qui sont en haut dans les cieux, qui sont en bas sur la terre, et qui sont dans les eaux plus bas que la terre.

Tu ne te prosterner pas devant d'autres dieux que moi, et tu ne les serviras point ; car moi, l'Éternel, ton Dieu, je suis un Dieu jaloux, qui punis l'iniquité des pères sur les enfants jusqu'à la troisième et la quatrième génération de ceux qui me haïssent et qui fais miséricorde jusqu'en mille générations à ceux qui m'aiment et qui gardent mes commandements.

(3) Tu n'invoqueras point le nom de l'Éternel, ton Dieu, en vain ; car l'Éternel ne laissera point impuni celui qui invoque son nom en vain.

(4) Souviens-toi du jour du repos, pour le sanctifier. Tu travailleras six jours, et tu feras tout ton ouvrage.

Mais le septième jour est le jour du repos de l'Éternel, ton Dieu : tu ne feras aucun ouvrage, ni toi, ni ton fils, ni ta fille, ni ton serviteur, ni ta servante, ni ton bétail, ni l'étranger qui est dans tes portes.

Car en six jours l'Éternel a fait les cieux, la terre et la mer, et tout ce qui y est contenu, et il s'est reposé le septième jour : C'est pourquoi l'Éternel a béni le jour du repos et l'a sanctifié.

(5) Honore ton père et ta mère, afin que tes jours se prolongent dans le pays que l'Éternel, ton Dieu, te donne.

(6) Tu ne tueras point.

(7) Tu ne commettras point d'adultère.

(8) Tu ne déroberas point.

(9) Tu ne porteras point de faux témoignage contre ton prochain.

(10) Tu ne convoiteras point la maison de ton prochain ; tu ne convoiteras point la femme de ton prochain, ni son serviteur, ni sa servante, ni son bœuf, ni son âne, ni aucune chose qui appartienne à ton prochain.

Document n° 5 : Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2006, n° 05-16.001

(Faits et procédure) Attendu que la société GIP, titulaire de la marque de vêtements Marithé François X... (MFG) a, à l'occasion du lancement de sa collection de printemps 2005, fait apposer une affiche, du 1^{er} au 31 mars 2005, sur une surface de 400 m² de la façade d'un immeuble de la porte Maillot à Neuilly-sur-Seine, qui consistait en une photographie inspirée du tableau "La Cène" de Léonard de Vinci, ses participants étant remplacés par des femmes portant des vêtements de la marque et accompagnées d'un homme dos nu ; que l'association Croyances et libertés, estimant que cette publicité était injurieuse à l'égard de la communauté des catholiques, a demandé au *juge des référés** qu'il soit interdit à l'agence Air Paris et à la société MFG d'afficher, de diffuser ou de publier la photographie litigieuse au motif qu'elle constituerait une injure au sens des articles 29, alinéa 2, et 33, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881 et à ce titre un trouble manifestement illicite ; que cette association a ensuite limité ses prétentions à l'affichage public de la photographie litigieuse ; que par *ordonnance** du 10 mars 2005, le tribunal de grande instance de Paris, retenant l'existence de l'injure alléguée, a interdit aux sociétés GIP et JC Decaux publicité lumineuse d'afficher la photographie en tous lieux publics et sur tous supports, ordonné l'interruption de son affichage, fixé une *astreinte** de 100 000 euros, mis hors de cause les autres défendeurs ; que l'affiche a été déposée le 11 mars 2005 et remplacée par l'image de la seule table précédemment utilisée dépourvue de tout personnage ; [...]

Sur les deuxième et troisième moyens du pourvoi de la société GIP et sur le moyen unique du pourvoi de la Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen :

(*Visa**) Vu les articles 29, alinéa 2, 33, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881, ensemble l'article 809 du nouveau code de procédure civile, ainsi que 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

(*Décision de la cour d'appel*) Attendu que pour interdire d'afficher la photographie litigieuse en tous lieux publics et sur tous supports et faire injonction de l'interrompre, la cour d'appel a énoncé que cette affiche, dont la recherche esthétique n'était pas contestée, reproduisait à l'évidence la Cène de Jésus-Christ..., que cet événement fondateur du christianisme, lors duquel Jésus-Christ institua le sacrement de l'Eucharistie, faisait incontestablement partie des éléments essentiels de la foi catholique ; que dès lors l'installation de l'affiche litigieuse sous la forme d'une bache géante sur le passage d'un très grand nombre de personnes, constituait l'utilisation dévoyée, à grande échelle, d'un des principaux symboles de la religion catholique, à des fins publicitaires et commerciales en sorte que l'association Croyances et libertés était bien fondée à soutenir qu'il était fait gravement injure, au sens des articles 29, alinéa 2, et 33, alinéa 3, de la loi susvisée aux sentiments religieux et à la foi des catholiques et que cette représentation outrageante d'un thème sacré détourné par une publicité commerciale leur causait ainsi un trouble manifestement illicite qu'il importait de faire cesser par la mesure sollicitée ; que ladite composition n'avait d'évidence pour objet que de choquer celui qui la découvrait afin de retenir son attention sur la représentation saugrenue de la Cène ainsi travestie, en y ajoutant ostensiblement une attitude équivoque de certains personnages, et ce, au profit de la marque commerciale inscrite au-dessus de ce tableau délibérément provoquant ; que le caractère artistique et l'esthétisme recherchés dans ce visuel publicitaire n'empêchait pas celui-ci de constituer même si l'institution de l'Eucharistie n'y était pas traitée un dévoiement caractérisé d'un acte fondateur de la religion chrétienne avec un élément de nudité racoleur, au mépris du caractère sacré de l'instant saisi ;

(*Décision de la Cour de cassation, le « conclusif* »*) Qu'en retenant ainsi l'existence d'un trouble manifestement illicite, quand la seule parodie de la forme donnée à la représentation de la Cène qui n'avait pas pour objectif d'outrager les fidèles de confession catholique, ni de les atteindre dans leur considération en raison de leur obéissance, ne constitue pas l'injure, attaque personnelle et directe dirigée contre un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS : [...]

(*Dispositif**) CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a déclaré recevable l'intervention volontaire de la Ligue des droits de l'homme et du citoyen ainsi que rejeté l'exception de nullité de la procédure présentée par la société GIP, l'arrêt rendu le 8 avril 2005, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Document n° 6 : Cass. 3° civ., 18 déc. 2002, n° 01-00.519

(*Visa*) Vu l'article 1134 du Code civil, ensemble les articles 9-1 et 9-2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 6 a et c de la loi du 6 juillet 1989 ;

(*Faits et procédure*) Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 27 octobre 2000), rendu en matière de *référé**, que la Société d'investissement et de gestion de la Caisse centrale de réassurance (SIG de CCR) propriétaire d'une résidence avec trois bâtiments composés d'appartements donnés à bail, a, après avoir avisé les locataires, installé une clôture des lieux, fermant une entrée jusqu'alors restée libre, par un système électrique, avec ouverture par digicode le jour et fermeture totale la nuit, l'accès aux immeubles étant limité à l'autre entrée comportant déjà une ouverture par digicode ou carte magnétique ; que des *preneurs** ayant fait connaître à la *bailleresse** que pour des motifs religieux ils ne pouvaient utiliser pendant le sabbat et les fêtes ces systèmes de fermeture, l'ont *assignée** aux fins de la faire condamner à poser une serrure mécanique à l'entrée de la résidence et à leur remettre des clés pour y accéder ainsi qu'au sas de leur immeuble, équipé lui aussi d'un digicode, avec une serrure mécanique inutilisée ;

(*Décision de la cour d'appel*) Attendu que pour accueillir la demande, l'arrêt retient qu'au regard de la liberté de culte garantie par la Constitution et des textes supranationaux, le fait pour la bailleresse de refuser l'installation, au moins pour l'un des accès à la résidence d'une serrure mécanique en plus du système électrique et de remettre des clés aux résidents qui en font la demande, leur cause un trouble manifestement illicite ; que les conventions doivent être exécutées de bonne foi, la pose d'une serrure supplémentaire et la confection de clés n'altérant pas l'équilibre du contrat ;

(*Décision de la Cour de cassation, le « conclusif »*) Qu'en statuant ainsi, alors que les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :

(*Dispositif*) CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 octobre 2000, par la cour d'appel de Paris

Document n° 7 : Cass. soc., 19 mars 2013, n° 12-11.690

(*Faits et procédure*) Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 9 novembre 2011), que Mme X...a été engagée par contrat de travail à durée indéterminée le 4 septembre 2001 par la caisse primaire d'assurance maladie de Seine-Saint-Denis en qualité de technicienne prestations maladie ; que le *règlement intérieur** de la caisse a été complété le 10 février 2004 par une note de service interdisant « le port de vêtements ou d'accessoires positionnant clairement un agent comme représentant un groupe, une ethnie, une religion,

une obédience politique ou quelque croyance que ce soit » et notamment « le port d'un voile islamique, même sous forme de bonnet » ; qu'elle a été licenciée pour cause réelle et sérieuse le 29 juin 2004 aux motifs qu'elle portait un foulard islamique en forme de bonnet ; qu'elle a saisi la *juridiction prud'homale** le 24 mai 2005 en *nullité** de son *licenciement** en soutenant que celui-ci était discriminatoire au regard de ses convictions religieuses ;

(*Moyens du pourvoi : argumentation du demandeur au pourvoi contre la décision de la cour d'appel*) Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande, alors, selon le moyen :

1°/ que les principes de laïcité et de neutralité n'ont vocation à s'appliquer qu'à l'État, aux collectivités publiques, aux personnes morales de droit public et à leurs agents ; qu'en affirmant que ces principes justifiaient en l'espèce le licenciement de Mme X..., en ce que ceux-ci lui interdisaient, dans le cadre de ses fonctions, de porter un « foulard en bonnet » manifestant son appartenance à la religion musulmane quand celle-ci n'était pas un agent de l'État, d'une collectivité publique ou d'une personne morale de droit public, mais une salariée de droit privé travaillant pour le compte d'une personne morale de droit privé, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article 1^{er} de la Constitution et par refus d'application les articles 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article L. 1132-1 du code du travail ;

2°/ qu'aux termes de l'article L. 1121-1 du code du travail, nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ; qu'en affirmant que le licenciement de Mme X..., lequel trouvait son unique cause dans le fait que celle-ci portait, dans l'exercice de ses fonctions un « foulard en bonnet » manifestant son appartenance religieuse, sans rechercher, ainsi que cela lui était demandé, si au regard des fonctions qu'elle exerçait, lesquelles ne la conduisaient pas à être en contact avec les assurés, l'interdiction qui lui était ainsi faite de porter un « foulard en bonnet », était justifiée au regard de la nature des tâches qu'elle avait à accomplir et proportionnée au but recherché, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1121-1 du code du travail et des articles 1^{er} de la Constitution, 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ qu'en disant que le licenciement était justifié quand elle avait elle-même relevé que la salariée portait un simple « foulard en bonnet », ce dont il résultait que l'interdiction qui lui avait été faite n'était pas proportionnée au but recherché, la cour d'appel a violé l'article L. 1121-1 du code du travail et les articles 1^{er} de la Constitution, 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 9 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

4°/ qu'aux termes de l'article L. 1321-3 du code du travail, un règlement intérieur ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ; qu'à cet égard, un règlement intérieur ne saurait apporter de restriction générale à l'exercice d'une liberté fondamentale ; qu'en décidant que le licenciement de Mme X...était fondé dès lors que celle-ci n'avait pas respecté le règlement intérieur de la caisse primaire d'assurance maladie, lequel interdisait pourtant, de façon générale, aux salariés de la caisse le port de vêtements ou d'accessoires manifestant leur appartenance à un groupe, une ethnie, une religion, une obédience politique ou quelque croyance que ce soit et comportait ainsi une restriction générale à l'exercice d'une liberté fondamentale, la cour d'appel a violé l'article L. 1321-3 du code du travail, ensemble les articles 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

(*Décision de la Cour de cassation, le « conclusif »*) Mais attendu que la cour d'appel a retenu exactement que les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé et que, si les dispositions du code du travail ont vocation à s'appliquer aux agents des caisses primaires d'assurance maladie, ces derniers sont toutefois soumis à des contraintes spécifiques résultant du fait qu'ils participent à une mission de service public, lesquelles leur interdisent notamment de manifester leurs croyances religieuses par des signes extérieurs, en particulier vestimentaires ;

Et attendu qu'ayant retenu que la salariée exerce ses fonctions dans un service public en raison de la nature de l'activité exercée par la caisse, qui consiste notamment à délivrer des prestations maladie aux assurés sociaux de la Seine-Saint-Denis, qu'elle travaille en particulier comme « technicienne de prestations maladie » dans un centre accueillant en moyenne six cent cinquante usagers par jour, peu important que la salariée soit ou non directement en contact avec le public, la cour d'appel a pu en déduire que la restriction instaurée par le règlement intérieur de la caisse était nécessaire à la mise en œuvre du principe de laïcité de nature à assurer aux yeux des usagers la neutralité du service public ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

(*Dispositif*) REJETTE le pourvoi ;

Document n° 8 : Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845

Sur le troisième moyen, pris en sa première branche :

(*Visa*) Vu les articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail, ensemble l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

(*Attendu de principe dans un « chapeau »*) Attendu que le principe de laïcité instauré par l'article 1er de la Constitution n'est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public ; qu'il ne peut dès lors être invoqué pour les priver de la protection que leur assurent les dispositions du code du travail ; qu'il résulte des articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail que les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché ;

(*Faits et procédure*) Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, suivant contrat à durée indéterminée du 1er janvier 1997, lequel faisait suite à un emploi solidarité du 6 décembre 1991 au 6 juin 1992 et à un contrat de qualification du 1er décembre 1993 au 30 novembre 1995, Mme X...épouse Y... a été engagée en qualité d'éducatrice de jeunes enfants exerçant les fonctions de directrice adjointe de la crèche et halte-garderie gérée par l'association Baby Loup ; qu'ayant bénéficié en mai 2003 d'un congé maternité suivi d'un congé parental jusqu'au 8 décembre 2008, elle a été convoquée par lettre du 9 décembre 2008 à un entretien préalable en vue de son éventuel licenciement, avec mise à pied à titre conservatoire, et licenciée le 19 décembre 2008 pour faute grave aux motifs notamment qu'elle avait contrevenu aux dispositions du règlement intérieur de l'association en portant un voile islamique ; que, s'estimant victime d'une discrimination au regard de ses convictions religieuses, Mme X...épouse Y... a saisi la juridiction prud'homale le 9 février 2009, à titre principal, en nullité de son licenciement ;

(*Décision de la cour d'appel*) Attendu que, pour dire le licenciement fondé et rejeter la demande de nullité du licenciement, l'arrêt retient que les statuts de l'association précisent que celle-ci a pour but de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes du quartier, qu'elle s'efforce de répondre à l'ensemble des besoins collectifs émanant des familles, avec comme objectif la revalorisation de la vie locale, sur le plan professionnel, social et culturel sans distinction d'opinion politique ou confessionnelle, que conformément à ces dispositions la crèche doit assurer une neutralité du personnel dès lors qu'elle a pour vocation d'accueillir tous les enfants du quartier quelle que soit leur appartenance culturelle ou religieuse, que ces enfants, compte tenu de leur jeune âge, n'ont pas à être confrontés à des manifestations ostentatoires d'appartenance religieuse, que tel est le sens des dispositions du règlement intérieur entré en vigueur le 15 juillet 2003, lequel, au titre des règles générales et permanentes relatives à la discipline au sein de l'association, prévoit que le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche, que les restrictions ainsi prévues apparaissent dès lors justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché au sens des articles L. 1121-1 et L. 1321-3 du code du travail, qu'il résulte des pièces fournies, notamment de l'attestation d'une éducatrice de jeunes enfants, que la salariée, au titre de ses fonctions, était en contact avec les enfants ;

(*Décision de la Cour de cassation, le « conclusif »*) Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le règlement intérieur de l'association Baby Loup prévoit que « le principe de la liberté de conscience et de religion de chacun des membres du personnel ne peut faire obstacle au respect des principes de laïcité et de neutralité qui s'appliquent dans l'exercice de l'ensemble des activités développées par Baby Loup, tant dans les locaux de la crèche ou ses annexes qu'en accompagnement extérieur des enfants confiés à la crèche », ce dont il se déduisait que la clause du règlement intérieur, instaurant une restriction générale et imprécise, ne répondait pas aux exigences de l'article L. 1321-3 du code du travail et que le licenciement, prononcé pour un motif discriminatoire, était nul, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres griefs visés à la lettre de licenciement, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les autres griefs :

(*Dispositif*) CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 octobre 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris ;

Document n° 9 : Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 2020, n° 19-19.387 (extraits)

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 17 mai 2019), la société Blackdivine, société de droit américain, éditrice du site de rencontres en ligne www.gleeden.com, a procédé en 2015 à la publicité de son site par une campagne d'affichage sur les autobus, à Paris et en Ile-de-France. Sur ces affiches figurait une pomme croquée accompagnée du slogan : « Le premier site de rencontres extra-conjugales ».

2. Le 22 janvier 2015, la Confédération nationale des associations familiales catholiques (CNAFC) a assigné la société Blackdivine devant le tribunal de grande instance de Paris afin de faire juger nuls les contrats conclus entre celle-ci et les utilisateurs du site Gleeden.com, au motif qu'ils étaient fondés sur une cause illicite, interdire, sous astreinte, les publicités faisant référence à l'infidélité, ordonner à la société Blackdivine de diffuser ses conditions commerciales et ses conditions de protection des données, et la faire condamner au paiement de dommages-intérêts. Un jugement du 9 février 2017 a déclaré la CNAFC pour partie irrecevable et pour partie non fondée en ses demandes.

3. En cause d'appel, celle-ci a renoncé à certaines demandes et n'a maintenu que celle relative à la publicité litigieuse, sollicitant, outre des dommages-intérêts, qu'il soit ordonné à la société Blackdivine, sous astreinte, de cesser de faire référence, de quelque manière que ce soit, à l'infidélité ou au caractère extra-conjugal de son activité, à l'occasion de ses campagnes de publicité.

Examen des moyens

Sur le premier moyen

Enoncé du moyen

4. La CNAFC fait grief à l'arrêt de rejeter l'ensemble de ses demandes, alors :

« 1°/ que le devoir de fidélité entre époux ressortit à l'ordre public de direction ; qu'en ayant jugé que l'infidélité ne constituait qu'une faute civile ne pouvant être invoquée que par un époux contre l'autre et qu'elle ressortait ainsi seulement de l'ordre public de protection et non de direction, quand ce devoir ne tend pas seulement à protéger les intérêts privés des époux, mais comporte une dimension sociale, la cour d'appel a violé l'article 212 du code civil ;

2°/ que les époux ne peuvent déroger par convention particulière aux obligations nées du mariage ; qu'en ayant jugé que le devoir de fidélité ne ressortissait qu'à un ordre public de protection, car il pouvait y être dérogé par consentement mutuel des époux, la cour d'appel a violé les articles 212 et 226 du code civil ;

3°/ que si l'infidélité peut être excusée ou pardonnée, elle n'en reste pas moins illicite ; qu'en ayant jugé que le devoir de fidélité ne ressortissait pas à l'ordre public de direction, car l'infidélité peut être excusée dans une procédure de divorce, quand une telle excusabilité n'enlève rien à l'illicéité d'un tel comportement, la cour d'appel a violé l'article 212 du code civil ;

4°/ que l'infidélité caractérise un comportement à la fois illicite et antisocial ; qu'en ayant jugé le contraire, au postulat erroné que le devoir de fidélité ne ressortissait qu'à un ordre public de protection, la cour d'appel a violé les articles 212 du code civil, 1 et 4 du code ICC, ensemble les usages en matière de pratiques publicitaires et de communication commerciale ;

5°/ qu'est illicite toute publicité qui fait l'apologie de l'infidélité dans le mariage ; qu'en ayant jugé que la publicité diffusée par la société Blackdivine sur son site et sur son blog n'était pas illicite, en se fondant sur une décision rendue le 6 décembre 2013 par le jury de déontologie publicitaire, laquelle n'était pas opérante, car, d'une part, il n'entre pas dans la mission de ce jury de se prononcer sur le respect des règles de droit et, d'autre part, il avait retenu, contre l'évidence, que le site Gleeden.com n'incitait pas à des comportements trompeurs et mensongers dans le cadre du mariage, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard de l'article 212 du code civil, des articles 1 et 4 du code ICC, ensemble les usages en matière de pratiques publicitaires et de communication commerciale ;

6°/ que la liberté d'expression doit céder devant l'intérêt supérieur que représente le devoir de fidélité au sein d'un couple qui dépasse les simples intérêts privés de ses membres ; qu'en ayant jugé le contraire, pour refuser de faire interdire les campagnes de publicité télévisuelle diffusées par la société Blackdivine, prônant l'infidélité dans le mariage pour attirer des clients sur le site Gleeden.com, la cour d'appel a violé l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. »

Réponse de la Cour

5. L'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que :

« 1.- Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2.- L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

6. Aux termes de l'article 212 du code civil, les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance.

7. Les principes éthiques et d'autodiscipline professionnelle édictés par le code consolidé de la chambre de commerce internationale sur les pratiques de publicité et de communication commerciale, notamment en ses articles 1 et 4, dont la violation peut être contestée devant le jury de déontologie publicitaire, n'ont pas de valeur juridique contraignante. En effet, si, selon l'article 3 de ce code, les autorités judiciaires peuvent l'utiliser à titre de référence, ce n'est que dans le cadre de la législation applicable.

8. L'arrêt énonce, d'abord, à bon droit, que si les époux se doivent mutuellement fidélité et si l'adultère constitue une faute civile, celle-ci ne peut être utilement invoquée que par un époux contre l'autre à l'occasion d'une procédure de divorce.

9. Il constate, ensuite, en faisant référence à la décision du jury de déontologie du 6 décembre 2013, que les publicités ne proposent en elles-mêmes aucune photo qui pourrait être considérée comme indécente, ni ne contiennent d'incitation au mensonge ou à la duplicité mais utilisent des évocations, des jeux de mots ou des phrases à double sens et la possibilité d'utiliser le service offert par le site Gleeden, tout un chacun étant libre de se sentir concerné ou pas par cette proposition commerciale, les slogans étant de surcroît libellés avec suffisamment d'ambiguïté pour ne pouvoir être compris avant un certain âge de maturité enfantine et n'utilisant aucun vocabulaire qui pourrait, par lui-même, choquer les enfants.

10. Il retient, enfin, que, si la publicité litigieuse vante l'« amanturière », « la femme mariée s'accordant le droit de vivre sa vie avec passion » ou se termine par le message « Gleeden, la rencontre extra-conjugale pensée par des femmes », ce qui pourrait choquer les convictions religieuses de certains spectateurs en faisant la promotion de l'adultère au sein de couples mariés, l'interdire porterait une atteinte disproportionnée au droit à la liberté d'expression, qui occupe une place éminente dans une société démocratique.

11. Ayant ainsi fait ressortir l'absence de sanction civile de l'adultère en dehors de la sphère des relations entre époux, partant, l'absence d'interdiction légale de la promotion à des fins commerciales des rencontres extra-conjugales, et, en tout état de cause, le caractère disproportionné de l'ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression que constituerait l'interdiction de la campagne publicitaire litigieuse, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, sans conférer à la décision du jury de déontologie une portée qu'elle n'a pas, légalement justifié sa décision.

[...]

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Document n° 10 : J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, 1996 (extrait)

Le droit n'est pas seul à régler, rythmer la vie de la société, à imposer aux hommes en société une certaine unité de conduite. L'individu est enserré dans plusieurs réseaux de normes.

Le droit en est un, non pas le seul, ni toujours le plus efficace. On distingue communément le droit et les mœurs. Mais le concept de mœurs recouvre lui-même des réalités diverses : les règles de cérémonial, de politesse, d'honneur, de langage, d'hygiène, voire la manière de s'asseoir ou de se coucher, etc., tout cela qui a l'air insignifiant est réglé par la société globale (quelquefois par le milieu particulier).

L'évolution des rapports entre le droit et la morale

Des mœurs, cependant, on détache habituellement la religion et la morale, parce qu'elles semblent planer dans une sphère d'immatérialité, sinon de spiritualité très subjective. La morale et la religion ont souvent fait alliance et elles se compénétrèrent facilement. Aujourd'hui, même quand la morale fait profession de laïcité, elle a peine à se débarrasser de toute ombre religieuse. Ce qui apparaît, notamment, lorsqu'on la met en face-à-face avec le droit. Un face-à-face que nous pouvons d'autant moins éviter que dans nos quatre décennies, il a fait l'objet de révisions inédites.

Au XIX^e siècle, au début du XX^e encore, la distinction du droit et de la morale était enseignée comme allant de soi : la morale est autonome, n'a de sanction que dans la voix de la conscience ; le droit est hétéronome, il recevra sa force de l'État via l'action en justice.

Le législateur et les juges doivent donc veiller à empêcher une interférence de la morale dans le droit. Ce n'est, toutefois, qu'un principe. En droit civil, les commentateurs ne manquent pas de noter qu'avec quelques gouttes de morale, le droit s'assouplit, c'est comme de l'huile dans les rouages (les rouages du droit de la famille, notamment). En 1926, un auteur célèbre, Georges Ripert, professa brillamment que le droit des obligations et des contrats avait été jurisprudentiellement « vivifié par une montée continue de la sève morale ».

Plus directement, la notion des bonnes mœurs a été reconnue comme une percée de la morale dans le droit. Les mœurs, les mœurs bonnes, c'est la morale coutumière, mais dans un domaine précis, celui des rapports sexuels. Cette précision était d'évidence concernant les incriminations contenues dans la loi pénale, les attentats aux mœurs, l'outrage aux mœurs par la voie de l'image ou de l'écrit, pour ne rien dire de la « police des mœurs » qui, en marge, était un des ressorts de la répression.

Par contagion, cette identification pénale des bonnes mœurs à la morale sexuelle est passée dans le droit civil.

Le Code civil déclare nulles les conventions contraires aux bonnes mœurs ou dont la cause est immorale. Les tribunaux, au XIX^e siècle, encore au XX^e, se servirent de la notion de bonnes mœurs pour faire tomber des donations entre concubins, annuler des contrats tendant à l'installation de maisons de tolérance.

Les appréciations morales variaient naturellement d'une conscience de juge à une autre, et objectivement elles pouvaient être influencées par le climat du moment.

La France a connu des périodes non pas de puritanisme (le puritanisme n'est pas français), mais de moralisme moralisant, teinté de cléricisme : la Restauration (qui abolit le divorce), le Second Empire (qui condamna les Fleurs du Mal), la présidence de Mac Mahon (où jaillit l'expression même d'ordre moral), le régime de Vichy (qui voulut restreindre l'accès au divorce, traqua les avortements). Entre les épisodes brutaux, on peut supposer des plages de répression molle. Et sur le tout, planent les particularités que l'on prétend ethnologiquement bien de chez nous : les plaisanteries dites gauloises, les sourires complices aux monarques paillards (Henri IV, Louis XIV, Louis XV...), parfois à leurs maîtresses — pas si aisément, tout de même, à la promotion de leurs bâtards.

Le droit se ressent de ces oscillations de la morale : si la passion du droit est exacerbée par l'esprit de croisade, elle s'essouffle quand l'indifférence se répand.

Cependant, la V^e République est venue, et elle a bouleversé les rapports du droit et de la morale, mais en agissant sur deux plans distincts, qui s'ignorent mutuellement.

1^o) Au premier plan, on peut croire que c'est le débat des lois et des mœurs qui a continué, sur la même pente d'indulgence retenue, dans la même crainte d'un retour à l'ordre moral. Tout au plus, s'y est ajoutée une touche scientifique d'évolutionnisme et de comparatisme. La sociologie montrait, par enquêtes et sondages, que les mœurs avaient changé, et plus vite dans les pays voisins qu'en France. Elle accélérât ainsi le mouvement en coupant les jarrets à la résistance : tout était accompli, et il n'y avait plus qu'à réécrire les lois. C'est sous ces couleurs qu'ont souvent été dépeintes les réformes alors opérées en droit pénal — la décriminalisation de l'adultère, de l'homosexualité, la dépénalisation de l'IVG — comme en droit civil l'assimilation de l'enfant né hors mariage à l'enfant du mariage, la facilité du désaveu de paternité, la libéralisation du divorce.

On aurait pu justifier ces réformes par un autre fondement que la fatalité de l'évolution : le législateur, en mettant certaines questions sexuelles (non pas toutes) hors du droit, ne les avait-il pas franchement renvoyées au jugement de la conscience individuelle — ou parfois d'une conscience interindividuelle ? Ce qui n'eût pas été sans convergence avec une opinion répandue dans la philosophie anglo-saxonne, qui considère que si le droit doit être découplé des normes de la vie sexuelle, c'est par respect pour la liberté et la sphère d'intimité des individus.

Loin de ces réflexions, notre droit a finalement glissé dans une position indécise. Il n'a pas rayé du Code civil la notion de bonnes mœurs, quoique l'emploi en soit devenu rare, et au pénal, sous la rubrique des agressions sexuelles dans le Nouveau Code, ainsi que dans maint texte de protection des mineurs, il a conservé de quoi faire régner un minimum de morale traditionnelle, et il y réussit.

Seulement, au-delà, un espace immense reste ouvert à la communication — à la presse et à l'image, au cinéma, à la télévision, aux disques, etc. C'est un espace que le droit maîtrise mal, parce qu'il s'y heurte à la liberté d'expression en antithèse inscrite aux Droits de l'homme. D'où, en fait, aux divers échelons du pouvoir (c'est fréquemment affaire de police administrative), une attitude de tolérance.

Grâce à quoi s'est diffusée dans le monde des intellectuels et des médias une morale très permissive, capable de corroder les institutions du droit. D'autant plus que, chez les moralistes eux-mêmes, la morale a beaucoup changé à notre époque. Elle ne commande plus par maximes, elle propose des arguments pour et contre, elle engage une discussion avec le risque de ne pouvoir jamais la clore. Cette morale de la discussion — dont le grand homme est le philosophe allemand Jürgen Habermas — s'est propagée

en France ; et son succès même témoigne du danger que le droit peut courir à trop s'appuyer sur la morale. La morale est encore moins sûre que le droit.

2°) Au second plan, nous voyons la V^e République, en même temps qu'elle se mettait en retrait de la morale des mœurs, appeler à elle d'autres morales.

Les morales d'État

Le geste augural a été l'institution par décret, en 1983, du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé. L'éthique fait son entrée dans le langage du droit. Pourquoi éthique, non plus morale ? Il fallait faire clairement comprendre que la porte demeurait bien fermée aux bonnes mœurs de jadis, les bonnes mœurs moralisantes. Toutefois, la portée de l'innovation était réduite par deux caractères assignés au Comité.

— C'est un organe consultatif : il n'émet que des avis, des recommandations sans force obligatoire. Sauf à remarquer qu'en droit commun, un médecin peut être en faute à ne pas tenir compte de l'avis d'experts prestigieux, et qu'ainsi, par le biais de la responsabilité civile du médecin, le conseil donné selon l'éthique peut déboucher sur du droit.

— C'est un organe spécialisé — spécialisé aux sciences de la vie et de la santé ; d'où l'on avait d'abord induit que son rôle se limiterait à un commentaire actif du serment d'Hippocrate, autour des devoirs primordiaux, conserver la santé et la vie des patients. Mais ces devoirs sont tirés vers le haut par des principes métaphysiques : la dignité du corps humain, le primat de la personne. Ce sont ces principes qui, en fait, ont animé le comité d'éthique. Et ils ont été gravés dans le Code civil (art. 16 à 16-5) par la première des deux grandes lois du 29 juillet 1994, lois dites de bioéthique. Ainsi l'éthique est devenue droit. Une morale d'État.

Sa faiblesse est de passer par un organe collégial, une sorte de conseil de conscience, qui réunit des convictions et des sensibilités différentes, voire contraires. Le risque, c'est que l'issue ne soit un compromis ou une indécision.

Morale d'État encore, la morale qui s'est dégagée du culte rendu aux droits de l'homme, ceux de la Déclaration de 89 comme ceux de la Convention européenne. Ce culte était déjà en pointillé dans la Constitution, puisqu'elle s'était incorporé la Déclaration et dans son article 55 avait annoncé la soumission de la loi aux conventions internationales.

Mais il s'est accentué au cours des années 70 et a pris un tour presque fanatique à l'approche du Bicentenaire. C'est un culte consensuel qui a peu de non-conformistes, qui cependant d'un parti à l'autre — témoins de la fracture française — obéit à des fidélités différentes : ici, la référence est l'humanisme irrégieux hérité des philosophes du XVIII^e siècle ; là, le personnalisme imprégné de spiritualité chrétienne qu'avait illustré Emmanuel Mounier (« là loi, est-il écrit depuis 1994 à l'article 16 du Code civil, assure la primauté de la personne »).

La morale des Droits de l'homme aurait pu demeurer morale pure, ne relevant que de la conscience individuelle. L'État, en se l'appropriant, en a fait sortir du droit. Il frappe comme délits pénaux une série de pratiques discriminatoires, classées « atteintes à la dignité de la personne » dans le Nouveau Code pénal.

Implicitement, c'était créer une obligation juridique de non-discrimination : celui qui propose au public quelque avantage ne doit en exclure personne pour cause de sexe, de race, de religion, etc. Auparavant, je pouvais bien me sentir le devoir (philanthropique, chrétien, etc.) de traiter l'autre comme mon semblable, mon frère. Mais l'autre n'avait pas d'action en justice pour en exiger de moi l'accomplissement. Maintenant, si je l'ai discriminé à tort, il pourra se porter partie civile, lui ou son groupe, devant le tribunal répressif et me réclamer une indemnité. Mais tandis qu'auparavant, ma fraternité, ne venant que du cœur, pouvait être effusive et sans limites, enserrée maintenant dans la légalité, elle va devenir sourcilieuse, peut-être chicanière. C'est la rançon du passage au droit.

Par ce passage, la morale renouvelée des Droits de l'homme a revêtu les signes d'une religion d'État, y compris un certain penchant à l'intolérance. Mais elle n'a guère secoué la masse des Français. Ce n'est pas qu'ils aient perdu toute passion pour la Déclaration de 89 : elle garde sur eux son ascendant par son style et par son histoire. Mais ils ne la reconnaissent pas aisément dans les textes pénaux qui en seraient la traduction.

Il faut dire que beaucoup qui avaient aimé la déclaration de 89 pour l'avoir apprise par cœur à l'école communale et l'avoir depuis gardée en mémoire comme un beau texte de philosophie politique, pas pour un code de droit positif, s'en sont détachés peu à peu et ont fini par la suspecter quand ils l'ont vue prise en tutelle par des partis, des églises, des états qui l'avaient si longtemps combattue.

Document n° 11 : Cass. civ., 27 nov. 1935

(*Visa*) Vu l'article 203 du code civil ;

(*Attendu de principe par « chapeau »*) Attendu que si chacun des père et mère *naturels** comme *légitimes** est tenu pour le tout de l'obligation de nourrir, entretenir et élever les enfants communs, cette obligation, unique au regard des enfants, qui en sont les *créanciers** en dehors de toute décision judiciaire consacrant leurs droits, ne s'en divise pas moins entre les parents qui, dans leurs rapports entre eux, doivent en supporter le poids proportionnellement à leurs ressources ;

Qu'il suit de là que, si l'un d'eux s'est soustrait à l'exécution de ce devoir, à la fois légal et moral, vis-à-vis des enfants hors d'état de se protéger eux-mêmes, celui qui en a forcément assumé la charge a, en principe, un recours contre le défaillant ;

[...]

(*Décision de la cour d'appel*) Attendu que, pour justifier sa décision, l'arrêt attaqué a retenu comme motif principal que, l'obligation n'étant ni *solidaire** ni *indivisible**, son exécution entière par la mère ne donnait lieu à aucun recours de la part de celle-ci ;

(*Décision de la Cour de cassation, le « conclusif »*) Mais attendu qu'obligé avec la mère, le père devait la rembourser dans la mesure où il était tenu ;

Que, de ce chef, l'arrêt attaqué a violé le texte de loi susvisé ;

[...]

Par ces motifs ;

(*Dispositif*) Casse.

Document n° 12 : Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 1994, n° 92-18.639

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Vu l'article 1371 du Code civil et les principes qui régissent l'*enrichissement sans cause** ;

Attendu, selon les énonciations des *juges du fond**, qu'Antoine X... et son épouse, Marie Y..., sont décédés en laissant pour leur succéder leurs deux enfants, Norbert et Aimée, épouse Courtois ; qu'au cours des opérations de *liquidation** et *partage** des successions, M. X... a demandé à être indemnisé, par prélèvement sur l'actif successoral, pour le temps et les soins qu'il a consacré à ses vieux parents ; que, devant la cour d'appel, il a fait valoir que, pour leur éviter d'être placés dans une maison de retraite, il leur a apporté une assistance constante pour laquelle il a sacrifié son avenir professionnel, et que son comportement a excédé les exigences de la piété familiale et a évité des dépenses ; qu'il a fondé sa demande sur l'absence de cause de l'enrichissement ainsi procuré à la succession ;

Attendu que pour rejeter cette demande, la cour d'appel, après avoir constaté que M. X... n'était pas tenu d'une *obligation alimentaire** envers ses parents mais les a recueillis et soignés avec un dévouement exemplaire alors qu'ils étaient âgés et infirmes dans les dernières années de leur existence, a retenu que les sacrifices d'un enfant au profit de ses parents, même s'ils excèdent la mesure commune de la piété filiale, correspondent à l'exécution volontaire d'un devoir moral personnel qui en constitue la cause et exclut l'exercice de l'action *de in rem verso** ;

Attendu cependant que le devoir moral d'un enfant envers ses parents n'exclut pas que l'enfant puisse obtenir indemnité pour l'aide et l'assistance apportées dans la mesure où, ayant excédé les exigences de la piété filiale, les prestations librement fournies avaient réalisé à la fois un appauvrissement pour l'enfant et un enrichissement corrélatif des parents ; qu'en statuant comme elle a fait, la cour d'appel a violé, par refus d'application, le texte et les principes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 9 juin 1992, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon.

[NB : l'article 1371 du Code civil a été abrogé par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. En conséquence, vous pourrez vous reporter aux nouveaux articles 1303 et suivants du Code civil.]

Document n° 13 : Articles 203, 205, 206 et 207 du Code civil

À lire dans votre Code civil.

Document n° 14 : Articles 726 et 727 du Code civil

À lire dans votre Code civil.

Document n° 15 : Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1999, n° 96-11.946

(*Visa*) Vu les articles 1131 et 1133 du Code civil ;

(Attendu de principe dans un « chapeau ») Attendu que n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire ;

(Faits et procédure) Attendu que le 26 octobre 1989, Roger Y... est décédé en laissant à sa succession son épouse et M. Christian Y... qu'il avait adopté ; que par testament authentique du 17 mars 1989, il a, d'une part, révoqué toute donation entre époux et exhérité son épouse, et, d'autre part, gratifié Mme X... d'une somme de 500 000 francs ; que M. Christian Y... a soutenu que la cause de cette disposition était contraire aux bonnes mœurs ;

(Décision de la cour d'appel) Attendu que pour prononcer la nullité de la libéralité consentie à Mme X..., la cour d'appel a retenu que la disposition testamentaire n'avait été prise que pour poursuivre et maintenir une liaison encore très récente ;

(Décision de la Cour de cassation, le « conclusif ») En quoi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

(Dispositif) CASSE ET ANNULE

NB : les articles 1131 et 1133 du Code civil ont été abrogés* par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Document n° 16 : G. Radbruch, « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht », *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, p. 105 et s., trad. par M. WALTZ, « Injustice légale et droit supralégal », *Archives de philosophie du droit*, t. 39, Le procès, Sirey, 1995, p. 307 et s. (extrait)

C'est par le moyen de deux principes que le national-socialisme sut rallier ses partisans (d'une part les soldats, d'autre part les juristes) à ses projets : « un ordre, c'est un ordre » et « la loi, c'est la loi ». Le principe « un ordre, c'est un ordre » n'a jamais été valable sans restriction. Le devoir d'obéissance trouvait sa limite lorsque le commandant donnait des ordres à buts criminels (§47 MStGB¹). Le principe « la loi, c'est la loi » n'était par contre soumis à aucune restriction. Il était l'expression de la pensée juridique positiviste qui, durant des décennies, dominait presque sans partage les juristes allemands. Ainsi la notion d'injustice légale, de même que la notion de droit supralégal, étaient-elles des contradictions dans les termes. C'est à ces deux problèmes que la pratique se voit maintenant confrontée dans bien des cas. Par exemple, on a publié et commenté, dans la *Süddeutsche Juristenzeitung* (p. 36), un jugement du Tribunal cantonal de Wiesbaden, selon lequel « les lois, en vertu desquelles la propriété des juifs fut déclarée dévolue à l'État sont en contradiction avec le droit naturel. Elles étaient nulles déjà au moment de leur promulgation. »

Document n° 17 : M. Troper, *La philosophie du droit*, 4^e éd., PUF, 2015, p. 15 et s.

III. Droit naturel et positivisme juridique. Il en est de cette opposition comme de beaucoup d'autres : tantôt, on estime qu'elle présente un caractère fondamental, en ce sens que tout auteur devrait pouvoir être classé dans l'un ou l'autre groupe, tantôt, au contraire, on essaie de la dépasser et de chercher une troisième voie. En réalité, comme l'affectation d'un auteur à une classe dépend de la définition et du choix des critères, elle est toujours contestable et souvent contestée. [...] Les critères possibles sont en réalité très divers, de sorte qu'il est préférable de parler de jusnaturalismes et de positivismes au pluriel.

1. Les jusnaturalismes. – On peut dire que les auteurs de ce courant ont au moins un trait commun : le dualisme. Alors que les positivistes estiment en général qu'il n'y a qu'un seul droit, le droit positif, ou tout au moins que le travail des juristes ne peut porter que sur le seul droit positif, celui qui a été posé par les hommes, les jusnaturalistes pensent qu'il en existe deux, le droit positif et le droit naturel, et que ce dernier est connaissable. Il faut donc souligner une dissymétrie avec le positivisme. Celui-ci nie l'existence du droit naturel, tandis que le jusnaturalisme reconnaît l'existence du droit positif, mais considère qu'il existe au-dessus de lui un droit naturel auquel le droit positif doit être conforme : droit naturel et droit positif sont donc hiérarchisés.

Les variantes concernent principalement la nature de ce droit naturel, ses destinataires, sa relation au droit positif et, bien entendu, son contenu. [...]

Certains auteurs estiment que le droit positif contraire au droit naturel n'est pas juridique, que tout sujet peut par sa raison constater cette contradiction et qu'il a même le devoir de refuser d'obéir. Dans certains cas, la confrontation est opérée entre le droit positif et le droit naturel, envisagés globalement, et c'est seulement si le premier apparaît dans son ensemble comme une violation manifeste et intolérable du second qu'il faut désobéir, mais non pas si une règle isolée est contraire au droit naturel. Dans d'autres cas, on estime légitime de désobéir à une règle isolée, même si le droit positif est, dans son ensemble, conforme au droit naturel. D'autres auteurs considèrent que la règle contraire au droit naturel reste juridique, puisqu'elle a été posée, mais que le juge a le droit de l'écartier. D'autres encore adoptent une position plus modérée selon laquelle le droit naturel ne peut ordonner ni l'obéissance ni la

¹ MStGB : *Militärstrafgesetzbuch* (Code de justice militaire).

désobéissance au droit positif. Le droit positif est le droit qui est, tandis que le droit naturel est le droit qui devrait être, et la confrontation a seulement pour fonction de permettre un jugement moral et politique sur le droit positif.

Quant au contenu du droit naturel, il est sujet à des variations infinies car, s'il existe toujours une référence à un idéal de justice, les conceptions que l'on s'en fait peuvent découler des idéologies les plus diverses. On a donc pu rencontrer aussi bien un droit naturel chrétien qu'un droit naturel national-socialiste. [...]

2. Les positivismes. – [...] L'approche positiviste peut être caractérisée par la conviction qu'il est souhaitable et possible de construire une science du droit véritable, sur le modèle des sciences de la nature, ce qui implique plusieurs idées. Il faut d'abord distinguer la science de son objet, c'est-à-dire la science du droit et le droit lui-même. La science est comprise comme la connaissance d'un objet extérieur. Cet objet, il faudrait ensuite se borner à le décrire, sans porter sur lui des jugements de valeur (postulat de la *Wertfreiheit* ou neutralité axiologique). Enfin, cet objet ne peut être que le droit positif, c'est-à-dire le droit « posé » par des autorités politiques, à l'exclusion du droit naturel ou de la morale. Autrement dit, le terme de « positiviste » se réfère aussi bien à la positivité du droit qu'à la philosophie positiviste.

[...] En ce qui concerne la théorie du droit, les auteurs qu'on appelle positivistes dans le premier sens soutiennent des thèses variées et souvent incompatibles entre elles. Il y a cependant un thème commun, bien qu'il soit compris de bien des manières, celui de la séparation du droit et de la morale. Cette thèse ne signifie pas, comme on le croit parfois, que le contenu du droit est moralement neutre. Une telle idée est rejetée par le positivisme, qui souligne au contraire que les normes juridiques expriment les préférences morales de leurs auteurs. La séparation signifie seulement que le concept de droit ne peut être défini par référence à la morale, par son efficacité. La question de savoir si une norme ou un ordre normatif sont du droit dépend ainsi de critères dont la nature est amoral : peu importe qu'ils soient ou non conformes à la morale ou à un idéal de justice.

On a souvent critiqué cette définition du droit par l'autorité dont il émane – indépendamment de sa conformité à la morale –, puisqu'elle peut conduire à appeler « droit » aussi bien des règles de l'État nazi que celles des sociétés libérales. Cette critique est pourtant mal fondée, car la qualification de droit n'est pas un jugement moral. Elle n'implique ni que les règles sont justes, ni même qu'il faille leur obéir. C'est cette définition, au contraire, qui permet un jugement moral : c'est seulement après avoir établi qu'un ensemble de règles forme un « droit », qu'on peut dire de ce droit qu'il est juste ou injuste. La théorie du droit positiviste ne doit donc pas être confondue avec l'idéologie, quelquefois appelée elle aussi « positivisme », selon laquelle il faut obéir au droit.

Document n° 18 : A. Ross, « Du droit et de la justice », trad. C. Béal, *Philosophie du droit, Norme, validité et interprétation*, Vrin, 2015, p. 133 et s., spéc. p. 135

(Ce texte, traduit par Christophe Béal, est un chapitre extrait de l'ouvrage *On Law and Justice* (trad. anglaise) de Ross.)

Même si le problème de la définition de « droit » (« système juridique ») ne relève pas du domaine de la philosophie du droit (tel qu'on l'a délimité ici), il serait normal, en raison de ce qui se faisait traditionnellement et par souci d'exhaustivité, d'exposer quelques idées sur le sujet. J'y reviendrai au § 12. Pour le moment, je souhaite seulement insister sur l'idée que la définition du concept de droit ne présente aucun intérêt particulier (sauf si on veut suivre la tradition). Les débats philosophiques sans fin sur la « nature » du droit reposent sur l'hypothèse que la « validité » spécifique du droit dérive d'une idée *a priori* et que la définition du droit est donc décisive pour savoir si un ordre normatif donné peut prétendre au « titre honorifique » de droit. Si on abandonne ces présupposés métaphysiques et les réactions émotionnelles qu'ils impliquent, ce problème de définition perd son intérêt. Le rôle de la doctrine est de décrire un certain système interne de normes. Il existe d'autres systèmes particuliers qui lui ressemblent plus ou moins, par exemple les systèmes d'autres nations, le droit international, l'ordre social d'une communauté primitive qui ne repose sur aucune institution chargée de le maintenir, l'ordre qui règne dans une bande de gangsters, l'ordre maintenu par l'occupant dans un pays occupé et ainsi de suite. Tous ces systèmes sont des faits que cela nous plaise ou non. Dans chacun de ces cas, nous avons besoin d'un terme pour décrire ces faits ; choisir le terme « droit » ou un autre terme est une simple question de terminologie sans aucune implication morale. Il n'y a aucune raison de refuser l'emploi du terme « droit » pour des systèmes qui nous déplaisent. Par exemple, si l'ordre qui domine au sein d'un gang est appelé « système juridique » (le droit du gang), ce n'est, du point de vue scientifique – c'est-à-dire, en ôtant au mot « droit » son poids émotionnel et moral – qu'une question de définition arbitraire. Certains ont dit que la règle de la violence sous Hitler n'était pas un ordre juridique et le « positivisme » juridique a été accusé de trahison morale pour avoir reconnu sans la moindre réserve qu'un tel ordre était du droit¹. Mais une terminologie descriptive n'a rien à voir avec l'approbation ou la désapprobation morale. Lorsque je classe un certain ordre comme « ordre juridique », je peux, en même temps, estimer qu'il est de mon plus haut devoir moral de renverser cet ordre. Ce mélange de descriptions et d'attitudes morales d'approbation dans le débat autour du concept de droit est un exemple de ce que Stevenson appelle une définition persuasive².

Voilà ce qu'on peut dire sur cette question vaine de la définition du concept de « droit » ou de « système juridique ».

¹ « Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht », Anhang 4 in Gustav Radbruch, *Rechtphilosophie*, 4th éd, 1950, p. 347.

² C.L. Stevenson, *Ethics and Language*, 1944, p. 206.

La nature sophistiquée de l'argument jusnaturaliste tient à son mode de fonctionnement : un dévoiement méthodologique. Le recours au droit naturel n'est rien d'autre que le dévoiement d'une source a-normative, la nature, pour fonder une conclusion normative. L'usage d'une telle source est particulièrement commode par cela seul, justement, que la nature est a-normative. Muette et aveugle, dépourvue d'intentionnalité, conçue depuis le progrès de la science moderne du XVII^e siècle dans une perspective a-finaliste et strictement mécaniciste, la nature a bon dos pour justifier tout et son contraire. De sorte qu'en revendiquant son autorité, le juriste se comporte comme un ventriloque. Il impute à la nature les valeurs et les normes qu'il souhaiterait voir s'imposer dans la société. [...]

C'est pourquoi l'utilisation du droit naturel, qu'on associe souvent à des souvenirs historiques et légendaires de rébellion contre le pouvoir en place a tout autant sinon davantage permis, dans une perspective conservatrice, de justifier le droit positif que de le contester. En effet, il est vrai que chacun garde en mémoire, en la réputant comme représentative de l'idéal jusnaturaliste, l'œuvre antique de Sophocle et la signification du geste d'Antigone qui refuse, sous la bannière des lois divines, d'obéir au décret du roi Créon interdisant l'inhumation de son frère Polynice. Chacun considère également la Révolution française et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 comme le fruit d'une entreprise dressée contre l'Ancien Régime et alimentée par les ressources du droit naturel. De même est-il courant d'associer les actes contemporains de désobéissance civile au ressort révolutionnaire du droit naturel. Mais ce sont là des représentations partielles de la dynamique du droit naturel. La pensée conservatrice a su aussi tirer profit des ressources du droit naturel. L'invocation de celui-ci s'est ainsi révélée comme une arme argumentative très efficace pour la pensée juridique qui s'est développée dans les milieux catholiques en Espagne au XX^e siècle. On retrouve également la rhétorique du droit naturel au Vatican et dans la philosophie néo-thomiste de Jean Paul II, entretenue par celle de son successeur Benoît XVI sous une forme plutôt néo-platonicienne. Elle a également rendu d'immenses services aux entreprises les plus réactionnaires de l'histoire de l'humanité. Sous l'Ancien Régime, les monarques se sont servis du droit divin selon un mode de raisonnement similaire à toute pensée de type jusnaturaliste pour gagner l'obéissance de leurs sujets. Même le régime de la Terreur imposé par Robespierre, fondé sur une crispation répressive et dictatoriale des idéaux de la Révolution bourgeoise, a pu être récemment interprété comme un régime que ses dirigeants, en voulant établir la justice sur terre, justifiaient au moyen d'une rhétorique qui renvoyait au droit naturel... Dangereuse réversibilité du droit naturel, qui n'a pas seulement servi la cause d'Antigone ! Et que dire de l'utilisation scandaleuse, par la propagande nationale-socialiste, des ressources de la biologie et des théories de Gobineau sur les races pour justifier la solution finale ? Kelsen a toujours estimé que les théories dualistes du droit servent davantage à éliminer qu'à exacerber les conflits entre le droit positif et la règle idéale, et ce à dessein de justifier et de conserver l'ordre en vigueur.

SÉANCE 4 : LA LOI

I. La crise de la loi

Document n° 1 : J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801 (extrait)

Document n° 2 : Étude annuelle 2016 du Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, « Synthèse » (extrait), p. 13

II. L'application de la loi dans le temps

A. Les textes

Document n° 3 : Articles 1 et 2 du Code civil (à lire dans votre Code civil)

Document n° 4 : Article 112-1 du Code pénal

B. Dérogation à l'absence d'effet rétroactif de la loi nouvelle : lois interprétatives

Document n° 5 : Cass. 3^e civ., 27 février 2002, n° 00-17.902

C. Dérogation à l'applicabilité immédiate de la loi nouvelle : situations juridiques contractuelles

Document n° 6 : Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2001, n° 98-18.411

Document n° 7 : Cass. ch. mixte, 13 mars 1981, n° 80-12.125

Document n° 8 : Cass. com., 10 mai 2005, n° 03-17.618

Exercice (commentaire d'arrêt guidé)

Rédigez les fiches d'arrêt des documents n° 6, 7 et 8 et répondez aux questions suivantes :

- Dans l'arrêt du document n° 6, la loi du 11 mars 1957 était-elle applicable à la demande de Mme Y ? Pourquoi ?
- Dans l'arrêt du document n° 6, la Cour de cassation énonce un principe et deux exceptions. Dites quel est ce principe et quelles sont ces exceptions et expliquez-les.
- Pour quelle raison le principe énoncé dans l'arrêt du document n° 6 n'est-il pas appliqué par la Cour de cassation dans l'arrêt du document n° 7 ?
- À quoi renvoie la notion de « droit acquis » dans le document n° 7 ?
- Comparez les solutions des arrêts des documents n° 7 et 8 : sont-elles analogues ou contradictoires ?

Débat : la crise de la loi, mythe ou réalité ?

À faire en séance : comprendre la notion « d'apport » d'un arrêt en vue de la préparation du commentaire d'arrêt guidé de la séance n° 6. L'apport d'un arrêt, c'est ce que celui-ci apporte au droit positif (une réponse à une question juridique nouvelle, la confirmation ou la précision d'une jurisprudence antérieure, l'abandon d'une jurisprudence antérieure, etc.).

Dernier rappel : vous devez préparer des arguments pour participer au débat, vous pourrez être interrogé par l'enseignant.

Document n° 1 : J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil, 1801 (extraits)*

À l'ouverture de nos conférences, nous avons été frappés de l'opinion, si généralement répandue, que, dans la rédaction d'un Code civil, quelques textes bien précis sur chaque matière peuvent suffire, et que le grand art est de tout simplifier en prévoyant tout.

Tout simplifier, est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre. *Tout prévoir*, est un but qu'il est impossible d'atteindre.

Il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires ; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation. Mais un grand État comme la France, qui est à la fois agricole et commerçant, qui renferme tant de professions différentes, et qui offre tant de genres divers d'industrie, ne saurait comporter des lois aussi simples que celles d'une société pauvre ou plus réduite.

Les lois des douze Tables sont sans cesse proposées pour modèle : mais peut-on comparer les institutions d'un peuple naissant, avec celles d'un peuple parvenu au plus haut degré de richesse et de civilisation ? Rome, *née pour la grandeur*, et destinées, pour ainsi dire, à *être la ville éternelle*, tardera-t-elle à reconnaître l'insuffisance de ses premières lois ? Les changements survenus insensiblement dans ses mœurs, n'en produisirent-ils pas dans sa législation ? ne commença-t-on pas bientôt à distinguer le droit écrit du droit non écrit ? ne vit-on pas naître successivement les sénatus-consultes, les plébiscites, les édits des préteurs, les ordonnances des consuls, les règlements des jurisconsultes, les pragmatiques-sanctions, les rescrits, les édits, les nouvelles des empereurs ? L'histoire de la législation de Rome est, à peu près, celle de la législation de tous les peuples.

Dans tous les États despotiques, où le prince est propriétaire de tout le territoire, où tout le commerce se fait au nom du chef de l'État et à son profit, où les particuliers n'ont ni liberté, ni volonté, ni propriété, il y a plus de juges et de bourreaux que de lois ; mais partout où les citoyens ont des biens à conserver et à défendre ; partout où ils ont des droits politiques et civils ; partout où l'honneur est compté pour quelque chose, il faut nécessairement un certain nombre de lois pour faire face à tout. Les diverses espèces de biens, les divers genres d'industrie, les diverses situations de la vie humaine, demandent des règles différentes. La sollicitude du législateur est obligée de se proportionner à la multiplicité et à l'importance des objets sur lesquels il faut statuer. De là, dans les Codes des nations policées, cette prévoyance scrupuleuse *qui multiplie les cas particuliers, et semble faire un art de la raison même*.

Nous n'avons donc pas cru devoir simplifier les lois, au point de laisser les citoyens sans règle et sans garantie sur leurs plus grands intérêts.

Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un code paraît toujours trop volumineux, qui osent prescrire impérieusement au législateur, la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge ?

Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout.

Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi.

D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps ? comment s'opposer au cours des événements, ou à la pente insensible des mœurs ? comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre ?

Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats. Car les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.

Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges.

Document n° 2 : Étude annuelle 2016 du Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, « Synthèse » (extrait), p. 13 et s.

Vingt-cinq ans après sa première étude dénonçant l'obscurité croissante de notre droit et dix ans après avoir réexaminé ce thème sous l'angle de la sécurité juridique, le Conseil d'État a considéré qu'il devait prendre le risque de rouvrir la réflexion sur un sujet fondamental pour l'équilibre de notre démocratie, en recourant à une approche renouvelée, pragmatique et actualisée.

Il faut d'abord dresser le constat de la prolifération normative et l'enchaînement des causes qui l'alimentent pour prendre la mesure des obstacles que rencontre la simplification du droit (1^{re} partie). Il faut ensuite procéder à un inventaire critique des mesures prises depuis dix ans, dont le bilan est décevant, puisque le constat global est celui d'une dégradation de la qualité du droit (2^e partie). La promotion d'une nouvelle éthique de responsabilité chez les décideurs publics est nécessaire pour changer de culture normative. C'est à cette condition qu'il sera possible de maîtriser l'inflation législative et de faciliter l'appropriation de la norme par ses destinataires (3^e partie).

1. Prendre la mesure des maux que l'on entend combattre

Le diagnostic sur la complexité grandissante de notre droit a été établi maintes fois, notamment par le Conseil d'État. Mais ces constats critiques ne sont pas exempts de contradictions. Surtout, ils font la plupart du temps l'impasse sur une définition objective de la complexité et de son coût. Avant de prétendre trouver des solutions, il faut s'interroger sur cette difficulté à prendre la mesure d'un phénomène aux facettes multiples. Il est donc nécessaire de comprendre la nature du mal (1.1) d'identifier les causes qui l'alimentent (1.2) mais aussi d'en mesurer les contradictions (1.3).

1.1 Comprendre la nature du mal

S'il n'existe pas de définition partagée de la simplification et de la qualité du droit, c'est faute de vision claire des insuffisances qui affectent le droit. Il n'y a en effet ni accord sur les concepts, ni consensus sur les préoccupations, ni mesure objective de la complexité.

Une réalité qui n'est pas conceptualisée : les textes normatifs ne définissent pas la qualité du droit. La jurisprudence n'en livre pas de vision d'ensemble. Des définitions existent en doctrine, mais aucune ne s'impose. De fortes porosités existent avec la thématique de la réforme de l'État. La simplification et la qualité du droit font l'objet d'approches circonstanciées voire contingentes, tributaires non seulement de la culture nationale (la conception française, attachée à la qualité formelle du texte, se distingue de l'approche anglo-saxonne plus axée sur l'efficacité économique) mais aussi des époques et des priorités politiques du moment.

Une réalité qui renvoie à plusieurs types de préoccupations : la première critique de la norme est d'ordre purement volumétrique : elle vise à la fois l'ampleur du flux de normes et celle du stock. L'instabilité apparaît comme l'un des principaux maux affectant le droit. La norme reste en outre souvent difficile à identifier puis à comprendre du fait de ses ambiguïtés, de sa complexité mais aussi des erreurs et malfaçons qui l'affectent. La norme peut également ne pas constituer la bonne réponse au problème à résoudre, avoir des effets disproportionnés, voire se révéler contreproductive.

Une réalité qui reste difficile à mesurer : la religion du chiffre envahit « le juridique » et le discours sur la complexité et l'insuffisante qualité du droit. Pour être utile, la quantification de la complexité doit être conduite avec rigueur et indépendance en gardant à l'esprit que tout n'est pas mesurable. Il n'y a en outre aucun consensus sur les chiffres : aucune donnée officielle, exhaustive et récente n'existe ; les écarts entre les données disponibles sont anormalement importants. Il n'y a pas même de consensus sur ce qu'il faudrait chiffrer ni sur une méthode de mesure de la production des normes, des effets qu'elles produisent ou de leur perception par leurs destinataires.

1.2 Identifier les facteurs

Pour lutter contre la complexité et l'insuffisante qualité du droit, il faut d'abord en identifier les causes, nombreuses et hétérogènes, qui tiennent aux caractéristiques mêmes de notre société, à la symbolique politique qui s'attache à la norme, ainsi qu'à des évolutions d'ordre juridique.

Les facteurs sociologiques, techniques et administratifs : la complexification du monde — liée à l'accélération du progrès technique, à l'ouverture des frontières et à l'émancipation de l'individu par rapport aux conceptions traditionnelles de la famille et de la société — commande celle du droit. La production de normes et de complexité est également nourrie par les attentes sociales d'ordre général (la protection contre certains risques économiques, sociaux ou environnementaux ou la lutte contre les inégalités) aussi bien que catégoriel. Elle est aussi entretenue par la puissance même des producteurs de normes, formés à répondre à la demande et raisonnant « en silo » sans se concerter avec les autres ni disposer d'une vision d'ensemble.

Les facteurs politiques et médiatiques : la norme reste le vecteur privilégié de l'action publique du fait de l'attachement au droit dans notre pays (légicentrisme), de la raréfaction des ressources budgétaires permettant de mobiliser d'autres moyens, de l'instantanéité de la réponse qu'elle offre en apparence face à une difficulté et des traces durables qu'elle laisse pour attester d'une action entreprise. La norme est aussi un enjeu de lutte politique, qu'il s'agisse d'attacher son nom à une loi, d'user du droit d'amendement pour exprimer une opinion ou de marquer les esprits à l'occasion d'une alternance. Elle sert très souvent à véhiculer des messages symboliques, comme le montre encore le succès des lois mémorielles.

Les facteurs juridiques et institutionnels : le poids accru du sommet de la hiérarchie des normes (normes constitutionnelles et conventionnelles) complique la tâche des auteurs des lois et règlements et le contenu de ces normes. En outre, la production normative s'autoalimente : toute nouvelle action suppose d'adopter de nouvelles normes pour modifier les précédentes ; la nouvelle norme appellera ensuite des normes d'application et leur interprétation par le juge suscitera souvent en réaction de nouvelles normes. Les producteurs de norme sont par ailleurs dispersés et les types de normes, de droit dur comme de droit souple, se diversifient. Le contenu de la norme est enfin de plus en plus fragmenté selon ses destinataires, les territoires et les situations ; les régimes particuliers ne cessent de se multiplier.

1.3 Mesurer les contradictions

La complexité et l'insuffisante qualité du droit nourrissent des procès d'intention idéologiques et favorisent les idées reçues, au risque d'occulter les choix à l'origine de la complexité.

Éviter les procès d'intention idéologiques : pour certains, le discours dénonçant la complexité et l'obscurité du droit serait orchestré par les partisans du libéralisme, tandis que ceux qui s'y opposent seraient les militants d'un État interventionniste. Pour d'autres, la critique de l'insuffisante qualité de la norme serait le nouveau combat de la technocratie contre la légitimité des institutions politiques. Pour d'autres encore, ces critiques traduiraient la lutte entre le centre et la périphérie : critique « anti-européenne » de la part des institutions nationales, critique « anti État » de la part des collectivités territoriales ou critique de la norme publique par les partenaires sociaux ou les professionnels. Mais le débat sur la complexité du droit ne doit pas se résumer à de telles postures.

Dépasser les idées reçues : il n'y a pas de relation évidente entre la complexité de la procédure normative et celle de la norme qu'elle a produite ; une procédure simple ne garantit pas une norme plus claire, plus sûre et plus rapide à mettre en œuvre. Il n'y a pas non plus de lien certain entre la complexité de la norme et celle de sa mise en œuvre : un droit concis n'est pas synonyme de droit clair ou simple d'application, de même qu'un droit voulu comme pédagogique ne simplifie pas toujours sa propre mise en œuvre. La relation entre la complexité de la norme et son adaptation aux différentes situations n'est elle-même pas univoque : un droit différencié n'est pas toujours moins clair qu'une norme unique applicable à des situations très diverses.

Prendre conscience que la complexité comprend une part de choix : le premier de ces choix porte sur l'existence même de la complexité ; si elle perdure, c'est qu'à un moment donné, elle a été regardée comme ne portant pas réellement à conséquence ou comme ayant des effets moins dommageables qu'une solution plus simple. Une fois la complexité admise, vient le choix des personnes sur qui elle doit peser et dans quelle proportion. Puis, lorsque ce poids commence à paraître excessif, un nouveau choix se présente entre la réduction de cette complexité et la gestion de ses effets, avec le risque, dans ce second cas, de retarder un véritable traitement de fond de la complexité.

Document n° 3 : Articles 1 et 2 du Code civil

À lire dans votre Code civil.

Document n° 4 : Article 112-1 du Code pénal

Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis.

Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date.

Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes.

Document n° 5 : Cass. 3^e civ., 27 février 2002, n° 00-17.902

Sur le caractère interprétatif de l'article 26 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 contesté par la défense :

Attendu qu'une loi ne peut être considérée comme interprétative qu'autant qu'elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverses ;

Attendu qu'en complétant le troisième alinéa de l'article L. 145-38 du Code de commerce par les mots « par dérogation aux dispositions de l'article L. 145-33 et », le législateur, sans rien innover, n'a fait que préciser par une référence expresse à l'article L. 145-33 du Code de commerce, le caractère dérogatoire de cet alinéa qui donnait lieu à un abondant contentieux ;

D'où il suit que ce texte, étant interprétatif, est applicable aux instances en cours à la date de la publication de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 ; [...]

Par ces motifs :

REJETTE le pourvoi.

Document n° 6 : Cass. 1^{re} civ., 4 décembre 2001, n° 98-18.411

Sur les trois moyens, qui sont identiques, réunis et pris en leurs deux branches :

Attendu que Mme Y... fait grief à l'arrêt attaqué (Pau, 20 mai 1998) d'avoir rejeté ses demandes, dirigées contre la société Imprimerie Lacoste, éditeur d'œuvres de Jean X..., dont elle est légataire universelle, décédé en 1942, demandes fondées sur la violation des obligations d'exploitation de l'œuvre et de reddition de comptes édictées par la loi du 11 mars 1957, en refusant d'appliquer ces textes à un contrat conclu avant son entrée en vigueur ; qu'il est reproché à la cour d'appel d'avoir méconnu la règle selon laquelle une loi nouvelle, tendant à la protection des intérêts de l'auteur par des dispositions d'ordre public, est d'application immédiate, ou, à tout le moins, d'avoir omis de rechercher si l'éditeur n'était pas tenu, en vertu du droit antérieur, aux mêmes obligations ;

Mais attendu qu'en l'absence de disposition expresse de la loi prévoyant son application immédiate et à défaut de considérations d'ordre public particulièrement impératives, les contrats d'édition demeurent soumis à la loi en vigueur lors de leur conclusion ;

D'où il suit que les moyens ne sont pas fondés en leur première branche ; qu'ils sont irrecevables en leur seconde branche, comme nouveaux et mélangés de fait et de droit ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

Document n° 7 : Cass. ch. mixte, 13 mars 1981, n° 80-12.125

Attendu que la société Grouvel-Arquembourg, à qui la Société des Ateliers de Construction Schwartz Haumont avait, en septembre 1975, sous-traité des travaux de construction d'un ensemble immobilier, a, après la mise en règlement judiciaire de l'*entrepreneur principal**, exercé contre la Société de Gestion Immobilière, *maître de l'ouvrage**, l'*action directe** instituée par la loi du 31 décembre 1975, en vue d'obtenir paiement du solde de ses travaux ;

Attendu que le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal font grief à l'arrêt attaqué (Paris, 21 décembre 1979) d'avoir déclaré cette action recevable, alors qu'ils avaient un droit acquis au maintien de la situation contractuelle, ne comportant pas une telle action, créée antérieurement à l'entrée en vigueur de ladite loi ;

Mais attendu que l'action directe instituée par l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 trouve son fondement dans la volonté du législateur et non dans les contrats conclus entre les parties, contrats desquels il n'était résulté pour elles aucun droit acquis ; que, l'article 2 du Code civil ne faisant pas obstacle à l'application immédiate des lois nouvelles, aux situations juridiques établies avant leur promulgation si elles n'ont pas encore été définitivement réalisées, la cour d'appel a exactement décidé que l'action directe était ouverte au sous-traitant dès l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1975, bien que le contrat de *sous-traitance** eût été conclu antérieurement ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; [...]

PAR CES MOTIFS :

Rejette les pourvois formés contre l'arrêt rendu le 21 décembre 1979 par la cour d'appel de Paris, entre les parties ;

Document n° 8 : Cass. com., 10 mai 2005, n° 03-17.618

Attendu, selon l'arrêt déferé (Douai, 28 novembre 2002), que M. X..., producteur de primeurs au Maroc (l'expéditeur) ayant fait réaliser plusieurs acheminements de marchandise par la société Transfrisur (le transporteur) à destination de son commissionnaire en France, la société Honoré primeurs, (le destinataire), le transporteur a assigné le destinataire en paiement du fret ; que la cour d'appel a rejeté la demande ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :

(non reproduit, ignorez ce moyen qui ne nous intéresse pas pour le cours d'introduction au droit)

Et sur le second moyen :

Attendu que le transporteur reproche à l'arrêt d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen, que la loi nouvelle régit immédiatement les effets des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées ; que l'action directe du voiturier en paiement de ses prestations trouve son fondement dans la loi du 6 février 1998 et non dans les contrats conclus entre les parties, desquels il n'est résulté pour celles-ci aucun droit acquis ; qu'ainsi, le transporteur créancier du fret impayé postérieurement à la loi du 6 février 1998, pouvait exercer une action directe à l'encontre du destinataire de la marchandise, peu important que les contrats de transport aient été conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article 2 du Code civil, ensemble l'article 10 de la loi du 6 février 1998, devenu l'article L. 132-8 du Code de commerce ;

Mais attendu que la loi du 6 février 1998 n'est pas applicable aux contrats conclus antérieurement à son entrée en vigueur ;

que l'arrêt, qui relève que les contrats de transport litigieux ont été conclus en mars et avril 1997 n'encourt pas le grief du pourvoi ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

SÉANCE 5 : LA CONSTITUTION ET LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ

I. Premières vues sur le concept de hiérarchie des normes

Document n° 1 : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1934 (extraits)

Document n° 2 : Schéma simplifié de la hiérarchie des normes de l'ordre juridique français

II. Contenu du bloc de constitutionnalité

Document n° 3 : Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 (V^e République)

Document n° 4 : Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (IV^e République)

Document n° 5 : Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, « Liberté d'association »

III. Contrôle de constitutionnalité des lois

Document n° 6 : Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution

Document n° 7 : Articles 61 et suivants de la Constitution (dans leur rédaction en vigueur)

Document n° 8 : Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution

Document n° 9 : Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010

Exercice n° 1

Hans Kelsen considérerait les normes contractuelles (règles issues de contrats) comme des normes juridiques. Où situer les normes contractuelles dans la pyramide des normes française (schéma du document n° 2) ? Pour répondre à cette question, vous pouvez vous aider des articles 6, 1103 et 1162 du Code civil.

Exercice n° 2 (initiation à la dissertation)

En vous aidant des documents n° 3 à 8 et d'un ou plusieurs manuels, réfléchissez au sujet de dissertation suivant : « **L'évolution du rôle du Conseil constitutionnel sous la V^e République en matière de contrôle de constitutionnalité** ». Rédigez sous la forme d'une liste détaillée tous les éléments pertinents relatifs à ce sujet qui pourraient figurer dans une dissertation. Réfléchissez à un plan de dissertation qui pourrait accueillir tous ces éléments (au moins la subdivision I / II, éventuellement les subdivisions A / B).

Il ne vous est pas demandé de rédiger une dissertation complète sur ce sujet, mais votre liste détaillée d'éléments et votre plan doivent être rédigés au propre afin de pouvoir être ramassés et notés. La liste peut être écrite sous forme de tirets, mais chaque élément doit être détaillé et entièrement rédigé sous la forme d'un paragraphe.

Exercice n° 3

Répondez aux questions suivantes à propos du document n° 9 :

- En vous aidant du document n° 8, expliquez pourquoi le Conseil constitutionnel, dans la décision du document n° 9, examine la constitutionnalité des articles 62, 63, 63-1, 63-4, alinéas 1^{er} à 6 et 77 du Code de procédure pénale, mais n'examine pas la constitutionnalité des articles 63-4, alinéa 7, et 706-73 du même Code.
- À la suite de cette décision, les gardes à vues passées et futures sont-elles annulées ou annulables ? Expliquez pourquoi.

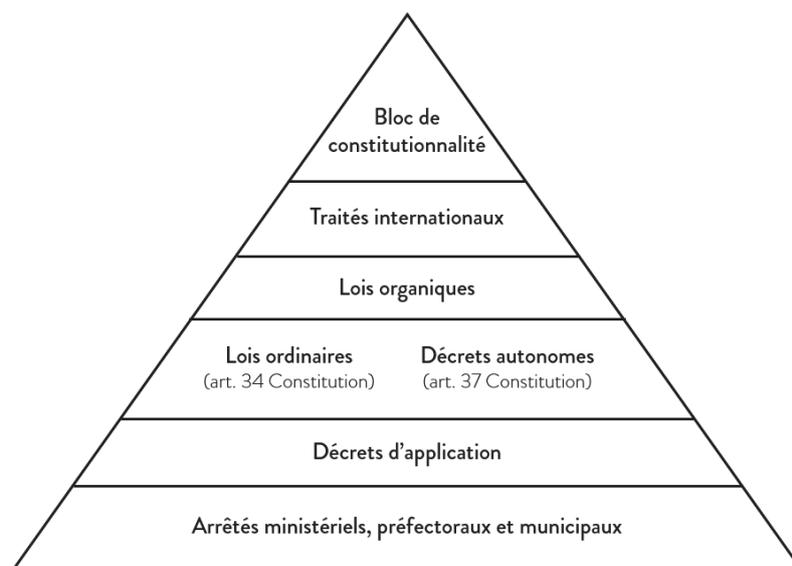
À faire en séance : initiation à la méthodologie de la dissertation.

Document n° 1 : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1934 (extraits)

La connaissance juridique a pour objet les normes qui ont le caractère de normes juridiques et confèrent à certains faits les caractères d'actes de droit (ou d'actes contre le droit). En effet, le droit, qui forme l'objet de cette connaissance, est un ordre ou règlement normatif de l'action humaine, c'est-à-dire un système de normes qui règlent la conduite d'êtres humains. [...]

Pour exprimer la relation en question, on peut utiliser l'image spatiale de la hiérarchie, du rapport supériorité-subordination : la norme qui règle la création est la norme supérieure, la norme créée conformément à ses dispositions est la norme inférieure. L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou une hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques. Son unité résulte de la connexion entre éléments qui découle du fait que la validité d'une norme qui est créée conformément à une autre norme repose sur celle-ci ; qu'à son tour, la création a été aussi réglée par d'autres, qui constituent à leur tour le fondement de sa validité ; et cette démarche régressive débouche finalement sur la norme fondamentale – norme supposée. La norme fondamentale hypothétique – en ce sens – est par conséquent le fondement de la validité suprême, qui fonde et scelle l'unité de système de création.

Document n° 2 : Schéma simplifié de la hiérarchie des normes de l'ordre juridique français



Document n° 3 : Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 (V^e République)

Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.

En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique.

Document n° 4 : Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (IV^e République)

Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. [...]

Document n° 5 : Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, « Liberté d'association »

Saisi le 1er juillet 1971 par le Président du Sénat, conformément aux dispositions de l'article 61 de la Constitution, du texte de la loi, délibérée par l'Assemblée nationale et le Sénat et adoptée par l'Assemblée nationale, complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ;

Vu la Constitution et notamment son préambule ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Vu la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, modifiée ;

Vu la loi du 10 janvier 1936 relative aux groupes de combat et milices privées ;

1. Considérant que la loi déferée à l'examen du Conseil constitutionnel a été soumise au vote des deux assemblées, dans le respect d'une des procédures prévues par la Constitution, au cours de la session du Parlement ouverte le 2 avril 1971 ;

2. Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ; qu'ainsi, à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations, la constitution d'associations, alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire ;

3. Considérant que, si rien n'est changé en ce qui concerne la constitution même des associations non déclarées, les dispositions de l'article 3 de la loi dont le texte est, avant sa promulgation, soumis au Conseil constitutionnel pour examen de sa conformité à la Constitution, ont pour objet d'instituer une procédure d'après laquelle l'acquisition de la capacité juridique des associations déclarées pourra être subordonnée à un contrôle préalable par l'autorité judiciaire de leur conformité à la loi ;

4. Considérant, dès lors, qu'il y a lieu de déclarer non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 3 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel complétant l'article 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901, ainsi, par voie de conséquence, que la disposition de la dernière phrase de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi soumise au Conseil constitutionnel leur faisant référence ;

5. Considérant qu'il ne résulte ni du texte dont il s'agit, tel qu'il a été rédigé et adopté, ni des débats auxquels la discussion du projet de loi a donné lieu devant le Parlement, que les dispositions précitées soient inséparables de l'ensemble du texte de la loi soumise au Conseil ;

6. Considérant, enfin, que les autres dispositions de ce texte ne sont contraires à aucune disposition de la Constitution ;

Décide :

Article premier :

Sont déclarées non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 3 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel complétant les dispositions de l'article 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 ainsi que les dispositions de l'article 1^{er} de la loi soumise au Conseil leur faisant référence.

Article 2 :

Les autres dispositions dudit texte de loi sont déclarées conformes à la Constitution.

Document n° 6 : Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution

Le Congrès a adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article unique

Le deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution est remplacé par la disposition suivante :

« Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. »

La présente loi sera exécutée comme loi de l'État.

Document n° 7 : Articles 61 et suivants de la Constitution (dans leur rédaction en vigueur)

Article 61.- Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours.

Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation.

Article 61-1.- Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.

Article 62.- Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application.

Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

Document n° 8 : Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution

Article 1.- Après le chapitre II du titre II de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, il est inséré un chapitre II bis ainsi rédigé :

« Chapitre II bis : De la question prioritaire de constitutionnalité

Section 1 : Dispositions applicables devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation

Art. 23-1. - *Devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office. [...]*

Art. 23-2. - *La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies :*

1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;

2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

[...] La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'État ou à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige.

Art. 23-3. - *Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires. [...]*

Section 2 : Dispositions applicables devant le Conseil d'État et la Cour de cassation

Art. 23-4. - *Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'État ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux. [...]*

Art. 23-7. - *La décision motivée du Conseil d'État ou de la Cour de cassation de saisir le Conseil constitutionnel lui est transmise avec les mémoires ou les conclusions des parties. Le Conseil constitutionnel reçoit une copie de la décision motivée par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation décide de ne pas le saisir d'une question prioritaire de constitutionnalité. Si le Conseil d'État ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé dans les délais prévus aux articles 23-4 et 23-5, la question est transmise au Conseil constitutionnel.*

La décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation est communiquée à la juridiction qui a transmis la question prioritaire de constitutionnalité et notifiée aux parties dans les huit jours de son prononcé.

Section 3 : Dispositions applicables devant le Conseil constitutionnel

Art. 23-8. - *Le Conseil constitutionnel, saisi en application des dispositions du présent chapitre, avise immédiatement le Président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ceux-ci peuvent adresser au Conseil constitutionnel leurs observations sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est soumise. [...]*

Art. 23-10. - *Le Conseil constitutionnel statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine. Les parties sont mises à même de présenter contradictoirement leurs observations. L'audience est publique, sauf dans les cas exceptionnels définis par le règlement intérieur du Conseil constitutionnel.*

Art. 23-11. - *La décision du Conseil constitutionnel est motivée. Elle est notifiée aux parties et communiquée soit au Conseil d'État, soit à la Cour de cassation ainsi que, le cas échéant, à la juridiction devant laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée. [...]*

La décision du Conseil constitutionnel est publiée au Journal officiel [...]. »

Document n° 9 : Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 1^{er} juin 2010 par la Cour de cassation (arrêt n° 12030 du 31 mai 2010), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par MM. Daniel W., Laurent D. [...], relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 62, 63, 63-1, 63-4, 77 et 706-73 du code de procédure pénale relatifs au régime de la garde à vue. [...]

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ; [...]

1. Considérant que les questions prioritaires de constitutionnalité portent sur les mêmes dispositions ; qu'il y a lieu, par suite, de les joindre pour statuer par une seule décision ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article 62 du code de procédure pénale : « *L'officier de police judiciaire peut appeler et entendre toutes les personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis. Les personnes convoquées par lui sont tenues de comparaître. L'officier de police judiciaire peut contraindre à comparaître par la force publique les personnes visées à l'article 61. Il peut également contraindre à comparaître par la force publique, avec l'autorisation préalable du procureur de la République, les personnes qui n'ont pas répondu à une convocation à comparaître ou dont on peut craindre qu'elles ne répondent pas à une telle convocation.*

« *Il dresse un procès-verbal de leurs déclarations. Les personnes entendues procèdent elles-mêmes à sa lecture, peuvent y faire consigner leurs observations et y apposent leur signature. Si elles déclarent ne savoir lire, lecture leur en est faite par l'officier de police judiciaire préalablement à la signature. Au cas de refus de signer le procès-verbal, mention en est faite sur celui-ci.*

« *Les agents de police judiciaire désignés à l'article 20 peuvent également entendre, sous le contrôle d'un officier de police judiciaire, toutes personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits en cause. Ils dressent à cet effet, dans les formes prescrites par le présent code, des procès-verbaux qu'ils transmettent à l'officier de police judiciaire qu'ils secondent.*

« *Les personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison plausible de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction ne peuvent être retenues que le temps strictement nécessaire à leur audition » ;*

3. Considérant qu'aux termes de l'article 63 de ce même code : « *L'officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'enquête, placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. Il en informe dès le début de la garde à vue le procureur de la République. La personne gardée à vue ne peut être retenue plus de vingt-quatre heures. Toutefois, la garde à vue peut être prolongée pour un nouveau délai de vingt-quatre heures au plus, sur autorisation écrite du procureur de la République. Ce magistrat peut subordonner cette autorisation à la présentation préalable de la personne gardée à vue.*

« *Sur instructions du procureur de la République, les personnes à l'encontre desquelles les éléments recueillis sont de nature à motiver l'exercice de poursuites sont, à l'issue de la garde à vue, soit remises en liberté, soit déférées devant ce magistrat.*

« *Pour l'application du présent article, les ressorts des tribunaux de grande instance de Paris, Nanterre, Bobigny et Créteil constituent un seul et même ressort » ;*

4. Considérant qu'aux termes de son article 63-1 : « *Toute personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire, ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête, des droits mentionnés aux articles 63-2, 63-3 et 63-4 ainsi que des dispositions relatives à la durée de la garde à vue prévues par l'article 63.*

« *Mention de cet avis est portée au procès-verbal et élargée par la personne gardée à vue ; en cas de refus d'émargement, il en est fait mention.*

« *Les informations mentionnées au premier alinéa doivent être communiquées à la personne gardée à vue dans une langue qu'elle comprend, le cas échéant au moyen de formulaires écrits.*

« Si cette personne est atteinte de surdité et qu'elle ne sait ni lire ni écrire, elle doit être assistée par un interprète en langue des signes ou par toute personne qualifiée maîtrisant un langage ou une méthode permettant de communiquer avec des sourds. Il peut également être recouru à tout dispositif technique permettant de communiquer avec une personne atteinte de surdité.

« Si la personne est remise en liberté à l'issue de la garde à vue sans qu'aucune décision n'ait été prise par le procureur de la République sur l'action publique, les dispositions de l'article 77-2 sont portées à sa connaissance.

« Sauf en cas de circonstance insurmontable, les diligences résultant pour les enquêteurs de la communication des droits mentionnés aux articles 63-2 et 63-3 doivent intervenir au plus tard dans un délai de trois heures à compter du moment où la personne a été placée en garde à vue » ;

5. Considérant qu'aux termes de son article 63-4 : « Dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à s'entretenir avec un avocat. Si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contact , elle peut demander qu'il lui en soit commis un d'office par le bâtonnier.

« Le bâtonnier est informé de cette demande par tous moyens et sans délai. L'avocat désigné peut communiquer avec la personne gardée à vue dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien. Il est informé par l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire de la nature et de la date présumée de l'infraction sur laquelle porte l'enquête.

«   l'issue de l'entretien dont la durée ne peut excéder trente minutes, l'avocat présente, le cas échéant, des observations écrites qui sont jointes à la procédure.

« L'avocat ne peut faire état de cet entretien auprès de quiconque pendant la durée de la garde à vue.

« Lorsque la garde à vue fait l'objet d'une prolongation, la personne peut également demander à s'entretenir avec un avocat dès le début de la prolongation, dans les conditions et selon les modalités prévues aux alinéas précédents.

« Si la personne est gardée à vue pour une infraction mentionnée aux 4 , 6 , 7 , 8  et 15  de l'article 706-73, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de quarante-huit heures. Si elle est gardée à vue pour une infraction mentionnée aux 3  et 11  du même article, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de soixante-douze heures. Le procureur de la République est avisé de la qualification des faits retenue par les enquêteurs dès qu'il est informé par ces derniers du placement en garde à vue » ;

6. Considérant qu'aux termes de son article 77 : « L'officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'enquête, garder à sa disposition toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. Il en informe dès le début de la garde à vue le procureur de la République. La personne gardée à vue ne peut être retenue plus de vingt-quatre heures.

« Le procureur de la République peut, avant l'expiration du délai de vingt-quatre heures, prolonger la garde à vue d'un nouveau délai de vingt-quatre heures au plus. Cette prolongation ne peut être accordée qu'après présentation préalable de la personne à ce magistrat. Toutefois, elle peut, à titre exceptionnel, être accordée par décision écrite et motivée sans présentation préalable de la personne. Si l'enquête est suivie dans un autre ressort que celui du siège du procureur de la République saisi des faits, la prolongation peut être accordée par le procureur de la République du lieu d'exécution de la mesure.

« Sur instructions du procureur de la République saisi des faits, les personnes à l'encontre desquelles les éléments recueillis sont de nature à motiver l'exercice de poursuites sont, à l'issue de la garde à vue, soit remises en liberté, soit déférées devant ce magistrat.

« Pour l'application du présent article, les ressorts des tribunaux de grande instance de Paris, Nanterre, Bobigny et Créteil constituent un seul et même ressort.

« Les dispositions des articles 63-1, 63-2, 63-3, 63-4, 64, 64-1 et 65 sont applicables aux gardes à vue exécutées dans le cadre du présent chapitre » ;

7. Considérant qu'aux termes de son article 706-73 : « La procédure applicable à l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement des crimes et des délits suivants est celle prévue par le présent code, sous réserve des dispositions du présent titre :

« 1  Crime de meurtre commis en bande organisée prévu par le 8  de l'article 221-4 du code pénal ;

« 2  Crime de tortures et d'actes de barbarie commis en bande organisée prévu par l'article 222-4 du code pénal ;

« 3  Crimes et délits de trafic de stupéfiants prévus par les articles 222-34 à 222-40 du code pénal ;

« 4  Crimes et délits d'enlèvement et de séquestration commis en bande organisée prévus par l'article 224-5-2 du code pénal ;

« 5  Crimes et délits aggravés de traite des êtres humains prévus par les articles 225-4-2 à 225-4-7 du code pénal ;

« 6  Crimes et délits aggravés de proxénétisme prévus par les articles 225-7 à 225-12 du code pénal ;

« 7  Crime de vol commis en bande organisée prévu par l'article 311-9 du code pénal ;

« 8  Crimes aggravés d'extorsion prévus par les articles 312-6 et 312-7 du code pénal ;

« 9  Crime de destruction, dégradation et détérioration d'un bien commis en bande organisée prévu par l'article 322-8 du code pénal ;

« 10  Crimes en matière de fausse monnaie prévus par les articles 442-1 et 442-2 du code pénal ;

« 11  Crimes et délits constituant des actes de terrorisme prévus par les articles 421-1 à 421-6 du code pénal ;

« 12  Délits en matière d'armes et de produits explosifs commis en bande organisée, prévus par les articles L. 2339-2, L. 2339-8, L. 2339 10, L. 2341-4, L. 2353-4 et L. 2353-5 du code de la défense ;

« 13° Délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France commis en bande organisée prévus par le quatrième alinéa du I de l'article 21 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ;

« 14° Délits de blanchiment prévus par les articles 324-1 et 324-2 du code pénal, ou de recel prévus par les articles 321-1 et 321-2 du même code, du produit, des revenus, des choses provenant des infractions mentionnées aux 1° à 13° ;

« 15° Délits d'association de malfaiteurs prévus par l'article 450-1 du code pénal, lorsqu'ils ont pour objet la préparation de l'une des infractions mentionnées aux 1° à 14° ;

« 16° Délit de non-justification de ressources correspondant au train de vie, prévu par l'article 321-6-1 du code pénal, lorsqu'il est en relation avec l'une des infractions mentionnées aux 1° à 15°.

« Pour les infractions visées aux 3°, 6° et 11°, sont applicables, sauf précision contraire, les dispositions du présent titre ainsi que celles des titres XV, XVI et XVII » ;

8. Considérant que les requérants font valoir, en premier lieu, que les conditions matérielles dans lesquelles la garde à vue se déroule méconnaîtraient la dignité de la personne ;

9. Considérant qu'ils soutiennent, en deuxième lieu, que le pouvoir donné à l'officier de police judiciaire de placer une personne en garde à vue méconnaîtrait le principe selon lequel l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle ; que le procureur de la République ne serait pas une autorité judiciaire indépendante ; qu'il ne serait informé qu'après la décision de placement en garde à vue ; qu'il a le pouvoir de la prolonger et que cette décision peut être prise sans présentation de la personne gardée à vue ;

10. Considérant qu'ils estiment, en troisième lieu, que le pouvoir donné à l'officier de police judiciaire de placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction constitue un pouvoir arbitraire qui méconnaît le principe résultant de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui prohibe toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer d'une personne mise en cause ;

11. Considérant que les requérants font valoir, en quatrième lieu, que la personne gardée à vue n'a droit qu'à un entretien initial de trente minutes avec un avocat et non à l'assistance de ce dernier ; que l'avocat n'a pas accès aux pièces de la procédure et n'assiste pas aux interrogatoires ; que la personne gardée à vue ne reçoit pas notification de son droit de garder le silence ; que, dès lors, le régime de la garde à vue méconnaîtrait les droits de la défense, les exigences d'une procédure juste et équitable, la présomption d'innocence et l'égalité devant la loi et la justice ; qu'en outre, le fait que, dans les enquêtes visant certaines infractions, le droit de s'entretenir avec un avocat soit reporté à la quarante-huitième ou à la soixante-douzième heure de garde à vue méconnaîtrait les mêmes exigences ;

- SUR LES ARTICLES 63-4, ALINÉA 7, ET 706-73 DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE :

12. Considérant qu'il résulte des dispositions combinées du troisième alinéa de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée et du troisième alinéa de son article 23-5 que le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à une disposition qui a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

13. Considérant que le Conseil constitutionnel a été saisi, en application du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, de la loi du 9 mars 2004 susvisée ; que les requérants contestaient notamment la conformité à la Constitution des dispositions de ses articles 1er et 14 ; que, dans les considérants 2 et suivants de sa décision du 2 mars 2004 susvisée, le Conseil constitutionnel a spécialement examiné l'article 1er qui « insère dans le livre IV du code de procédure pénale un titre XXV intitulé : " De la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisées " » et comportait l'article 706-73 du code de procédure pénale ; qu'en particulier, dans les considérants 21 et suivants de cette même décision, il a examiné les dispositions relatives à la garde à vue en matière de criminalité et de délinquance organisées et, parmi celles-ci, le paragraphe I de l'article 14 dont résulte le septième alinéa de l'article 63-4 du code de procédure pénale ; que l'article 2 du dispositif de cette décision a déclaré les articles 1er et 14 conformes à la Constitution ; que, par suite, le septième alinéa de l'article 63-4 et l'article 706-73 du code de procédure pénale ont déjà été déclarés conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ; qu'en l'absence de changement des circonstances, depuis la décision du 2 mars 2004 susvisée, en matière de lutte contre la délinquance et la criminalité organisées, il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, de procéder à un nouvel examen de ces dispositions ;

- SUR LES ARTICLES 62, 63, 63-1, 63-4, ALINÉAS 1er À 6, ET 77 DU CODE DE PROCÉDURE PÉNALE :

14. Considérant que, dans sa décision susvisée du 11 août 1993, le Conseil constitutionnel n'a pas spécialement examiné les articles 63, 63 1, 63-4 et 77 du code de procédure pénale ; que, toutefois, il a déclaré conformes à la Constitution les modifications apportées à ces articles par les dispositions alors soumises à son examen ; que ces dispositions étaient relatives aux conditions de placement d'une personne en garde à vue et à la prolongation de cette mesure, au contrôle de celle-ci par le procureur de la République et au droit de la personne gardée à vue d'avoir un entretien de trente minutes avec un avocat ; que, postérieurement à la loi susvisée du 24 août 1993, ces articles du code de procédure pénale ont été modifiés à plusieurs reprises ; que les dispositions contestées assurent, en comparaison de celles qui ont été examinées par le Conseil dans sa décision du 11 août 1993, un encadrement renforcé du recours à la garde à vue et une meilleure protection des droits des personnes qui en font l'objet ;

15. Considérant toutefois que, depuis 1993, certaines modifications des règles de la procédure pénale ainsi que des changements dans les conditions de sa mise en œuvre ont conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue et modifié l'équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le code de procédure pénale ;

16. Considérant qu'ainsi la proportion des procédures soumises à l'instruction préparatoire n'a cessé de diminuer et représente moins de 3 % des jugements et ordonnances rendus sur l'action publique en matière correctionnelle ; que, postérieurement à la loi du 24 août 1993, la pratique du traitement dit « en temps réel » des procédures pénales a été généralisée ; que cette pratique conduit à ce que la décision du ministère public sur l'action publique est prise sur le rapport de l'officier de police judiciaire avant qu'il soit mis fin à la garde à vue ; que, si ces nouvelles modalités de mise en œuvre de l'action publique ont permis une réponse pénale plus rapide et plus diversifiée conformément à l'objectif de bonne administration de la justice, il n'en résulte pas moins que, même dans des procédures portant sur des faits complexes ou particulièrement graves, une personne est désormais le plus souvent jugée sur la base des seuls éléments de preuve rassemblés avant l'expiration de sa garde à vue, en particulier sur les aveux qu'elle a pu faire pendant celle-ci ; que la garde à vue est ainsi souvent devenue la phase principale de constitution du dossier de la procédure en vue du jugement de la personne mise en cause ;

17. Considérant, en outre, que, dans sa rédaction résultant des lois du 28 juillet 1978 et 18 novembre 1985 susvisées, l'article 16 du code de procédure pénale fixait une liste restreinte de personnes ayant la qualité d'officier de police judiciaire, seules habilitées à décider du placement d'une personne en garde à vue ; que cet article a été modifié par l'article 2 de la loi du 1er février 1994, l'article 53 de la loi du 8 février 1995, l'article 20 de la loi du 22 juillet 1996, la loi du 18 novembre 1998, l'article 8 de la loi du 18 mars 2003 et l'article 16 de la loi du 23 janvier 2006 susvisées ; que ces modifications ont conduit à une réduction des exigences conditionnant l'attribution de la qualité d'officier de police judiciaire aux fonctionnaires de la police nationale et aux militaires de la gendarmerie nationale ; que, entre 1993 et 2009, le nombre de ces fonctionnaires civils et militaires ayant la qualité d'officier de police judiciaire est passé de 25 000 à 53 000 ;

18. Considérant que ces évolutions ont contribué à banaliser le recours à la garde à vue, y compris pour des infractions mineures ; qu'elles ont renforcé l'importance de la phase d'enquête policière dans la constitution des éléments sur le fondement desquels une personne mise en cause est jugée ; que plus de 790 000 mesures de garde à vue ont été décidées en 2009 ; que ces modifications des circonstances de droit et de fait justifient un réexamen de la constitutionnalité des dispositions contestées ;

[...]

. En ce qui concerne les autres griefs :

21. Considérant qu'aux termes de l'article 7 de la Déclaration de 1789 : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance » ; qu'aux termes de son article 9 : « Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi » ; que son article 16 dispose : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ;

22. Considérant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant la procédure pénale ; qu'aux termes de son article 66 : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. - L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi » ;

23. Considérant que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale ; que, s'agissant de la procédure pénale, cette exigence s'impose notamment pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions ;

24. Considérant, en outre, qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent le respect des droits de la défense, qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789, et la liberté individuelle que l'article 66 de la Constitution place sous la protection de l'autorité judiciaire ;

25. Considérant qu'en elles-mêmes, les évolutions rappelées ci-dessus ne méconnaissent aucune exigence constitutionnelle ; que la garde à vue demeure une mesure de contrainte nécessaire à certaines opérations de police judiciaire ; que, toutefois, ces évolutions doivent être accompagnées des garanties appropriées encadrant le recours à la garde à vue ainsi que son déroulement et assurant la protection des droits de la défense ;

26. Considérant que l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet ; que l'intervention d'un magistrat du siège est requise pour la prolongation de la garde à vue au-delà de quarante-huit heures ; qu'avant la fin de cette période, le déroulement de la garde à vue est placé sous le contrôle du procureur de la République qui peut décider, le cas échéant, de sa prolongation de vingt-quatre heures ; qu'il résulte des articles 63 et 77 du code de procédure pénale que le procureur de la République est informé dès le début de la garde à vue ; qu'il peut ordonner à tout moment que la personne gardée à vue soit présentée devant

lui ou remise en liberté ; qu'il lui appartient d'apprécier si le maintien de la personne en garde à vue et, le cas échéant, la prolongation de cette mesure sont nécessaires à l'enquête et proportionnés à la gravité des faits que la personne est suspectée d'avoir commis ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la Constitution doit être écarté ;

27. Considérant cependant, d'une part, qu'en vertu des articles 63 et 77 du code de procédure pénale, toute personne suspectée d'avoir commis une infraction peut être placée en garde à vue par un officier de police judiciaire pendant une durée de vingt-quatre heures quelle que soit la gravité des faits qui motivent une telle mesure ; que toute garde à vue peut faire l'objet d'une prolongation de vingt-quatre heures sans que cette faculté soit réservée à des infractions présentant une certaine gravité ;

28. Considérant, d'autre part, que les dispositions combinées des articles 62 et 63 du même code autorisent l'interrogatoire d'une personne gardée à vue ; que son article 63-4 ne permet pas à la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat ; qu'une telle restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier, pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes ; qu'au demeurant, la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence ;

29. Considérant que, dans ces conditions, les articles 62, 63, 63-1, 63-4, alinéas 1er à 6, et 77 du code de procédure pénale n'instituent pas les garanties appropriées à l'utilisation qui est faite de la garde à vue compte tenu des évolutions précédemment rappelées ; qu'ainsi, la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ne peut plus être regardée comme équilibrée ; que, par suite, ces dispositions méconnaissent les articles 9 et 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution ;

- SUR LES EFFETS DE LA DÉCLARATION D'INCONSTITUTIONNALITÉ :

30. Considérant, d'une part, que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications des règles de procédure pénale qui doivent être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée ; que, d'autre part, si, en principe, une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la question prioritaire de constitutionnalité, l'abrogation immédiate des dispositions contestées méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives ; qu'il y a lieu, dès lors, de reporter au 1er juillet 2011 la date de cette abrogation afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité ; que les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité,

DÉCIDE :

Article 1^{er}. - Les articles 62, 63, 63-1 et 77 du code de procédure pénale et les alinéas 1er à 6 de son article 63-4 sont contraires à la Constitution.

Article 2. - La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1er prend effet le 1er juillet 2011 dans les conditions fixées au considérant 30.

Article 3. - Il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, de statuer sur l'article 706-73 du code de procédure pénale et le septième alinéa de son article 63-4.

Article 4. - La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

SÉANCE 6 : LES TRAITÉS INTERNATIONAUX ET LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ

I. Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne (droits fondamentaux)

Document n° 1 : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme

Document n° 2 : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Document n° 3 : Droit primaire et droit dérivé de l'Union européenne (schéma)

II. Le contrôle de conventionnalité « classique » ou « traditionnel »

Document n° 4 : Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556

Document n° 5 : CEDH, 1^{er} février 2000, Mazurek c/ France, n° 34406/97

Document n° 6 : Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale

III. Le contrôle de proportionnalité concret opéré par la Cour de cassation

Document n° 7 : Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066

Document n° 8 : Ph. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061

Document n° 9 : A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137

Document n° 10 : J.-P. Chazal, « Raisonement juridique (suite) : sortir de la liturgie doctrinale », *D.* 2016, p. 417

Document n° 11 : Cass. 1^{re} civ., 8 déc. 2016, n° 15-27.201

Exercice n° 1

À l'aide notamment des documents n° 1 à 3, expliquez succinctement ce qui distingue le Conseil de l'Europe de l'Union européenne.

Expliquez succinctement ce que sont un règlement européen et une directive européenne. Pour ce faire, vous pouvez vous aider de l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:88f94461-564b-4b75-ae7f-c957de8e339d.0010.01/DOC_3&format=PDF).

(À faire au brouillon afin de pouvoir répondre à ces questions à l'oral.)

Exercice n° 2 (commentaire d'arrêt guidé, susceptible d'être ramassé)

Rédigez la fiche d'arrêt du document n° 7 (Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013) en la rédigeant sous la forme de l'introduction d'un commentaire d'arrêt (c'est-à-dire avec un paragraphe d'accroche, sans faire apparaître l'intitulé des différentes parties de la fiche d'arrêt et en terminant par une annonce de plan).

Expliquez ensuite en quoi cet arrêt met en œuvre une nouvelle forme de contrôle de conventionnalité, comme l'arrêt du document n° 11, et quels sont les avantages et inconvénients d'un tel contrôle (vous pouvez vous aider notamment des documents n° 8 à 10). Vous structurerez votre exposé en faisant un plan apparent (division I/II et subdivisions A/B) et en n'oubliant pas de faire une annonce de plan avant chaque division ou subdivision et des transitions entre les parties ou sous-parties.

Pour vous aider, vous pouvez utiliser les fiches de méthodologie du commentaire d'arrêt disponibles sur l'EPI.

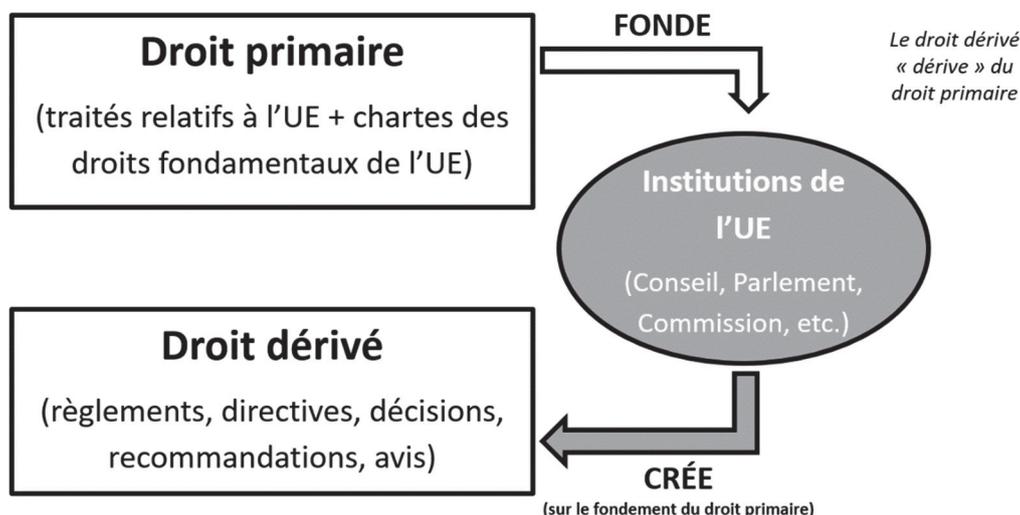
Document n° 1 : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme

Consultez ce document sur Internet : https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf

Document n° 2 : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Consultez ce document sur Internet : https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf

Document n° 3 : Droit primaire et droit dérivé de l'Union européenne (schéma)



Document n° 4 : Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556

Sur le premier moyen pris en ses deux branches :

Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt déféré (Paris, 7 juillet 1973) que, du 5 janvier 1967 au 5 juillet 1971, la Société Cafés Jacques Vabre (Société Vabre) a importé des Pays-Bas, état membre de la communauté économique européenne, certaines quantités de café soluble en vue de leur mise à la consommation en France ; que le dédouanement de ces marchandises a été opéré par la Société J. Wiegel et c. (Société Weigel), commissionnaire en douane ; qu'à l'occasion de chacune de ces importations, la Société Weigel a payé à l'administration des douanes la taxe intérieure de consommation prévue, pour ces marchandises, par la position Ex. 21-02 du tableau A de l'article 265 du Code des douanes ; que, prétendant qu'en violation de l'article 95 du Traité du 25 mars 1957 instituant la communauté économique européenne, lesdites marchandises avaient ainsi subi une imposition supérieure à celle qui était appliquée aux cafés solubles fabriqués en France à partir du café vert en vue de leur consommation dans ce pays, les deux sociétés ont assigné l'Administration en vue d'obtenir, pour la Société Weigel, la restitution du montant des taxes perçues et, pour la Société Vabre, l'indemnisation du préjudice qu'elle prétendait avoir subi du fait de la privation des fonds versés au titre de ladite taxe ;

Attendu qu'il est reproché à la cour d'appel d'avoir accueilli ces demandes en leur principe [...]

Sur le deuxième moyen :

Attendu qu'il est de plus fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré illégale la taxe intérieure de consommation prévue par l'article 265 du Code des douanes par suite de son incompatibilité avec les dispositions de l'article 95 du Traité du 24 mars 1957, au motif que celui-ci, en vertu de l'article 55 de la Constitution, a une autorité supérieure à celle de la loi interne, même postérieure, alors, selon le pourvoi, que s'il appartient au juge fiscal d'apprécier la légalité des textes réglementaires instituant un impôt litigieux, il ne saurait cependant, sans excéder ses pouvoirs, écarter l'application d'une loi interne sous prétexte qu'elle revêtirait un caractère inconstitutionnel ; que l'ensemble des dispositions de l'article 265 du Code des douanes a été édicté par la loi du 14 décembre 1966 qui leur a conféré l'autorité absolue qui s'attache aux dispositions législatives et qui s'impose à toute juridiction française ;

Mais attendu que le Traité du 25 mars 1957, qui, en vertu de l'article susvisé de la Constitution, a une autorité supérieure à celle des lois, institue un ordre juridique propre intégré à celui des états membres ; qu'en raison de cette spécificité, l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces états et s'impose à leurs juridictions ; que, dès lors, c'est à bon droit, et sans excéder ses pouvoirs, que la cour d'appel a décidé que l'article 95 du Traité devait être appliqué en l'espèce, à l'exclusion de l'article 265 du Code des douanes, bien que ce dernier texte fut postérieur ; d'où il suit que le moyen est mal fondé ; [...]

Par ces motifs : Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 7 juillet 1973 par la cour d'appel de Paris

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 34406/97) dirigée contre la République française et dont un ressortissant, M. Claude Mazurek (« le requérant »), avait saisi la Commission européenne des Droits de l'Homme (« la Commission ») le 13 décembre 1996 en vertu de l'ancien article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »).

[...]

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

7. Le requérant, Claude Mazurek, est un ressortissant français né en 1942 à Avignon et domicilié à La Grande-Motte.

8. La mère du requérant décéda le 1^{er} août 1990 d'une encéphalopathie au virus de l'immunodéficience humaine, le mode de contamination retenu étant post-transfusionnel. Elle laissait deux enfants : un fils naturel, Alain, né en 1936 et légitimé par le mariage de sa mère en 1937, et le requérant, né en 1942, déclaré sous le seul nom de sa mère, celle-ci étant alors encore mariée bien que séparée de fait. Le divorce fut prononcé au mois de juillet 1944.

9. Par un acte du 30 avril 1991, Alain fit assigner le requérant devant le tribunal de grande instance de Nîmes en demandant que soit ordonné le partage de la succession par notaire, qu'il soit jugé que le requérant, enfant adultérin, ne pouvait prétendre qu'à un quart de la succession, que soit ordonnée la consignation entre les mains du notaire d'une somme irrégulièrement retirée par le requérant sur le compte de sa mère et transférée sur un compte personnel alors que celle-ci était dans le coma.

10. Dans ses conclusions, le requérant acceptait la désignation du notaire pour liquider la succession, mais soutenait que l'article 760 du code civil qui limite les droits successoraux de l'enfant adultérin était discriminatoire et incompatible avec les articles 8 et 14 de la Convention, les dispositions de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant et l'article 334 du code civil posant le principe de l'égalité des filiations. Il demandait que lui soient reconnus des droits successoraux identiques à ceux d'un enfant légitime. Il soutenait par ailleurs que la somme dont la consignation était requise avait été virée à titre de libéralité non rapportable ainsi que le prouvaient un courrier de la défunte du 20 janvier 1988, un pouvoir général bancaire du 2 février 1988 et des témoignages.

11. Par un jugement du 21 janvier 1993, le tribunal ordonna le partage de la succession. Quant aux droits du requérant, il se référa à l'article 760 du code civil (paragraphe 17 ci-dessous).

En admettant que cette disposition était dérogatoire au principe d'égalité des filiations posé par l'article 334, alinéa 1^{er}, du code civil, le tribunal estima qu'elle ne visait pas à opérer une discrimination entre enfants en fonction de leur naissance, mais à assurer le respect minimal des engagements contractés par le fait du mariage par le parent marié qui donne naissance à un enfant naturel. Il en conclut que cette disposition était rendue nécessaire pour protéger les droits d'autrui et était un principe d'ordre public non contraire à la Convention.

Quant à la somme qui avait été retirée par le requérant et virée sur son propre compte, le tribunal estima que celui-ci n'avait fait qu'exécuter la volonté de sa mère de le gratifier par préciput et que, si cette libéralité devait être fictivement rapportée à la masse partageable pour le calcul de la quotité disponible, il n'y avait pas lieu en l'état d'ordonner la consignation de la somme entre les mains du notaire liquidateur.

12. Devant la cour d'appel, le requérant invoqua notamment l'incompatibilité de l'article 760 du code civil avec les articles 8 et 14 de la Convention et l'article 1 du Protocole n° 1.

13. Par un arrêt du 24 mars 1994, la cour d'appel de Nîmes confirma le jugement entrepris quant à l'ouverture de la succession et la détermination des droits successoraux du requérant. Elle estima toutefois que la somme virée sur le compte du requérant devait être rapportée à la succession car il n'avait pas apporté la preuve d'une libéralité voulue par sa mère.

14. Quant au grief tiré de l'incompatibilité de la discrimination entre enfant légitime et enfant adultérin avec les dispositions de la Convention, la cour d'appel considéra :

« Attendu en l'espèce que les dispositions de l'article 760 du code civil, qui limitent les droits successoraux de l'enfant adultérin, sont directement liées au principe d'ordre public de notre droit selon lequel le mariage a un caractère monogamique et selon lequel il est nécessaire de protéger le conjoint et les enfants victimes de l'adultère ;

Attendu que les dispositions de cet article n'ont pas été édictées pour porter préjudice à l'enfant adultérin mais pour protéger le conjoint et les enfants victimes de l'adultère, qu'il ne s'agit donc pas d'une mesure volontairement discriminatoire à l'égard de l'enfant adultérin, qu'en l'espèce cet article assure la protection des enfants nés du mariage qui pourraient être défavorisés lorsque s'ouvre la succession de leurs parents par la présence d'un enfant adultérin qui, du fait du pré-décès du conjoint non adultère, et

du régime matrimonial choisi par les conjoints, pourrait recueillir dans la succession de son auteur à la fois les biens provenant de celui-ci et les biens provenant du conjoint dont il n'est pas l'enfant ;

Attendu que c'est donc à bon droit que le tribunal a estimé que la volonté du législateur n'est pas de pratiquer une discrimination entre enfants en fonction de leur naissance, mais d'assurer le respect minimal des engagements contractés par le fait du mariage par le parent marié à l'égard de ses enfants légitimes, que le tribunal a estimé donc à bon droit également que l'article 760 du code civil est une disposition rendue nécessaire pour la protection des droits d'autrui, qu'il est un principe d'ordre public de notre droit et qu'il n'est pas contraire à la Convention européenne des Droits de l'Homme ; »

15. Sur pourvoi du requérant, la Cour de cassation rendit son arrêt le 25 juin 1996.

Sur le moyen du requérant tiré d'une discrimination injustifiée entre les enfants naturels et légitimes fondée sur la naissance, et ce en violation des articles 8 et 14 de la Convention, elle considéra que la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale reconnu par l'article 8 de la Convention.

Quant au grief tiré du fait que la cour d'appel avait ordonné le rapport à la succession de la somme virée sur le compte du requérant, la Cour de cassation considéra que la cour d'appel avait souverainement estimé que les circonstances de la cause ne démontraient pas de la part de la défunte la volonté de faire bénéficier son fils d'une donation précipitaire.

16. Par ailleurs, le 14 janvier 1994, la commission du fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles attribua au requérant à titre personnel une indemnisation de 40 000 francs français (FRF) et évalua le préjudice de la défunte à 500 000 FRF devant être versés à sa succession. Cette somme fut donc versée entre les mains du notaire chargé de la succession et le requérant en perçut ultérieurement un quart.

II. LE DROIT INTERNE ET INTERNATIONAL PERTINENT

A. Le code civil

17. Les dispositions pertinentes du code civil, issues de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972, se lisent comme suit :

Article 745

« Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère, aïeuls, aïeules, ou autres ascendants, sans distinction de sexe ni de primogéniture, et encore qu'ils soient issus de différents mariages.

Ils succèdent par égales portions et par tête, quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef ; ils succèdent par souche, lorsqu'ils viennent tous ou en partie par représentation. »

Article 757

« L'enfant naturel a, en général, dans la succession de ses père et mère et autres ascendants, ainsi que de ses frères et sœurs et autres collatéraux, les mêmes droits qu'un enfant légitime. »

Article 760

« Les enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens d'un mariage d'où sont issus des enfants légitimes, sont appelés à la succession de leur auteur en concours avec ces enfants ; mais chacun d'eux ne recevra que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes.

La fraction dont sa part héréditaire est ainsi diminuée accroîtra aux seuls enfants issus du mariage auquel l'adultère a porté atteinte ; elle se divisera entre eux à proportion de leurs parts héréditaires. »

B. La Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant

18. Les dispositions pertinentes de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, se lisent comme suit :

Article 2

« 1. Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.

2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes les formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille. »

C. Les propositions et projets de réforme

19. Dans un rapport intitulé « Statut et protection de l'enfant », adopté en mai 1990, le Conseil d'État évoque la question de l'égalité dans les effets de la filiation dans les termes suivants :

« La réduction de la vocation successorale des enfants adultérins est très critiquée. Elle apparaît directement contraire à l'égalité des filiations et constitue une atteinte aux principes posés par le Code civil selon lesquels l'enfant naturel a en général les mêmes droits que l'enfant légitime. Cette discrimination fondée sur la filiation semble également contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme et à la Convention relative aux droits de l'enfant. Elle devrait donc être supprimée. »

Le rapport du Conseil d'État livre également des données socio-démographiques. Il en ressort qu'au 1er janvier 1990 un enfant sur dix était né hors mariage, la proportion dépassant un sur quatre pour les naissances de 1988. En outre, des modifications substantielles dans les comportements familiaux sont apparues pendant la seconde moitié de la décennie 1970, « avec une baisse du nombre annuel de mariages de 30 % entre 1975 et 1985, une multiplication par 2,5 du nombre des naissances illégitimes sur la même période, et un développement de la cohabitation hors mariage si rapide que c'est maintenant le type de première union pour deux Français sur trois (...) quant aux divorces, leur nombre annuel avait déjà presque doublé entre 1960 et 1975, et il a encore doublé au cours des dix années suivantes ».

20. Un projet de loi, enregistré le 23 décembre 1991 (n° 2530), proposa d'aligner la situation successorale des enfants adultérins sur celle des autres enfants. Ce projet n'eut pas de suite.

21. Le 3 février 1998, le garde des Sceaux chargea Mme Irène Théry, sociologue, de prendre en compte les évolutions de la famille. Le rapport intitulé « Couple, filiation et parenté aujourd'hui » fut déposé le 14 mai 1998. Il releva l'absence de fracture sociologique entre les couples mariés ou non, et critiqua le statut inégalitaire des enfants adultérins.

22. En août 1998, un groupe de travail sur le droit de la famille fut mis en place par la ministre de la Justice afin, notamment, « de tenir juridiquement compte de l'évolution des faits », pour éviter « que ne se creuse un fossé entre les aspirations [des citoyens] et le droit ». Présidée par le professeur Françoise Dekeuwer-Defosse, la commission rendit son rapport le 14 septembre 1999. Celui-ci contient un ensemble de propositions afin de « rénover le droit de la famille ». En particulier, la commission préconise de « parfaire l'égalité des filiations » dans les termes suivants : [...]

EN DROIT

23. Le requérant allègue être victime d'une violation des articles 8 et 14 de la Convention, ainsi que de l'article 1 du Protocole n° 1 en raison du fait que les dispositions applicables en droit civil français ont limité ses droits successoraux sur les biens de sa mère par rapport à ceux de son demi-frère.

24. La Cour estime que, la succession étant déjà ouverte lors de l'introduction de la requête, il convient d'examiner au premier chef la requête sous l'angle de l'atteinte alléguée au droit au respect des biens du requérant combiné avec le principe de non-discrimination (voir, mutatis mutandis, arrêt Inze c. Autriche du 28 octobre 1987, série A n° 126, p. 17, § 38).

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1 COMBINÉ AVEC L'article 14 de la CONVENTION

25. Le requérant se plaint que, du fait de l'application par les juridictions françaises de l'article 760 du code civil, il lui a été alloué une part de la succession de sa mère inférieure à celle qu'a obtenue son demi-frère et ce, parce qu'il était un enfant adultérin.

26. Les articles 1 du Protocole n° 1 et 14 de la Convention se lisent respectivement comme suit :

Article 1 du Protocole n° 1

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. »

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

Article 14 de la Convention

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

27. Le requérant rappelle que son demi-frère était un enfant naturel qui a été légitimé par le mariage de ses parents. Il estime que la différenciation, quant aux droits successoraux, entre enfant naturel légitimé par le mariage et enfant adultérin venant en concours ne répond pas à un but légitime. Il ajoute que, même en se plaçant sur le terrain de la défense de l'institution du mariage et de la famille traditionnelle, la différence de traitement réservée à l'enfant adultérin par rapport à l'enfant naturel légitimé est inacceptable

puisque, dans les deux cas, l'enfant est conçu hors des liens du mariage. Ainsi, l'égalité de droit ne contreviendrait en rien au règlement d'une situation qui ne s'est pas édiflée sur la foi du mariage, mais en marge du mariage. En outre, il ne s'agissait pas en l'occurrence de protéger le conjoint victime de l'adultère, puisque le divorce avait été prononcé le 4 juillet 1944.

28. Le requérant fait encore observer que la méconnaissance par les juridictions internes de l'intention libérale de la défunte à son égard rend encore plus illégitime la différenciation de ses droits successoraux vis-à-vis de son demi-frère.

29. Le requérant considère que les moyens employés pour protéger la famille légitime étaient disproportionnés au but recherché.

30. Il rappelle que la Convention, qui a un caractère dynamique et entraîne des obligations positives de la part des États, est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles, et que les États membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage. Ainsi, seules de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage.

31. En se fondant sur le droit comparé européen, le requérant relève, quant aux arguments avancés par le Gouvernement, que la France se singularise au sein du Conseil de l'Europe en maintenant une position excessivement restrictive et discriminatoire sur cette question.

32. Pour ce qui est de la marge d'appréciation de l'État, le requérant considère que l'on n'aperçoit ni la motivation ni la démonstration d'une spécificité française sur le terrain de la morale, spécificité qui rendrait impossible la mise en œuvre du principe d'égalité constamment affirmé.

33. Le Gouvernement expose que les dispositions de l'article 760 du code civil reposent sur de très solides raisons qui répondent à un but légitime et respectent le rapport de proportionnalité exigé par la Cour. Il ajoute que, selon la jurisprudence, une distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable.

34. Pour ce qui est de la justification, le Gouvernement souligne que dans l'esprit de la loi du 3 janvier 1972 qui reconnaît l'égalité des filiations, l'article 760 du code civil est une exception introduite dans le but de protéger la famille légitime qui repose sur le mariage d'où découlent des droits et obligations, tel le devoir de fidélité.

35. Il ajoute qu'accorder à l'enfant adultérin une stricte égalité de droits avec l'enfant légitime reviendrait à ne tenir aucun compte de la situation qui est édiflée sur la foi du mariage et que la protection de la famille légitime est ainsi assurée par une protection particulière des membres de celle-ci qui sont particulièrement touchés par l'adultère, à savoir le conjoint et les enfants légitimes.

36. Le Gouvernement conclut qu'un tel but est légitime.

37. Il expose encore que les moyens employés sont proportionnés au but visé et souligne que l'État dispose en la matière d'une marge d'appréciation.

38. Il ajoute qu'il n'existe pas d'approche commune des États membres du Conseil de l'Europe concernant les droits des enfants adultérins et que la Cour a pris ce fait en considération dans son arrêt *Rasmussen c. Danemark* (arrêt du 28 novembre 1984, série A n° 87).

39. Le Gouvernement estime mutatis mutandis que l'absence d'unité d'approche au sein du Conseil de l'Europe devrait conduire à reconnaître aux États une marge d'appréciation suffisante pour leur permettre de déterminer les mesures destinées à protéger les membres de la famille légitime, lorsqu'ils sont en concours avec des enfants adultérins pour la succession de leur auteur. Il souligne par ailleurs l'existence d'intérêts moraux qui entrent en jeu dans ce genre de situation.

40. En tout état de cause, le Gouvernement estime que les mesures prises ne sont pas disproportionnées au but poursuivi.

En effet, la restriction des droits de l'enfant adultérin n'est prévue que de manière exceptionnelle, lorsqu'il est en concours avec un enfant légitime ou avec un enfant naturel simple. Il ajoute que le conjoint adultère dispose de plusieurs moyens pour faire disparaître cette inégalité par la légitimation par mariage ou par autorité de justice.

41. La Cour rappelle tout d'abord que l'article 1 du Protocole n° 1 garantit en substance le droit de propriété (arrêt *Inze* précité, p. 17, § 38).

42. Dans la mesure où la mère du requérant était décédée au moment des faits, la Cour constate que le requérant avait automatiquement acquis, en vertu des articles 745, 757 et 760 du code civil français, des droits héréditaires sur la succession. Le patrimoine était donc la propriété conjointe du requérant et de son demi-frère.

43. Dès lors les faits de la cause relèvent de l'article 1 du Protocole n° 1, et l'article 14 de la Convention peut s'appliquer en combinaison avec lui.

A. Sur l'existence d'une différence de traitement

44. La Cour relève d'emblée que le Gouvernement ne conteste pas le fait que, en application des articles pertinents du code civil, les deux demi-frères ne se trouvaient pas dans la même situation vis-à-vis de la succession de leur mère.

45. Elle constate que c'est en raison de sa condition d'enfant adultérin que le requérant a vu réduire de moitié, au profit de son demi-frère, la part de la succession à laquelle il aurait eu droit s'il avait été un enfant naturel ou légitime et que cette différence de traitement est expressément prévue par l'article 760 du code civil.

46. La Cour rappelle, sur ce point, que dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables (arrêt Hoffmann c. Autriche du 23 juin 1993, série A n° 255-C, p. 58, § 31).

47. Il convient dès lors de déterminer si la différence de traitement alléguée était justifiée.

B. Sur la justification de la différence de traitement

48. Au regard de l'article 14 de la Convention, une distinction est discriminatoire si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (voir notamment les arrêts Inze précité, p. 18, § 41, et Karlheinz Schmidt c. Allemagne du 18 juillet 1994, série A n° 291-B, pp. 32-33, § 24).

49. La Cour rappelle à ce propos que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions actuelles (voir notamment l'arrêt Johnston et autres c. Irlande du 18 décembre 1986, série A n° 112, pp. 24-25, § 53). Or les États membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage. En témoigne la Convention européenne de 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, qui n'a pas été ratifiée par la France. Seules donc de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage (voir, mutatis mutandis, les arrêts Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni du 28 mai 1985, série A n° 94, pp. 37-38, § 78, et Inze précité, p. 18, § 41).

50. La Cour estime qu'il ne peut être exclu que le but invoqué par le Gouvernement, à savoir la protection de la famille traditionnelle, puisse être considéré comme légitime.

51. Reste la question de savoir, pour ce qui est des moyens employés, si l'instauration d'une différence de traitement entre enfants adultérins et enfants légitimes ou naturels, quant à la succession de leur auteur, apparaît proportionnée et adéquate par rapport au but poursuivi.

52. La Cour note d'emblée que l'institution de la famille n'est pas figée, que ce soit sur le plan historique, sociologique ou encore juridique. Ainsi, la loi du 3 janvier 1972 a notamment constitué une avancée importante dans l'évolution du droit de la famille et de la situation des enfants non légitimes, réglant la question de l'établissement de la filiation pour tous les enfants. Le 20 novembre 1989, la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, consacrant l'interdiction des discriminations fondées sur la naissance, a été adoptée (paragraphe 18 ci-dessus). A sa suite, en mai 1990, le Conseil d'État a publié un rapport préconisant, données sociodémographiques à l'appui, la suppression de la discrimination successorale affectant les enfants adultérins (paragraphe 19 ci-dessus). En décembre 1991, un projet de loi a proposé d'aligner la situation successorale des enfants adultérins sur celle des autres enfants (paragraphe 20 ci-dessus). En 1998, deux missions furent successivement lancées à l'initiative du garde des Sceaux pour, d'une part, prendre en compte les évolutions de la famille sur le plan sociologique et, d'autre part, tenir juridiquement compte de l'évolution des faits. Le premier rapport, déposé le 14 mai 1998, critiqua le statut inégalitaire des enfants adultérins (paragraphe 21 ci-dessus) tandis que le second rapport, déposé le 14 septembre 1999, préconisa d'abroger les limites aux droits successoraux de l'enfant adultérin (paragraphe 22 ci-dessus). Pour ce qui est de la situation dans les autres États membres du Conseil de l'Europe, la Cour note, contrairement aux affirmations du Gouvernement (paragraphe 38 ci-dessus), une nette tendance à la disparition des discriminations à l'égard des enfants adultérins. Elle ne saurait négliger une telle évolution dans son interprétation nécessairement dynamique des dispositions litigieuses de la Convention. A cet égard, la référence faite par le Gouvernement à l'arrêt Rasmussen (paragraphe 38 ci-dessus) n'est pas convaincante, les circonstances de fait et de temps n'étant pas les mêmes.

Quant à l'argument tiré de la dimension des intérêts moraux (paragraphe 39 ci-dessus), la Cour ne peut que relever la teneur des données sociodémographiques à l'époque des faits, de même que, notamment, le projet de loi tendant, en 1991, à supprimer toute discrimination.

53. La Cour n'est pas appelée à se prononcer sur le point de savoir si la mère du requérant avait ou non contrevenu aux engagements découlant de son mariage, vis-à-vis de la cellule familiale légitime. Elle note simplement que la mère du requérant et son mari étaient séparés de fait lors de la naissance du premier, naissance qui fut rapidement suivie d'un divorce (paragraphe 8 ci-dessus).

54. Le seul problème soumis à la Cour concerne la question de la succession d'une mère par ses deux enfants, l'un naturel, l'autre adultérin. Or la Cour ne trouve, en l'espèce, aucun motif de nature à justifier une discrimination fondée sur la naissance hors mariage. En tout état de cause, l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables : il faut cependant constater que le requérant, de par son statut d'enfant adultérin, s'est trouvé pénalisé dans le partage de la masse successorale.

55. Eu égard à tous ces éléments, la Cour conclut qu'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Partant, il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention.

II. Sur la violation des articles 8 et 14 combinés DE LA CONVENTION

56. Eu égard à la conclusion figurant au paragraphe précédent et compte tenu du fait que les arguments avancés par les parties sont les mêmes que ceux examinés dans le contexte de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention, la Cour n'estime pas nécessaire d'examiner ce grief.

III. SUR L'application de l'article 41 DE LA Convention

57. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommages

58. Le requérant demande au titre du préjudice matériel la différence entre la somme qui lui a été allouée et celle qui lui serait revenue si un partage par moitié avait été effectué. Le Gouvernement ne s'y oppose pas. Dans ces conditions, la Cour dit qu'il y a lieu d'allouer au requérant la somme de 376 034,61 francs français (FRF) au titre du préjudice matériel.

59. Le requérant demande également une indemnisation de son préjudice moral qu'il chiffre à 100 000 FRF. Le Gouvernement s'oppose à cette demande. Statuant en équité, la Cour décide d'allouer au requérant 20 000 FRF au titre du préjudice moral.

B. Frais et dépens

60. Le requérant demande le remboursement de la totalité des frais qu'il a engagés, tant devant les juridictions internes que devant les organes de la Convention, soit respectivement 55 322,69 FRF et 72 360 FRF.

61. Le Gouvernement estime que seuls les frais engagés dans la procédure européenne, et dûment justifiés, pourront être pris en compte.

62. La Cour est d'avis que les frais engagés, tant devant les juridictions internes que devant les organes de la Convention, visaient à voir redresser la violation alléguée de la Convention. En équité, elle alloue la somme globale de 100 000 FRF à ce titre.

C. Intérêts moratoires

63. Selon les informations dont dispose la Cour, le taux d'intérêt légal applicable en France à la date d'adoption du présent arrêt est de 3,47 % l'an.

Par ces motifs, la Cour

1. Dit, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 combiné avec l'article 14 de la Convention ;
2. Dit, par cinq voix contre deux, qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le grief tiré des articles 8 et 14 combinés de la Convention ;
3. Dit, à l'unanimité,
 - a) que l'État défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt est devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes :
 - i. 376 034,61 FRF (trois cent soixante-seize mille trente-quatre francs français soixante et un centimes) pour dommage matériel ;
 - ii. 20 000 FRF (vingt mille francs français) pour dommage moral ;
 - iii. 100 000 FRF (cent mille francs français) pour frais et dépens ;
 - b) que ces montants seront à majorer d'un intérêt simple de 3,47 % l'an à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement ;
4. Rejette, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Document n° 6 : Article 9 de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (extrait)

I. - Dans le chapitre Ier du titre VII du livre Ier du code civil, il est inséré, avant la section 1, un article 310-1 ainsi rédigé :

« Art. 310-1. - *Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux.* »

[NB : l'article 310-1 du Code civil a depuis été transféré à l'article 310 du Code civil.]

Document n° 7 : Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066

Sur le *moyen relevé d'office**, après avis donné aux parties conformément à l'article 1015 du code de procédure civile :

Vu l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... et M. Claude Y... se sont mariés le 6 septembre 1969 et qu'une fille, née le 15 août 1973, est issue de leur union ; qu'après leur divorce, prononcé le 7 octobre 1980, Mme X... a épousé le père de son ex-mari, Raymond Y..., le 17 septembre 1983 ; qu'après avoir consenti à sa petite-fille une donation le 31 octobre 1990, ce dernier est décédé le 24 mars 2005 en laissant pour lui succéder son fils unique et en l'état d'un testament instituant son épouse légataire universelle ; qu'en 2006, M. Claude Y... a, sur le fondement de l'article 161 du code civil, assigné Mme X... en annulation du mariage contracté avec Raymond Y... ;

Attendu que, pour accueillir cette demande, l'arrêt, par motifs propres et adoptés, après avoir relevé qu'ainsi que l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt récent, les limitations apportées au droit au mariage par les lois nationales des États signataires ne doivent pas restreindre ou réduire ce droit d'une manière telle que l'on porte atteinte à l'essence même du droit, retient que la prohibition prévue par l'article 161 du code civil subsiste lorsque l'union avec la personne qui a créé l'alliance est dissoute par divorce, que l'empêchement à mariage entre un beau-père et sa bru qui, aux termes de l'article 164 du même code, peut être levé par le Président de la République en cas de décès de la personne qui a créé l'alliance, est justifié en ce qu'il répond à des finalités légitimes de sauvegarde de l'homogénéité de la famille en maintenant des relations saines et stables à l'intérieur du cercle familial, que cette interdiction permet également de préserver les enfants, qui peuvent être affectés, voire perturbés, par le changement de statut et des liens entre les adultes autour d'eux, que, contrairement à ce que soutient Mme X..., il ressort des conclusions de sa fille que le mariage célébré le 17 septembre 1983, alors qu'elle n'était âgée que de dix ans, a opéré dans son esprit une regrettable confusion entre son père et son grand-père, que l'article 187 dudit code interdit l'action en nullité aux parents collatéraux et aux enfants nés d'un autre mariage non pas après le décès de l'un des époux, mais du vivant des deux époux, qu'enfin, la présence d'un conjoint survivant, même si l'union a été contractée sous le régime de la séparation de biens, entraîne nécessairement pour M. Claude Y..., unique enfant et héritier réservataire de Raymond Y..., des conséquences préjudiciables quant à ses droits successoraux, la donation consentie à Mme Fleur Y... et la qualité de Mme Denise X... en vertu du testament du défunt étant sans incidence sur cette situation, de sorte que M. Claude Y... a un intérêt né et actuel à agir en nullité du mariage contracté par son père ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le prononcé de la nullité du mariage de Raymond Y... avec Mme Denise X... revêtait, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et vu l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en sa disposition prononçant l'annulation du mariage célébré le 17 septembre 1983 entre Raymond Y... et Mme Denise X..., ainsi qu'en sa disposition allouant une somme à M. Claude Y... sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, l'arrêt rendu le 21 juin 2012, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Document n° 8 : Ph. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014, p. 2061

L'essentiel

Comment juger quand chacun des deux plaideurs invoque un droit protégé par la Convention européenne ? La Cour de Strasbourg avait naguère - en condamnant la France - imposé de scruter les faits afin de déterminer lequel de ces droits pèse le plus lourd en l'espèce, quitte à écarter pour cela la loi interne. C'est à cette nouvelle forme de contrôle de proportionnalité que se rallie la Cour de cassation, dans son arrêt controversé du 4 décembre 2013 où elle apprécie les faits, toutefois sans trop s'en expliquer. À cette occasion, sont évoqués les rapports entre les deux juridictions, d'abord tumultueux, puis apaisés. On s'interroge, en outre, sur l'avenir possible d'une Cour de cassation franchissant la frontière qui sépare le droit du fait.

D'un pas précautionneux, ainsi qu'elle a toujours procédé, la Cour de cassation s'aventure sur le terrain des faits et pour les juger, pour fonder officiellement sa décision sur leur appréciation plutôt que sur la loi. Scandale ? Hérésie ? L'aîné des trois soussignés l'a d'abord cru, avant de comprendre la subtilité d'une démarche dictée par le respect qu'inspire désormais la non moins subtile jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Cette avancée vaut d'être contée tant elle suscite d'incompréhension, d'ailleurs explicable vu la complexité du problème.

Nous sommes tellement habitués - et attachés - à notre chère vieille Cour de cassation que nous ne voyons même plus son étrangeté : un juge qui ne juge pas les faits ! Qui a interdiction de les juger ou d'en faire le support de son argumentation, qui doit les tenir le plus possible à distance pour ne mener qu'une investigation de pur droit. Mais un juriste du Canada ou des États-Unis, par exemple, a toutes les peines du monde à comprendre ce qui n'existe pas chez lui et qui lui apparaît comme un insoutenable paradoxe, car dans son système de pensée, les faits occupent la première place et ce sont les principes de droit qui se trouvent distanciés. Pour lui expliquer notre *mos gallicus*, il faut recourir à l'histoire.

Déjà pratiquée sous les premiers Capétiens, la cassation - l'annulation d'une décision de justice - reçoit une consécration officielle dans l'ordonnance civile de 1667, laquelle en attribue le pouvoir à une section du Conseil du Roi, le *Conseil des Parties* : autant dire au roi lui-même... Elle est alors un acte purement administratif et non motivé ou de manière très formelle : le roi n'a pas à donner ses motifs. L'institution, dont l'emploi du verbe « casser » atteste toute la brutalité, ne pouvait que séduire les révolutionnaires tant la jurisprudence des anciens parlements leur avait inspiré de méfiance. Aussi l'ont-ils conservée telle quelle, avec cette seule différence qu'ils ont confié le pouvoir d'annuler un arrêt à un « Tribunal de cassation » : étrange tribunal, qui à l'origine n'exerçait que des fonctions administratives ! Mais ce tribunal, bientôt devenu Cour de cassation, se vit ensuite obligé par la loi de motiver ses décisions et, notons-le, dans un dessein purement pédagogique : les juridictions du fond devaient savoir le pourquoi de la cassation (ou du rejet) afin d'en tirer toutes conséquences utiles. Voilà comment la Cour de cassation devint une juridiction, quoiqu'un peu infirme si l'on y réfléchit bien.

Car comme l'écrivent trois auteurs des plus considérables, « la mission essentielle de la Cour de cassation... n'est pas de juger les procès mais d'assurer l'unité du droit ». Celle-ci « a été créée essentiellement pour la protection de l'intérêt public »(1). Sous-entendu : et davantage que pour donner une nouvelle chance au plaideur qui se pourvoit devant elle. Cette mission la conduit très logiquement à émettre des propositions en forme de normes et qui ne se distinguent pas, quant à leur contenu, d'une disposition législative. C'est au point que M. Zenati a pu considérer la Cour de cassation comme n'ayant pas de jurisprudence au sens propre du terme, mais - un cran au-dessus - une « jurisprudence législative ». Et cet auteur se demande si, à la limite, elle n'est pas davantage un organe complémentaire de législation qu'une vraie juridiction(2). De fait, un juge de l'annulation a souvent tendance à se comporter de la sorte, comme le prouve à plus forte raison l'exemple du Conseil d'État. Et significative est la terminologie employée à propos de ce dernier, qui distingue entre l'annulation et la *pleine* juridiction. En tout cas, ce rôle particulier qu'assume la Cour de cassation a pour conséquence qu'elle remplit *a minima* son obligation de motiver : là encore, nos collègues d'outre-Atlantique - dont les juridictions, à vrai dire, pèchent par l'excès inverse - s'étonnent de cette *imperatoria brevitatis* !

Mais la donne pourrait changer dès lors que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention EDH) institue une juridiction chargée de sanctionner les manquements commis par les États, dont la France, qui ont ratifié la Convention EDH et accepté le recours individuel, lequel constitue la clé de voûte du système. Car la CEDH, qui n'est guidée dans sa tâche que a) par des principes très généraux et b) par leurs limites tout aussi générales, ne servirait strictement à rien si elle ne descendait dans le plus extrême détail des faits de chaque espèce. Bien mieux, et en cela aussi elle se rapproche des juridictions de *common law* évoquées à l'instant, la CEDH doit faire figurer dans ses décisions les opinions, concordantes ou dissidentes, de ses juges. Toutes les conditions sont donc réunies pour qu'elle rende des arrêts d'une grande prolixité, ce qui ne manque pas de décontenancer les juristes français, et cela d'autant plus que la Cour de cassation se trouve désormais en porte-à-faux entre les juges du fait, dont elle contrôle les décisions, et la jurisprudence européenne, dont elle se doit de tenir compte. Autrement dit, entre les faits constatés par nos cours d'appel et ceux, inventoriés de façon bien plus minutieuse, que rapporte la CEDH. Alors qu'elle-même n'a pas en théorie son mot à dire ni sur les uns ni sur les autres !

On ne fera que rappeler ici - car tout cela est bien connu - les armes dont la CEDH s'est dotée pour remplir aussi complètement que possible sa mission : l'obligation positive, l'effet horizontal, l'autorité interprétative de ses propres arrêts, l'assentiment général ou non des différents États européens et, *last but not least*, la technique des distinctions qui en général lui évite les revirements ; les distinctions portant sur les faits, comme dans la *common law*, et non sur le champ d'application de la norme juridique. Des armes parfois contestées, mais il n'y a plus lieu de revenir sur ce débat, car les choses étant ce qu'elles sont, la question consiste à savoir comment la Cour de cassation va devoir faire face à ces nouvelles données.

Observons à titre préliminaire que celle-ci ne s'en tient pas toujours aux faits constatés par la cour d'appel. Comme l'écrivent encore les trois auteurs précités, l'étendue de son contrôle « apparaît assez souvent inspirée par l'appréciation qui est portée sur le fond même du litige »(3), ce que d'ailleurs tout un chacun approuve et de longue date tant que la démarche reste souterraine. Mais aujourd'hui, il s'agit de bien plus : la question est de savoir si la Cour de cassation peut appliquer le principe de proportionnalité jusqu'à écarter, *pour des raisons factuelles*, une disposition de la loi française qui lui paraît, *dans le cas de l'espèce*, contraire à la Convention EDH ou à la jurisprudence de la CEDH. Ainsi que nous allons le voir, elle s'est déjà engagée dans cette voie quelque

peu révolutionnaire. A-t-elle jugé le fond ? À tort ou à raison ? La réponse suppose une analyse qui se révèle complexe et doit donc être menée avec un maximum de clarté.

À cette fin, nous étudierons successivement le poids des condamnations fulminées par la CEDH (I), le tournant déjà pris par la Cour de cassation (II) et les perspectives d'avenir (III).

I - La Cour de cassation et le poids des condamnations de la CEDH

Les condamnations de la CEDH pèsent très lourd, mais toutes n'ont pas la même portée. Certaines ont une portée générale (A), en ce que telle ou telle solution - légale, jurisprudentielle ou née d'une simple pratique, peu importe - doit disparaître du droit français (en l'occurrence) quelles que soient les circonstances de l'espèce. D'autres ont une portée purement individuelle (B) parce que la CEDH ne critique pas en soi notre législation, mais seulement son application casuelle à une certaine situation de fait.

A - Les condamnations ayant une portée générale

Selon les cas, elles visent le juge qui a suppléé au silence de la loi (1) ou le législateur lui-même (2).

1 - Les condamnations à l'adresse du juge français

La question du transsexualisme en constitue la meilleure illustration. L'affaire datant de plus de vingt ans, nous nous bornerons à en rappeler les grandes lignes.

Depuis un arrêt de 1975, la Cour de cassation déniait au transsexuel (véritable) le droit d'obtenir, malgré les opérations chirurgicales *ad hoc* qu'il avait subies, la modification de la mention indiquant son sexe sur les registres de l'état civil. À cette fin, elle se fondait sur le principe de l'indisponibilité de l'état. C'est en particulier la solution qu'elle avait appliquée à un sieur B. demandant à devenir une dame B., au motif - mais cela revenait au même - que son changement de sexe résultait d'une décision volontaire de sa part(4). Dans son pourvoi, l'intéressé(e) n'avait pas eu l'idée d'invoquer l'article 8 de la Convention EDH protégeant sa vie privée (combiné, comme il se doit, avec l'art. 14 prohibant les discriminations), mais à l'époque cela ne lui eût été d'aucune utilité, car dans une autre affaire jugée un an plus tard, la Cour de cassation allait avoir l'occasion de dire que le refus de modifier l'acte de naissance du transsexuel ne violait pas la Convention EDH(5). Or B. se ravisa sans doute puisqu'il (ou elle) saisit la CEDH, laquelle lui donna gain de cause et précisa sur ce fondement, motif pris que ce refus le ou plutôt *la* plaçait dans une situation quotidienne incompatible avec le respect de sa vie privée(6).

En l'absence d'une disposition législative sur la question, c'était bien la Cour de cassation qui avait commis le manquement imputé à l'État français ! Aussi celle-ci, lorsqu'elle fut de nouveau saisie d'un cas analogue, n'eut-elle d'autre choix qu'entre la rébellion, qui n'eût servi qu'à gaspiller en pure perte les deniers du contribuable, et le revirement. Fort sagement, son assemblée plénière choisit la seconde solution, sans renoncer toutefois au principe de l'indisponibilité de l'état, mais en proclamant désormais que celui-ci ne faisait pas obstacle à la modification sollicitée(7). Un revirement brutal, qui n'est pas dans les habitudes de la Cour de cassation puisque la haute juridiction préfère en général procéder par quelques signes annonciateurs ! Mais il est vrai que la condamnation de la France par la Cour de Strasbourg avait préparé la communauté des juristes à cette inévitable volte-face.

2 - Les condamnations à l'adresse du législateur français

Comme de bien entendu, tout le monde pense à l'affaire *Mazurek* !

Dans son arrêt du 25 juin 1996(8), la première chambre civile avait refusé d'attribuer à un enfant adultérin une part successorale égale à celle de son frère légitime (légitimé, en l'occurrence). En quoi elle ne faisait qu'appliquer l'article 760 du code civil (issu de L. n° 72-3, 3 janv. 1972) donnant à l'adultérin une demi-part de légitime, ce qui d'ailleurs marquait à l'époque un progrès, puisqu'auparavant celui-ci n'avait droit à rien. Mais, à cette occasion, la Cour de cassation avait proclamé que « la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale » reconnu par l'article 8 de la Convention EDH. Argument pour le moins bizarre : tous les manuels de droit civil n'enseignent-ils pas que, privé de vocation successorale dans la succession des ascendants et collatéraux de son auteur, l'enfant naturel n'a de ce fait aucun lien *de famille* avec eux ? Sans doute eût-il été préférable d'invoquer la marge nationale d'appréciation à propos d'une discrimination tout de même moins forte que celle constatée dans le célèbre arrêt *Marckx* de la CEDH(9).

Quoi qu'il en soit, le sieur *Mazurek* avait saisi cette dernière juridiction en invoquant à la fois l'article 8 et l'article 1^{er} du Protocole n° 1 accordant à chacun le droit au respect de ses biens. Là-dessus, la CEDH a rendu son presque aussi célèbre arrêt du 1^{er} février 2000 condamnant la France(10). Elle n'a toutefois pas voulu contredire la Cour de cassation puisqu'elle a relevé que, la succession étant déjà ouverte, le patrimoine successoral était la propriété indivise des deux frères et que, partant, l'article 1^{er} du Protocole n° 1 (combiné avec l'art. 14 Conv. EDH) pouvait s'appliquer. Puis, considérant que, dans la plupart des États européens, il existait « une nette tendance à la disparition des discriminations à l'égard des enfants adultérins », elle a estimé que « seules de très fortes raisons » pourraient justifier une inégalité successorale à leur détriment. La question étant alors de savoir si cette inégalité était proportionnée au but invoqué par la France, à savoir la protection de la famille traditionnelle. Pour finir, la CEDH n'a trouvé « en l'espèce » aucun motif de nature à justifier pareille discrimination, mais elle a ajouté que, « *en tout état de cause*, l'enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables » (nous soulignons). C'était donc bien l'article 760 du code civil que les juges européens censuraient !

Le Parlement ne s'y est pas trompé, qui a rectifié le tir moins de deux ans plus tard avec la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001. Saisie entre-temps d'une affaire analogue, la Cour de cassation eût été bien inspirée de mettre à l'écart l'article 760 comme contraire à la Convention EDH tel qu'interprété par la CEDH : ce n'eût été que faire un petit pas de plus par rapport à sa jurisprudence *Jacques Vabre* (11) et c'est d'ailleurs la solution qu'adoptaient plusieurs juges du fond(12). Mais, à la date du 3 mai 2000, soit trois mois après la retentissante condamnation de la France, la première chambre civile préféra rendre un arrêt prudent à l'excès(13). Puis, s'enhardissant, elle devait tenir compte de l'arrêt *Mazurek* (quoique sans le nommer) lorsque, statuant sur l'hypothèse voisine de l'action en retranchement de l'enfant naturel, elle rendit un arrêt de censure en date du 29 janvier 2002 au visa de « l'article 1527, alinéa 2, du code civil, tel qu'il doit être interprété au regard de l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention... et de l'article 14 de cette Convention » (nous soulignons)(14).

On observera toutefois que - *perseverare diabolicum* - la Cour de cassation a adopté une interprétation des dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001 qui s'est révélée défavorable aux enfants adultérins et que la CEDH a derechef condamné notre pays(15) !

Si l'on néglige ces incohérences typiques d'un combat d'arrière-garde, il apparaît que les condamnations de portée générale ne risquent pas de bouleverser, mais tout au plus d'infléchir la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation. Il en va tout autrement avec les condamnations qui ont une portée individuelle.

B - Les condamnations ayant une portée individuelle

La rencontre du principe de proportionnalité, qui est au coeur de l'activité quotidienne de la CEDH, et de l'effet horizontal, qu'elle diffuse chaque année un peu plus dans les relations interindividuelles, est propice à la multiplication de condamnations qui ne remettent pas en question la loi nationale, mais seulement les conséquences trop brutales de son application concrète à un justiciable donné. Il faut essayer d'illustrer les techniques utilisées à cette fin pondératrice (1) afin de mieux pouvoir apprécier les résultats obtenus (2).

1 - Les techniques utilisées

Il importe d'abord de remarquer que, nonobstant des données de fait particulièrement douloureuses ou dramatiques, certaines questions graves ne peuvent justifier aucun assouplissement de la règle. Il s'agit principalement de cas relevant du droit médical ou de la bioéthique. Deux exemples permettront de mieux faire comprendre que la CEDH ne confond pas humanisme et sensiblerie et qu'elle ne se laisse pas systématiquement apitoyer par l'éloquence des faits. Le premier est fourni par l'affaire *Evans c/ Royaume-Uni* qui concernait une femme, guérie d'un cancer des ovaires, empêchée d'obtenir un transfert d'embryons *in vitro* du fait que son compagnon lui refusait l'autorisation exigée par la loi. Elle a donné lieu à un arrêt du 7 mars 2006(16), puis à un arrêt de grande chambre du 10 avril 2007(17), lesquels ont neutralisé le principe de proportionnalité pour favoriser l'application, à l'encontre de cette courageuse survivante, de règles claires et intangibles, nécessaires à la sécurité juridique et à la préservation de la confiance que le droit doit inspirer au public dans un domaine particulièrement sensible. Le second vient d'un récent arrêt *Hristozov c/ Bulgarie* du 13 novembre 2012(18) qui approuve le refus de laisser accéder des cancéreux en phase terminale à des traitements expérimentaux gratuits : ici, la CEDH a invoqué les mêmes principes et, en outre, l'idée que la marge d'appréciation des États ne doit pas être réduite par l'existence d'un consensus européen, si celui-ci tient davantage à l'évolution d'une branche particulièrement dynamique du droit qu'à des principes juridiques établis de longue date.

Ces précisions, propres à atténuer la crainte que les arrêts de la Cour de Strasbourg ne pèsent d'un trop grand poids sur la Cour de cassation, ne doivent pas masquer la force du mouvement qui conduit à multiplier les condamnations européennes à portée essentiellement individuelle. On peut prendre conscience de l'importance de cette évolution - se traduisant par l'affirmation d'une nouvelle figure du contrôle de proportionnalité adapté à la pesée des intérêts privés en jeu - à partir de trois ou quatre arrêts qui sont en passe de devenir emblématiques.

Il faut commencer, à tout seigneur tout honneur, par l'arrêt *Van Kück c/ Allemagne* du 12 juin 2003(19) abordant la question des relations, d'ordre purement privé, entre un transsexuel et sa compagnie d'assurances : celle-ci refusait de lui rembourser la moitié des frais d'une opération de conversion sexuelle en arguant qu'elle ne correspondait pas au critère de nécessité médicale prévu dans les conditions générales de la police. La CEDH a constaté une violation de l'article 8 de la Convention EDH, au motif que les juridictions allemandes avaient excédé la marge d'appréciation dont elles disposaient : il est, en effet, disproportionné d'exiger qu'une personne prouve la nécessité médicale d'un traitement lorsqu'est en jeu l'un des aspects les plus intimes de sa vie privée. La Cour, qui vise *généralement* la marge d'appréciation de l'État, se réfère ici *spécialement* à la marge d'appréciation des juridictions nationales. Cette particularité doit être soulignée, car elle révèle avec éclat que la question litigieuse aurait pu être autrement résolue en considération de données factuelles différentes.

Une mention particulière doit ensuite être décernée à l'arrêt *Zolotas c/ Grèce n° 2* du 29 janvier 2013(20), dont la richesse a été mise en lumière par M^{me} Rochfeld(21). Dans cette décision, qui donne un remarquable écho européen aux idées du solidarisme contractuel, les juges de Strasbourg statuant à l'unanimité ont fait émerger une obligation d'informer le cocontractant en cours d'exécution du contrat, et cela au détour d'un constat de violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1(22) : en l'espèce, le client d'une banque, vivant depuis longtemps à l'étranger pour raisons de santé, n'avait pas été informé de la nécessité de pratiquer un mouvement de fonds dans le délai de vingt ans à l'expiration duquel la loi grecque déclare les dépôts bancaires prescrits au bénéfice

de l'État. Or les juridictions nationales avaient strictement appliqué cette solution. Ici encore, ce n'est pas la loi qui est remise en cause par la CEDH, mais la façon dont les juges nationaux l'ont appliquée sans tenir compte des données factuelles propres à l'affaire. Plus récemment, cette exigence européenne d'assouplissement des délais de prescription ou de péremption a été rappelée dans un arrêt *Howald Moor et autres c/ Suisse* du 11 mars 2014(23), rendu dans une affaire beaucoup plus dramatique aux enjeux très graves : il s'agissait du droit, pour les salariés victimes de cancers après avoir exercé des fonctions qui les avaient mis en contact avec l'amiante, d'agir en justice contre leurs employeurs et les assureurs de ceux-ci. Afin de constater une violation de l'article 6, § 1, consacrant le droit à un procès équitable, la Cour retient que les circonstances exceptionnelles de l'espèce, n'ayant permis de diagnostiquer les maladies que de longues années après les événements pathogènes, auraient dû être prises en compte pour le calcul des délais de prescription et de péremption. Encore une fois, il est reproché aux juges nationaux d'avoir inflexiblement appliqué les règles générales et abstraites, alors que la gravité des données de fait commandait souplesse et adaptation à la détresse particulière des justiciables. La gravité des circonstances exceptionnelles oblige donc à distinguer là où la loi ne distingue pas ! Cet examen minutieux des faits pour en faire surgir des distinctions que la hauteur de vue de la loi ne permettait pas d'apercevoir constitue, en définitive, le procédé le plus original déployé par la CEDH pour étendre l'influence de la Convention EDH dans les relations de droit privé.

La France n'a pas échappé à ce type de condamnation à portée individuelle privilégiant la pesée des intérêts particuliers en présence. Ainsi, dans un cas à forte connotation successorale, moins connu que l'affaire *Mazurek*, mais qui pourtant pourrait inciter plus pesamment la Cour de cassation à se confronter à la réalité des faits. Il s'agit de l'affaire *Pascaud* qui a donné lieu à un arrêt sur le fond du 16 juin 2011 et à un arrêt de satisfaction équitable du 8 novembre 2012(24). Bien que complexes, les faits de l'espèce doivent être relatés puisqu'ils ont déterminé la solution retenue par la CEDH. Un viticulteur de Saint-Émilion avait entretenu avec une voisine des relations d'où était né un fils qu'il n'avait pas reconnu. L'homme épousé un peu plus tard par la mère allait, quant à lui, procéder à une reconnaissance qui ne devait pas empêcher les père et fils biologiques de tisser, sans grande discrétion, de solides liens personnels. Le viticulteur, devenu riche propriétaire, s'était promis de régulariser la situation au décès de la mère, mais frappé par un accident cérébral, il institua la commune légataire universelle et lui fit donation, aussitôt acceptée par le conseil municipal, de la nue-propriété de son *château*. Là-dessus, le fils demanda l'annulation de la reconnaissance dont il avait fait l'objet et l'établissement de la filiation correspondant à ses origines biologiques. À cette fin, le juge ordonna une expertise génétique à laquelle le vieil homme, placé sous sauvegarde de justice, finit par se soumettre. Les résultats de l'expertise ne laissaient aucun doute sur sa paternité, mais il mourut et la commune de Saint-Émilion, venant en ses lieu et place, fit juger par la cour d'appel de Bordeaux, approuvée par la Cour de cassation, que l'expertise génétique était nulle dès lors que, compte tenu de l'évolution de ses facultés mentales, l'intéressé n'y avait pas valablement consenti. La CEDH a jugé, à l'unanimité, que cette solution violait le droit au respect de la vie privée du fils biologique. Afin de pouvoir dresser ce constat, les juges européens ont estimé que la protection des intérêts du père présumé ne saurait, à elle seule, constituer un argument suffisant pour priver le requérant de ses droits au regard de l'article 8 de la Convention EDH. Et que, en annulant *post mortem* l'expertise génétique et en refusant de reconnaître le lien de filiation, la cour d'appel avait donné plus de poids aux droits et intérêts du père présumé qu'au droit du fils à voir reconnaître ses origines. Surtout, ils ont fait part de leur « difficulté à admettre que les juridictions nationales aient laissé des contraintes juridiques l'emporter sur la réalité biologique en se fondant sur l'absence de consentement, etc. ». Cette formule un peu maladroitement signifiait en réalité que les juridictions françaises n'avaient pas procédé à la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts privés en présence, recherche qui aurait dû les conduire à faire prévaloir le fait - établi à 99,99 % - sur des contraintes juridiques peu convaincantes en l'espèce (la protection *post mortem* d'un consentement douteux, mais dont l'absence n'était pas rigoureusement établie). Du point de vue technique, l'arrêt *Pascaud* a donc consacré une sorte d'obligation positive de mettre en oeuvre une nouvelle figure du contrôle de proportionnalité(25), que l'on pourrait nommer le *contrôle de proportionnalité privatisée*, de manière à bien faire ressortir qu'il doit s'opérer entre des intérêts privés *expressément pris en compte en tant que tels*, sans plus chercher à placer l'un ou l'autre sous la bannière de l'intérêt général. Pour mieux évaluer le coût d'un manquement à cette obligation positive d'exercer un contrôle de proportionnalité privatisée pesant essentiellement sur les juridictions nationales, il suffira de constater que l'arrêt du 8 novembre 2012 a attribué au sieur Pascaud, à titre de satisfaction équitable, la somme de 2 750 000 € directement puisés dans la poche du contribuable dont les intérêts ne peuvent sans doute pas être complètement ignorés par la Cour de cassation... Pour le requérant victorieux en tout cas, il s'agit d'un résultat des plus concrets.

2 - Les résultats obtenus

Depuis son célèbre arrêt *Airey c/ Irlande* du 9 octobre 1979(26), le travail interprétatif de la CEDH est un véritable combat pour que les droits garantis par la Convention EDH soient concrets et effectifs et non plus théoriques et illusoire. La jurisprudence *Van Kück-Pascaud* prolonge cette bataille de l'effectivité des droits de l'homme dans les relations interindividuelles. Les résultats, on vient de le voir, peuvent se traduire par la condamnation de l'État défendeur à verser au requérant des sommes qui peuvent être d'un montant élevé quand il s'agit d'un préjudice matériel (en matière successorale notamment). Fort heureusement, les plus importants des résultats obtenus se situent à un autre niveau.

Tenir compte des données concrètes en pesant les intérêts individuels en présence permet, en effet, de rendre plus humaine l'application des lois porteuses de belles valeurs républicaines lorsque leur degré d'abstraction les empêche de discerner le malheur et la détresse des gens les plus démunis, vulnérables, malchanceux ou innocents. Diffusée dans les rapports interindividuels au titre de l'effet horizontal des droits conventionnels, cette flexibilité de l'application de la règle parvient aussi, de manière un peu inattendue, à rendre vivante la formule prémonitoire du doyen Carbonnier, selon laquelle les « droits de la personnalité sont les droits de l'homme opposables aux autres hommes »(27). Cette évolution conduit, logiquement et inéluctablement, à l'émergence

encore trop peu remarquée de conflits de droits de l'homme dont la résolution, nourrie de « proportionnalité privatisée », passe par la mise en oeuvre de principes inédits que la doctrine a déjà dégagés(28) et que la CEDH commence à appliquer(29).

II - Le tournant pris par la Cour de cassation

Le poids toujours plus lourd des arrêts de la CEDH a conduit la Cour de cassation française à prendre, au début des années 2010, un tournant par deux arrêts révolutionnaires (A) qui ne la dispensent pas, néanmoins, d'une certaine prudence (B).

A - Deux arrêts révolutionnaires...

Sans doute parce que le nom sous lequel il est connu l'a mieux fait entrer dans les mémoires, l'arrêt *Jacques Vabre* rendu en chambre mixte le 24 mai 1975 est un repère pour tout juriste français. Peut-être parce qu'on ne peut les retenir que par leurs dates, deux arrêts récemment prononcés par la Cour de cassation sont souvent ignorés, même par ceux qu'ils concernent le plus, alors que, du point de vue des sources internationales du droit privé, leur importance est tout aussi révolutionnaire.

1 - La révolution du 15 avril 2011

Les turbulences constitutionnelles et conventionnelles, qui ont abouti à une réforme en profondeur de la garde à vue par la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011, ont permis à l'assemblée plénière de rendre le 15 avril une série d'arrêts(30) dont la portée dépasse largement le champ de la procédure pénale. Ils répètent, en effet, à l'unisson le principe suivant lequel « les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la CEDH sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ». Il s'agit là de la reconnaissance de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour de Strasbourg, dont la conséquence véritablement révolutionnaire est la suivante : face à une difficulté donnée, le plus important n'est pas de savoir ce qu'en dit la loi votée par les représentants du peuple souverain, mais de s'assurer qu'un arrêt de la CEDH prononcé à l'encontre de l'un quelconque des quarante-sept États membres du Conseil de l'Europe ne l'a pas tranchée, de manière bien établie, dans un sens différent ; et, en cas de réponse affirmative, d'appliquer la solution européenne sans attendre que le législateur veuille bien se donner la peine de l'adopter. Ainsi, dans la série du 15 avril 2011, les décisions des juges du fond ont été approuvées ou censurées selon qu'elles avaient ou non fait prévaloir les solutions retenues contre la Turquie par les arrêts *Salduz* du 27 novembre 2008(31) et *Dayanan* du 13 octobre 2009(32) - exigeant la présence de l'avocat dès le début de la garde à vue - sur les dispositions du code de procédure pénale auxquelles le Conseil constitutionnel avait pourtant accordé un sursis d'un an par sa décision du 30 juillet 2010(33). La révolution du 15 avril concerne directement les arrêts à portée générale qui, comme les arrêts *Salduz* et *Dayanan* sont adressés au législateur, mais l'autorité interprétative qu'elle reconnaît a vocation à s'appliquer aussi aux arrêts à portée individuelle : ce qui signifie que le juge français doit mettre en oeuvre le principe de proportionnalité dans les rapports entre particuliers indépendamment des termes généraux de la loi. Or la prise en compte des données factuelles aux fins d'empêcher l'application rigide de la règle générale est précisément au coeur d'une seconde révolution.

2 - La révolution du 4 décembre 2013

Elle résulte d'un arrêt de la première chambre civile(34) cassant, sous le visa exclusif de l'article 8 de la Convention EDH, un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence qui, sur le fondement de l'article 161 du code civil, avait prononcé l'annulation du mariage d'un homme avec l'ex-épouse de son fils et cela vingt-deux ans après la célébration - mais huit ans avant l'expiration du délai de trente ans fixé par l'article 184 pour attaquer un mariage incestueux. Cette révolution, même si elle se situe dans le sillage de la précédente puisqu'elle se nourrit d'une référence à ce qui a été « [rappelé] par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt récent »(35), a eu un plus grand retentissement. Encore faut-il bien comprendre sa portée. L'audace tient à ce que la Cour de cassation a écarté l'application des règles du code civil relevant de l'ordre public matrimonial au motif que le prononcé de la nullité du mariage revêtait, à l'égard de la veuve, le caractère d'une ingérence injustifiée dans sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans. Ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation justifie une solution audacieuse au visa du seul article 8 de la Convention EDH. Elle l'avait fait, il y a déjà presque vingt ans, par l'arrêt de sa troisième chambre civile *Mel Yedei* du 6 mars 1996(36). C'était déjà une révolution, mais qui se bornait à justifier la mise à l'écart d'une clause d'habitation contractuelle. Cette fois, c'est l'application aveugle de la loi qui est directement dénoncée. Un communiqué officiel de la Cour - précisant que, en raison de son fondement, la portée de cet arrêt est limitée au cas particulier examiné et qu'il ne remet pas en question le principe de la prohibition du mariage entre alliés - pourrait masquer l'importance de la révolution accomplie. En réalité, il ne fait qu'en souligner l'ampleur puisqu'il revient à dire que même une loi visant à défendre la société contre l'abomination de l'inceste doit être assouplie en fonction du cas particulier examiné ! Il est donc clairement établi que, désormais, la Cour de cassation n'hésite plus à faire jouer le principe de proportionnalité, permettant d'établir qu'une ingérence est injustifiée, afin d'écartier pour des raisons factuelles une disposition de la loi française qui lui paraît, dans le cas d'espèce, contraire à la Convention EDH.

Ici, nul ne doit se tromper de reproche : il est, le cas échéant, loisible de critiquer la Cour de cassation pour avoir fait pencher la balance du côté de la veuve plutôt qu'en faveur du fils (et de leur enfant commun, qui après tout avait aussi une vie privée à faire respecter), mais on ne peut en aucun cas lui reprocher d'avoir utilisé cette balance-là dès lors que l'arrêt *Pascaud* l'y obligeait absolument ! Autrement dit, la Cour de cassation, qui, en l'espèce, a écarté la loi française, aurait tout aussi bien pu l'appliquer. Or, honnêtement, nul ne sait quelle sera à l'avenir la fréquence statistique d'une pareille mise à l'écart : tout ce qu'on peut dire pour l'instant, c'est que l'hypothèse d'un mariage incestueux qui a duré vingt-deux ans sans être annulé est pour le moins marginale.

Cela dit, cette révolution n'a pas bénéficié de la rigueur et de la précision méthodologiques qui caractérisaient celle du 15 avril 2011. Car la première chambre civile reste très discrète sur la confrontation avec l'arrêt *B. et L. c/ Royaume-Uni*, laquelle aurait pu justifier une distinction entre les situations des alliés britanniques et des alliés français. Et, surtout, elle reste très elliptique sur les données factuelles : elle s'abstient, en effet, de faire remarquer qu'il s'agissait, comme dans l'affaire anglaise, de rechercher un équilibre entre des intérêts privés, puisque c'est seulement au moment où la mort de son père avait fait surgir des enjeux successoraux que le fils s'était avisé de demander l'annulation de son mariage avec celle dont il avait été le premier mari et qui lui disputait maintenant l'héritage. La Cour de cassation avance donc à pas feutrés.

B - ...mais une certaine prudence

Les hésitations de la Cour de cassation à s'inscrire résolument dans une logique de prééminence des droits de l'homme viennent d'être encore révélées par l'arrêt de la première chambre civile du 19 mars 2014(37). Intervenant dans un contexte politique particulièrement délicat, cet arrêt très attendu a en effet jugé qu'une convention de gestation pour autrui (GPA) caractérisait un processus frauduleux dont la naissance de l'enfant est l'aboutissement, en sorte que l'acte de naissance rédigé dans un pays étranger selon les formes usitées dans ce pays ne pouvait être transcrit sur les registres de l'état civil français. Il s'agit là de la réplique d'un arrêt du 13 septembre 2013(38) qui avait cassé pour les mêmes motifs un autre arrêt de la cour d'appel de Rennes. Et, dans le même sens, un arrêt de rejet du même jour(39) avait eu l'originalité de préciser que, en présence d'une semblable fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention de New York, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention EDH ne sauraient être utilement invoqués. Or, bien que plus récent, l'arrêt du 19 mars 2014 observe un silence complet, malgré l'avis de l'avocat général Jean-Paul Jean, sur l'éventuelle influence de ces sources internationales. Cela peut surprendre au regard de la démarche révolutionnaire adoptée le 4 décembre 2013. En effet, l'enfant dont la naissance à l'étranger procède d'une fraude à la loi française n'en est pas plus responsable que l'enfant adultérin ne l'est d'une violation des devoirs du mariage. Compte tenu de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun, il fallait donc s'attendre à ce que l'obstacle dressé par la Cour de cassation pour empêcher aussi bien la reconnaissance que l'établissement du lien de filiation à l'égard du père biologique d'enfants nés par GPA à l'étranger attire sur la France de nouvelles condamnations de la CEDH. Elles ont effectivement été prononcées par les arrêts de chambre *Menesson* et *Labassee* du 26 juin 2014(40), rendus à l'unanimité, désormais définitifs à défaut de demande de renvoi en grande chambre par le gouvernement dans un délai de trois mois. Ceux-ci, en raison du poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts, ont estimé que, malgré sa marge d'appréciation, la France portait atteinte au droit au respect de la vie privée de l'enfant - et seulement de l'enfant - né d'une GPA légalement pratiquée à l'étranger en refusant la transcription de son acte de naissance, dès l'instant du moins que ce refus s'inscrivait dans un mouvement jurisprudentiel interdisant toute possibilité d'établissement des liens de filiation entre les enfants et leur père biologique. La révolution qui s'est opérée à la Cour de cassation est donc encore un peu trop tranquille pour préparer à la France un avenir dégagé de risques majeurs de nouvelles stigmatisations européennes...

III - L'avenir possible de la Cour de cassation

Des avenir possibles, on en voit au moins trois. Le premier tient dans une motivation plus explicite des arrêts de la Cour de cassation (A), le deuxième dans un double recours à la technique des distinctions et de la balance des intérêts (B), le troisième dans une possible décision d'interpréter les actes juridiques privés (C).

A - Une motivation plus explicite

Le sujet paraît rebattu tant il a donné lieu à une littérature restée longtemps infructueuse. Toujours citée, jamais reprise, la fameuse chronique de Tunc et Touffait, où ceux-ci appelaient à une motivation plus explicite des décisions de justice, paraissait devoir ne plus sortir des tiroirs(41).

Mais, sous l'influence de la jurisprudence de la CEDH, les choses pourraient changer, et d'autant plus que l'injonction vient de haut. Dans son discours d'installation du 16 juillet 2014, le nouveau premier président de la Cour de cassation le laisse entendre : « La montée en puissance de cours européennes, statuant en fait et en droit, amène notre juridiction à envisager, dans certaines situations, l'infléchissement de sa tradition de strict contrôle du droit. La motivation souvent pluridisciplinaire des arrêts de ces cours invite à mieux évaluer les incidences de nos décisions en termes sociaux et économiques, internes et internationaux, au-delà des seules analyses juridiques qui sont la culture de la Cour de cassation »(42).

Les faits sont ici présents à deux niveaux. Ce sont d'abord les faits de l'espèce, qu'ils aient un caractère répétitif ou que leur singularité les rende à peu près intransposables. Mais ce sont aussi les conséquences de fait que pourrait avoir dans d'autres espèces l'arrêt que la Cour s'apprête à rendre.

Le premier niveau est de nature à changer le contenu du syllogisme qui est censé structurer les arrêts. La prémisse majeure ne peut plus être la seule règle de droit et la mineure les faits qualifiés. Les faits ont désormais vocation à s'intégrer à la majeure. C'est compte tenu de telle ou telle règle et du particularisme des faits constatés par les juges du fond que leur décision sera ou non juridiquement validée par la Cour de cassation. Celle-ci aura beau maintenir les apparences en se bornant à viser la seule règle de droit au titre de la majeure, comme elle le fait dans l'arrêt précité du 4 décembre 2013, les germes d'une remise en cause du syllogisme seront là...

Mais c'est le second niveau qui est le plus directement susceptible d'aboutir à une motivation plus abondante des arrêts, si du moins la Cour de cassation entend y intégrer une motivation pluridisciplinaire propre à tenir compte de leurs incidences concrètes.

Entendons-nous : nul juriste ne croira que les juges se désintéressent des conséquences concrètes de leurs décisions. Mais aujourd'hui, ces considérations ne filtrent que lorsque des conclusions ou rapports sont publiés ; sinon, elles restent cantonnées aux délibérations. Si les choses devaient changer, les effets pourraient être considérables. Comme l'avait relevé il y a près d'une décennie, dans l'enceinte même de la Cour de cassation, un fin observateur étranger de notre tradition, intégrer les conséquences des décisions prises revient à rendre présents et lisibles dans un même texte le versant linguistique et déductif de la décision et son versant social. Ce qui n'est pas simple, non seulement parce que les deux méthodes interprétatives se combinent mal, mais surtout parce que cette façon de procéder aboutit à une augmentation du volume des décisions au fil du temps : pour maintenir son autorité, la haute juridiction devra à chaque fois affiner et approfondir son analyse sur le versant social, ce qui risque de rendre ses arrêts à peu près illisibles(43).

Néanmoins, ce risque comporte une contrepartie qui est précisément révolutionnaire. Comme déjà dit en introduction, en motivant peu ses décisions parce qu'elle a choisi comme auditoire avant tout les juges du fond, la Cour de cassation demeure l'héritière de la tradition monarchique et sa mue républicaine n'est venue que du mode de nomination des juges qui ne sont plus titulaires de charges, mais issus d'un concours élitiste. En revanche, elle n'a rien de démocratique. Une juridiction démocratique est celle qui tient sa légitimité moins du statut institutionnel de ses juges (le concours) que de la motivation de ses décisions, celle-ci devant être à la fois remise sur le métier à intervalles réguliers et exprimée en des termes accessibles au plus vaste auditoire possible, afin d'autoriser un éventuel débat public. En définitive, en tenant mieux compte des faits, la Cour de cassation a des chances de se démocratiser.

B - Le double recours à la technique des distinctions et de la balance des intérêts

Prendre officiellement en compte les faits tels qu'ils sont établis par les juges du fond dans le raisonnement juridique tenu par la Cour de cassation, c'est possiblement intégrer la technique des distinctions qui nous rapprocherait de la tradition de *common law*. Reprenons l'arrêt fameux du 4 décembre 2013. Sa portée ne dépendra pas seulement de la rationalité intrinsèque de la règle qu'il énonce, mais aussi de l'appréciation des faits : la décision vaudra-t-elle encore quand d'autres juges seront confrontés à une union qui aura certes été célébrée sans opposition, mais dont la durée n'aura pas excédé, par exemple, une dizaine d'années ? Au même titre qu'en *common law*, le raisonnement par analogie que tiendront les juges sera tributaire de la proximité des faits nouveaux avec ceux ayant donné lieu à la décision précédente(44). Toute la difficulté étant alors de déterminer le degré de proximité suffisant pour procéder ou non à une analogie...

Mais intégrer ces faits dans le même raisonnement nous renvoie aussi à une technique : la balance des intérêts. Le même arrêt de 2013 a bien emprunté à la méthode de raisonnement de la CEDH en procédant à une pesée des intérêts en présence, intérêt collectif et intérêts individuels des autres membres de la famille et spécialement des enfants. Or, comme l'a fort justement relevé M. Fulchiron, la Cour de cassation a hésité à franchir le pas, puisque « sa décision conserve une construction classique qui suppose que l'interprète induise du syllogisme posé les raisons de la décision prise, et donc qu'il reconstitue le raisonnement du juge dont n'apparaît que la structure formelle, alors qu'un raisonnement au regard de l'article 8 supposerait que la mise en balance des intérêts en présence soit faite de façon explicite ». Cette hésitation, l'auteur la comprend, car « aller jusqu'au bout de la logique de l'article 8 impliquerait une véritable révolution méthodologique », l'appréciation des faits et la pesée des intérêts relevant traditionnellement de la compétence des juges du fond(45). Bien plus, cette logique pourrait aboutir à une jurisprudence casuistique se substituant à la jurisprudence de nature quasi législative de la Cour de cassation. Or pareille évolution suscite la colère des civilistes les plus classiques qui y voient la remise en cause de la cohérence du droit de tradition civiliste au profit d'un « droit compliqué, fragmenté, éclaté, une poussière de nombreux droits subjectifs sans véritable règle générale »(46).

Mais cette opinion se discute. Les juristes de *common law* reprochent parfois à la règle générale du droit civil de n'être cohérente et simple qu'en apparence, précisément tant qu'on en reste aux généralités. Mais, quand il s'agit d'appliquer cette règle à une infinité de situations concrètes, ils observent que les choses se compliquent singulièrement. Selon eux, mieux vaut compter sur une jurisprudence qui intègre des distinctions factuelles, car elle fournit aux sujets de droit des indications nettement plus précises et opérationnelles sur le sens et la portée de la règle qu'ils se voient appliquer. En dépit des apparences, cette jurisprudence casuistique pourrait être un meilleur instrument au service d'une sécurité juridique tant vantée...

En outre, il n'est pas certain que la balance des intérêts remette en cause notre tradition, comme on le prétend trop souvent. Car, enfin, c'est contre l'abus de déductions logiques, où le syllogisme tenait sa part, que cette tradition s'est reconstruite au début du XX^e siècle. Gény lui-même souhaitait orienter franchement l'interprétation de ce côté en incitant ses pairs « à résoudre les questions juridiques, qui se ramènent toutes à des conflits d'intérêts, par une exacte appréciation et une judicieuse comparaison des intérêts en présence, en visant à les équilibrer conformément aux fins sociales »(47). D'autres juristes nous ont peut-être appris par la suite que le procédé constituait plus une manière de poser les questions que de les résoudre, puisque ne fournissant aucun *criterium* certain : il n'en demeure pas moins que cette manière ne nous est pas inconnue et, que de toute façon, elle tend à s'imposer un peu partout depuis la Seconde Guerre mondiale(48).

Mais on peut tout de même parler de révolution. La balance des intérêts, non seulement laisse moins de place aux déductions logiques, mais renvoie en outre à l'exigence déjà évoquée de « motivation souvent pluridisciplinaire » dont a parlé le premier

président de la Cour de cassation : on ne saurait prétendre équilibrer des intérêts en conflit conformément aux fins sociales au moyen des seules sources formelles du droit.

C - Le choix d'interpréter les actes juridiques privés

L'arrêt de la CEDH qui promet d'infléchir le plus radicalement « la tradition du strict contrôle du droit » et « les analyses juridiques qui sont la culture de la Cour de cassation » est incontestablement l'arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre* du 13 juillet 2004(49). Rendu dans une affaire d'interprétation d'un testament, rédigé en 1939 par une vieille dame aujourd'hui décédée, et dont les termes stricts auraient pu priver son petit-fils du bénéfice d'une substitution naguère dénommée fidéicommissaire parce qu'il était un enfant adoptif, cet arrêt a permis à la Cour de Strasbourg d'affirmer deux points véritablement révolutionnaires.

Le premier est que si « elle n'est pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés (...) elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire [ou] d'un contrat privé (...) apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou (...) en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus généralement avec les principes sous-jacents à la Convention ». Le second est que le contrôle de l'interprétation des actes juridiques privés, qui ne peut pas se faire exclusivement à la lumière du contexte social en vigueur au moment où ils ont été rédigés, doit tenir compte aussi des profonds changements intervenus depuis lors, tant dans le domaine social qu'économique et juridique.

Voilà donc la CEDH qui s'arroge un pouvoir considérable là où la Cour de cassation se borne par tradition à ne contrôler que la dénaturation. Or cette position - l'interprétation de l'acte est une question de fait - ne sera bientôt plus tenable. En effet, la Cour de cassation prendrait le risque de devenir la spectatrice d'un débat qui, sur une question aussi cruciale, s'instaurerait entre les juges du fond et les juges européens. En outre, l'adoption d'un véritable contrôle de l'interprétation des actes juridiques privés, correspondant à celui qui peut désormais s'exercer depuis Strasbourg au regard des principes sous-jacents à la Convention EDH, devrait s'accompagner, comme on l'a vu, d'une prise de distance avec le sens qui prévalait au moment de la conclusion de l'acte dans un contexte social révolu. La Cour de cassation sera donc, mécaniquement pourrait-on presque dire, portée à évaluer, à la lumière des conditions d'aujourd'hui, les incidences de ses décisions « en termes sociaux et économiques » en tenant compte des profonds changements intervenus depuis la manifestation de volonté ou l'accord des volontés d'où l'acte juridique privé est né.

Pour conclure, hasardons une prophétie : on entend souvent dire que les droits de l'homme perturbent le droit. Mais les droits de l'homme ne sont peut-être que le cheval de Troie par où s'engouffre le toujours plus envahissant principe de proportionnalité. Plus aristotélicienne qu'Aristote, la proportionnalité s'affirme, à l'heure de la globalisation, comme la révolte des faits trop longtemps tenus en laisse par la règle de droit. Et c'est la règle qui risque de céder. Elle cédera parce que le droit, dirait le doyen Carbonnier, est « trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite ». La proportionnalité s'apprête peut-être à envahir la jurisprudence comme le droit souple a envahi la législation et le paysage juridique en serait transformé peu à peu, mais en profondeur. Ce que nous avons appris, il faudrait alors non pas l'oublier mais le nuancer à l'extrême et se décider à voir le droit *autrement*.

(1) J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, n° 447.

(2) F. Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 225 s., spéc. p. 238. *Adde* La nature de la Cour de cassation, BICC 15 avr. 2003, n° 575.

(3) J. Ghestin *et alii*, *op. cit.*

(4) Civ. 1^{re}, 31 mars 1987, n° 85-14.176, D. 1987. 445, 2^e esp., note P. Jourdain.

(5) V., par ex., Civ. 1^{re}, 7 juin 1988, n° 86-13.698, Bull. civ. I, n° 176.

(6) CEDH 25 mars 1992, n° 13343/87, *B. c/ France*, D. 1993. 101, note J.-P. Marguénaud, 1992. 323, chron. C. Lombois, et 325, obs. J.-F. Renucci; AJDA 1992. 416, chron. J.-F. Flauss; RTD civ. 1992. 540, obs. J. Hauser.

(7) Cass., ass. plén., 11 déc. 1992, n° 91-11.900, D. 1993. 1; RTD civ. 1993. 97, obs. J. Hauser; JCP 1993. II. 21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau.

(8) Civ. 1^{re}, 25 juin 1996, n° 94-14.858, D. 1998. 453, note L. Brunet, et 1997. 275, obs. F. Dekeuwer-Défossez; RTD civ. 1996. 873, obs. J. Hauser, et 1997. 542, obs. J.-P. Marguénaud; JCP 1997. II. 22834, note P. Malaurie.

(9) CEDH 13 juin 1979, n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*.

(10) CEDH 1^{er} févr. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c/ France*, D. 2000. 332, note J. Thierry, et 626, chron. B. Vareille; RDSS 2000. 607, obs. F. Monéger; RTD civ. 2000. 311, obs. J. Hauser, 429, obs. J.-P. Marguénaud, et 601, obs. J. Patarin; JCP 2000. II. 10286, note A. Gouttenoire-Cornut et P. Sudre.

(11) Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556.

(12) TGI Montpellier, 2 mai 2000, D. 2001. 1270, note C. Pelletier; RTD civ. 2000. 930, obs. J.-P. Marguénaud; Pau, 28 nov. 2000, Dr. fam. 2001. Comm. 60, obs. B. B.

(13) Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-12.567, ayant entraîné une nouvelle condamnation (CEDH 22 déc. 2004, n° 68864/01, *Merger et Cros c/ France*, RTD civ. 2005. 335, obs. J.-P. Marguénaud).

(14) Civ. 1^{re}, 29 janv. 2002, n° 99-21.134, Bull. civ. I, n° 32; D. 2002. 1938, note A. Devers; AJ fam. 2002. 110; RTD civ. 2002. 278, obs. J. Hauser, 347, obs. B. Vareille, et 865, obs. J.-P. Marguénaud.

(15) CEDH 7 févr. 2013, n° 16574/08, *Fabris c/ France*, D. 2013. 434, obs. I. Gallmeister, et 1436, obs. F. Granet-Lambrechts; AJDA 2013. 1794, chron. L. Burgorgue-Larsen; AJ fam. 2013. 189, obs. N. Levillain; RTD civ. 2013. 333, obs. J.-P. Marguénaud, et 358, obs. J. Hauser.

- (16) CEDH 7 mars 2006, n° 6339/05, *Evans c/ Royaume-Uni*, RDSS 2006. 573, obs. P. Hennion-Jacquet; RTD civ. 2006. 255, obs. J.-P. Marguénaud.
- (17) CEDH, gde ch., 10 avr. 2007, n° 6339/05, *Evans c/ Royaume-Uni*, D. 2007. 1202, obs. C. Delaporte-Carré, et 2008. 1435, obs. J.-C. Galloux; RDSS 2007. 810, note D. Roman; RTD civ. 2007. 295, obs. J.-P. Marguénaud, et 545, obs. J. Hauser.
- (18) CEDH 13 nov. 2012, n° 47039/11, *Hristozov et autres c/ Bulgarie*, RTDH 2013. 945 obs. J.-P. Marguénaud.
- (19) CEDH 12 juin 2003, n° 35968/97, *Van Kück c/ Allemagne*, RTD civ. 2004. 361, obs. J.-P. Marguénaud.
- (20) CEDH 29 janv. 2013, n° 66610/09, *Zolotas c/ Grèce n° 2*, RTD civ. 2013. 336, obs. J.-P. Marguénaud; RDC 2013. 843, obs. J. Rochfeld.
- (21) Art. préc.
- (22) Relatif à la protection de la propriété.
- (23) CEDH 11 mars 2014, n° 52067/10, *Howald Moor et autres c/ Suisse*, D. 2014. 1019, note J.-S. Borghetti.
- (24) CEDH 16 juin 2011, n° 19535/09, *Pascaud c/ France* ; 8 nov. 2012, n° 19535/09.
- (25) V. Goesel-Le Bihan (dir.), Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Actes du Colloque de La Réunion, 4 et 5 juin 2007, n° spécial, LPA 2009, n° 46.
- (26) CEDH 9 oct. 1979, n° 6289/73, *Airey c/ Irlande*, F. Sudre *et alii*, Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 6^e éd., PUF, 2011, n° 2.
- (27) J. Carbonnier, Droit civil - Les personnes, 20^e éd., PUF, 1995, p. 132, § 2.
- (28) P. Ducoulombier, Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme, Bruylant, 2011, qui convoque, notamment, la méthode allemande de la « concordance pratique » permettant à chacun des droits en conflit d'atteindre un degré maximal de réalisation. F. Sudre (dir.), Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Némésis Anthémis, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2014.
- (29) V. les arrêts de gde ch. (CEDH 7 févr. 2012, n° 39954/08, *Axel Springer AG c/ Allemagne* Constitutions 2012. 645, obs. D. de Bellecize; RTD civ. 2012. 279, obs. J.-P. Marguénaud; n° 40660/08, *Von Hannover c/ Allemagne n° 2*, D. 2012. 1040, note J.-F. Renucci, et 2013. 457, obs. E. Dreyer; AJDA 2012. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen; RTD civ. 2012. 279, obs. J.-P. Marguénaud) rendus dans des affaires opposant le droit à la liberté d'expression d'une part, et d'autre part, le droit à la réputation et le droit à l'image.
- (30) Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, n° 10-30.313, n° 10-30.316 et n° 10-30.242, D. 2011. 1080, 1128, entretien G. Roujou de Boubée, 1713, obs. V. Bernaud, et 2012. 390, obs. K. Parrot; AJ pénal 2011. 311, obs. C. Mauro; Constitutions 2011. 326, obs. A. Levade; RSC 2011. 410, obs. A. Giudicelli; RTD civ. 2011. 725, obs. J.-P. Marguénaud.
- (31) CEDH, gde ch., 27 nov. 2008, n° 36391/02, *Salduz c/ Turquie*, AJDA 2009. 872, chron. J.-F. Flauss; F. Sudre *et alii*, *op. cit.*, n° 37.
- (32) CEDH 13 oct. 2009, n° 7377/03, *Dayanan c/ Turquie*, D. 2009. 2897, note J.-F. Renucci; AJ pénal 2010. 27, étude C. Saas; RSC 2010. 231, obs. D. Roets.
- (33) Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, D. 2010. 1928, entretien C. Charrière-Bournazel, 1949, point de vue P. Cassia, 2254, obs. J. Pradel, 2696, entretien Y. Mayaud, 2783, chron. J. Pradel, et 2011. 1713, obs. V. Bernaud; AJDA 2010. 1556; AJ pénal 2010. 470, étude J.-B. Perrier; Constitutions 2010. 571, obs. E. Daoud et E. Mercinier, et 2011. 58, obs. S. de La Rosa; RSC 2011. 139, obs. A. Giudicelli, 165, obs. B. de Lamy, et 193, chron. C. Lazerges; RTD civ. 2010. 513, et 517, obs. P. Puig.
- (34) Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D. 2014. 179, note F. Chénéde, 153, point de vue H. Fulchiron, et 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret, et 2013. 663, point de vue F. Chénéde; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser, et 307, obs. J.-P. Marguénaud.
- (35) Qui ne peut être que l'arrêt *B. et L. c/ Royaume-Uni* (CEDH 13 sept. 2005, n° 36536/02, RTD civ. 2005. 735, obs. J.-P. Marguénaud, et 758, obs. J. Hauser; Dr. fam. 2005. Comm. 234, obs. A. Gouttenoire et T. Lamarche), constatant une violation de l'art. 12 parce que la célébration du mariage entre un homme et l'ex-épouse de son fils avait été empêchée.
- (36) Civ. 3^e, 6 mars 1996, n° 93-11.113, D. 1997. 167, note B. de Lamy, et 1996. 379; AJDI 1996. 704, obs. B. Wertenschlag; RDI 1996. 620, obs. F. Collart-Dutilleul et J. Derruppé; RTD civ. 1996. 580, obs. J. Hauser, 897, obs. J. Mestre, et 1024, obs. J.-P. Marguénaud; JCP 1996. I. 3958, n° 1, obs. C. Jamin.
- (37) Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005, D. 2014. 905, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, 901, avis J.-P. Jean, 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon, 1171, obs. F. Granet-Lambrechts, et 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire; AJ fam. 2014. 244, obs. F. Chénéde, et 211, obs. A. Dionisi-Peyrusse; RTD civ. 2014. 330, obs. J. Hauser; RJPF 2014. 5/8, obs. J. Corpart.
- (38) D. 2013. 2384, note M. Fabre-Magnan.
- (39) Civ. 1^{re}, 13 sept. 2013, n° 12-18.315, D. 2013. 2382, obs. I. Gallmeister, 2349, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, 2377, avis C. Petit, 2384, note M. Fabre-Magnan, 2014. 689, obs. M. Douchy-Oudot, 954, obs. A. Dionisi-Peyrusse, 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon, 1171, obs. F. Granet-Lambrechts, 1516, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano, et 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire; AJ fam. 2013. 579, obs. F. Chénéde, 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse, et 600, obs. C. Richard et F. Berdeaux-Gacogne; AJCT 2013. 517, obs. R. Mésa; Rev. crit. DIP 2013. 909, note P. Hammje; RTD civ. 2013. 816, obs. J. Hauser.
- (40) CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c/ France*, et n° 65941/11, *Labassée c/ France*, D. 2014. 1797, note F. Chénéde, 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, et 1806, note L. d'Avout; AJDA 2014. 1763, chron. L. Burgorgue-Larsen; AJ fam. 2014. 499, obs. B. Hafel, et 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse; RTD civ. 2014. 616, obs. J. Hauser.
- (41) A. Touffait et A. Tunc, Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de

cassation, RTD civ. 1974. 487.

(42) B. Louvel, Conseil de justice et autorité judiciaire : quel avenir en France ?, Les Annonces de la Seine, 17 juill. 2014, n° 31, p. 6.

(43) M. Lasser, Les récentes modifications du processus de décision à la Cour de cassation - Le regard bienveillant, mais inquiet, d'un comparatiste nord-américain, RTD civ. 2006. 691.

(44) D. Faigrievé et H. Muir Watt, *Common law* et tradition civiliste, PUF, 2006, p. 31.

(45) H. Fulchiron, La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ?, D. 2014. 153.

(46) Y. Lequette, D'une célébration à l'autre (1904-2004), 1804-1904, Le code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 24.

(47) F. Gény, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Chevalier-Marescq, 1^{re} éd., 1899, n° 173.

(48) V. sur ce thème, D. Kennedy, *Three Globalisations of Law and Legal Thought* : 1850-2000, in D. Trubek et A. Santos (éd.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge, 2006, p. 19 s.

(49) CEDH 13 juill. 2004, n° 69498/01, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, D. 2005. 1832, note E. Poisson-Drocourt, et 2114, obs. M. Nicod; RTD civ. 2004. 804, obs. J.-P. Marguénaud.

Document n° 9 : A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », D. 2016, p. 137

« *Disproportio omnia corrumpit* », tel semble devenir le *credo* du jour dans certaines enceintes judiciaires. Fondée d'abord sur un seul et unique arrêt, cette vogue s'est, comme tout effet de mode, en quelque sorte autoconfortée et en a aujourd'hui quatre pour référence, rendus en l'espace de deux ans : trop peu pour constituer une « jurisprudence » ; mais trop pour être tenu pour un accident sans lendemain.

De quoi donc s'interroger sur ce printemps de la proportionnalité qu'on nous prédit. Examinons un instant notre quarteron d'hirondelles :

- la première, brandie comme figure de proue, a consisté à exonérer un vieux mariage déjà dissous par décès entre beau-père et bru de la nullité légale de l'article 161 du code civil, dernier îlot des empêchements à mariage dus à l'alliance, prétexte pris d'une « ingérence » (de la loi) dans « le droit au respect de la vie privée et familiale » - lequel pourrait ainsi réduire à une ligne tout le droit de la famille (ce qui serait pour le coup un vrai « choc de simplification », et donc de régression ; Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, Bull. civ. I, n° 234 ; D. 2014. 179, note F. Chénéde, 153, point de vue H. Fulchiron, et 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret, et 2013. 663, point de vue F. Chénéde; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser, et 307, obs. J.-P. Marguénaud) ;

- la deuxième, peut-être au fond la plus explosive et (pour cette raison ?) restée beaucoup plus discrète, a consisté à écarter tout simplement un délai légal, celui de l'article 333, alinéa 2, du code civil pour agir en contestation de paternité, prétexte pris du « droit à l'accès à ses origines » (Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790, non publié au Bull. ; D. 2015. 2365, note H. Fulchiron; RTD civ. 2015. 596, obs. J. Hauser, et 825, obs. J.-P. Marguénaud) ;

- la troisième, quittant le droit de la famille pour le droit immobilier, a consisté à permettre d'écarter la démolition assurant la *restitutio in integrum* consécutive à l'annulation d'un contrat de construction, et cette fois sans prendre même la peine de se référer à un introuvable droit de l'homme mais par simple évocation d'une « sanction » qui ne serait pas proportionnée (Civ. 3^e, 15 oct. 2015, n° 14-23.612, à paraître au Bull. ; D. 2015. 2423, note C. Dubois) ;

- la quatrième a consisté, dans le droit fil de la précédente, à admettre, au titre du « droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile », le maintien de caravanes et cabanons installés dans une réserve naturelle classée en violation des règles d'urbanisme (Civ. 3^e, 17 déc. 2015, n° 14-22.095, à paraître au Bull. ; D. 2015. 72; AJDA 2015. 2467).

En somme, à chaque fois, il ne s'agit de rien moins que d'évincer une règle légale parce que le juge considère son application inopportune en l'espèce (les quatre arrêts cités portant des censures, cette nouvelle proportionnalité est parfois présentée comme un nouveau rôle du contrôle de cassation : mais qui ne voit que tout juge du fond peut être officiant de ce nouveau culte, puisqu'il peut être cassé pour ne l'avoir pas servi ?).

Quel nouveau paysage ! La proportionnalité de demain, ce ne serait donc plus seulement exercer, comme on y est habitué, un contrôle de mesure dans le cadre d'un office confié par la loi (comme, par exemple, doser une sanction à l'intérieur du cadre légal, ou apprécier un excès manifeste ou un déséquilibre significatif) : ce serait cette fois permettre au juge - ou, plus exactement : pour le juge se permettre - de repousser une loi parce qu'il en trouve la mise en œuvre inappropriée.

Sous la même étiquette de proportionnalité, c'est une nouvelle conception qui se glisse. Et c'est là qu'apparaît progressivement en pleine lumière la véritable nature du mouvement : n'y pressent-on pas une sorte d'inversion des pouvoirs, le judiciaire se forgeant ainsi à lui-même une arme pour rejeter la prédominance de la loi et, par une révolution de Palais, en quitter le service pour à l'inverse en assurer un contrôle à l'aune de grands principes dont tout juge serait le grand prêtre (les droits de l'homme aujourd'hui, demain le droit naturel, etc.).

Le Rubicon est-il encore loin ?

Oh, bien sûr, elle fait rêver, l'enluminure du bon roi-juge sous son chêne, qu'une juste inspiration peut libérer de la mécanique des textes ! Qui n'est sensible à la conviction d'Antigone ? Et qui ne redoute le « *summum jus, summa injuria* » ?

Mais le prix de ce rêve est depuis longtemps connu ! Si, au-delà des simples soupapes exceptionnelles classiques (abus de droit, *fraus omnia corrumpit*, etc.), on devait ériger 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 : 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 ?

Document n° 10 : J.-P. Chazal, « Raisonement juridique (suite) : sortir de la liturgie doctrinale », D. 2016, p. 417

Un clivage se crée entre ceux qui approuvent l'évolution engagée au sein de la Cour de cassation consistant à généraliser un contrôle de proportionnalité dans le raisonnement juridique et ceux qui s'y opposent. Le débat est indispensable, mais il prend parfois des tournures curieuses. Il en est ainsi du registre liturgique que certains utilisent pour tenter de discréditer cette innovation (par ex. A. Bénabent, Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ?, D. 2016. Point de vue 137). Voici donc que la proportionnalité deviendrait un « nouveau culte » et un « credo » et le juge son « officiant » ou son « grand prêtre ».

Qu'apportent ces expressions aux débats ? Pas grand-chose, si ce n'est une rhétorique facile pour tenter de faire croire qu'avant c'était mieux (quand le juge se contentait d'appliquer la « mécanique des textes ») et que maintenant on cède au « rêve » dangereux et coûteux (en termes de sécurité, de cohérence et de rapidité) d'une justice rendue par le « bon-juge roi sous son chêne ». Certes, on peut comprendre que, par un phénomène de transfert, ceux qui croient aux vertus démonstratives et scientifiques du syllogisme juridique, comme on croit en un dieu ou aux pouvoirs magiques d'un fétiche, projettent leurs propres schémas de pensée sur un objet qui contrarie leur croyance. Le débat juridique ne mérite-t-il toutefois pas un peu mieux que ce processus idéologique consistant à asséner des vérités depuis le ciel ?

En libérant le discours juridique de ce mode liturgique, il sera possible de prendre au sérieux tous ceux qui ont montré que le juge n'est nullement lié par les lois comme un esclave par des chaînes (J. Frank, K. Llewellyn), que l'interprétation est plus un acte de volonté que de connaissance (M. Troper), que le syllogisme est un procédé rhétorique plutôt qu'un véritable raisonnement démonstratif (C. Perelman, M. Villey). On attend toujours que le camp des légalistes et des formalistes formule des réponses argumentées à ces critiques d'un modèle académique rassurant mais irréel. Il est très aimable de défendre l'idée d'un juge qui ne pourrait pas repousser la loi et n'aurait d'autre choix que de l'appliquer, mais cela n'existe pas, n'a jamais existé et ne pourra jamais exister : on ne déduit pas une solution particulière d'une règle générale, comme l'ont montré des auteurs aussi différents qu'Aristote et O. Holmes. Aucun Rubicon n'est donc franchi ; les juges ont toujours fait bien autre chose que ce que la doctrine dit qu'ils faisaient, tout en dissimulant leur pratique sous des artifices logiques dont l'abandon donne l'impression fautive d'un franchissement à ceux qui les prennent pour la réalité.

Purger le discours juridique de cet appareil liturgique, permettrait également de se défaire de cette arrogance française qui pousse à feindre de s'interroger sur le point de savoir si le contrôle de proportionnalité ne serait pas « la négation du droit » (sous-entendant que, bien évidemment, ça l'est), méprisant les pays de *common law* et les juridictions internationales (CEDH, CJUE) qui l'ont adopté de longue date. Si l'acte de foi cédait la place à l'analyse raisonnable (je n'ose pas dire scientifique), il ne serait pas possible de soutenir sérieusement que le souci pour un juge de trouver une solution juste après avoir pesé des intérêts antagonistes revient à « délibérément sacrifier la recherche du prévisible cohérent ». Notre système juridique français n'est pas aussi rapide, cohérent et prévisible dans ses solutions que les saintes écritures doctrinales le laissent croire. Une confrontation même superficielle avec la pratique est de nature à dissiper ce qui est au mieux une illusion, au pire une idée délirante au sens freudien.

Le fait (car c'est un fait) que le juge crée du droit, qu'il dispose d'une marge importante d'interprétation des textes, qu'il doit très souvent arbitrer entre des droits contradictoires sans que la loi ne les ait hiérarchisés, pose des problèmes politiques (légitimité démocratique, risque d'arbitraire) et méthodologiques (motivation, formulation d'opinions dissidentes, etc.) suffisamment sérieux pour que nous nous épargnions des querelles religieuses. N'élevons plus le débat, mais faisons-le retomber sur terre.

Document n° 11 : Cass. 1^{re} civ., 8 déc. 2016 ; n° 15-27.201

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 2 décembre 2014), que Pierre X..., né le 10 janvier 1925, et Mme Y..., née le 6 juillet 1949, se sont mariés le 28 janvier 1984 ; qu'après leur divorce, prononcé par jugement du 13 décembre 2000, Pierre X... a épousé, le 12 janvier 2002, Mme Z..., fille de Mme Y..., née le 24 avril 1975 d'une précédente union ; qu'après le décès de Pierre X..., le 5 avril 2010, Mme Anne X..., épouse A... et MM. Philippe, Jacques et Frédéric X... (les consorts X...) ont assigné Mme Z... aux fins de voir prononcer, sur le fondement de l'article 161 du code civil, l'annulation de son mariage avec leur père et beau-père ; que, Mme Z... ayant été placée sous curatelle renforcée en cours de procédure, son curateur, l'ATMP du Var, est intervenu à l'instance ;

Attendu que Mme Z... et l'ATMP du Var font grief à l'arrêt de prononcer l'annulation du mariage et, en conséquence, de rejeter leur demande de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1°/ que le prononcé de la nullité du mariage célébré entre anciens alliés en ligne directe, après la dissolution par divorce de la première union qui avait été contractée par l'un des deux alliés avec le parent du second, porte une atteinte disproportionnée au droit du mariage ; qu'en prononçant, sur le fondement de l'article 161 du code civil, la nullité du mariage célébré le 12 janvier 2002 entre Pierre X... et Mme Z..., fille de sa précédente épouse toujours en vie, quand l'empêchement à mariage entre alliés en ligne directe, qui peut néanmoins être célébré en vertu d'une dispense si celui qui a créé l'alliance est décédé et ne repose pas sur l'interdiction de l'inceste, inexistant entre personnes non liées par le sang, porte une atteinte disproportionnée au droit au mariage, la cour d'appel a violé l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 ;

2°/ que le prononcé de la nullité du mariage célébré entre anciens alliés en ligne directe est susceptible de revêtir, à leur égard, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de leur droit au respect de la vie privée et familiale, dès lors que leur union, célébrée sans opposition, a duré plusieurs années ; qu'en prononçant, sur le fondement de l'article 161 du code civil, la nullité du mariage célébré le 12 janvier 2002 entre Pierre X... et Mme Z..., fille de sa précédente épouse toujours en vie, quand ce mariage célébré sans opposition, avait duré pendant huit années, la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 161 du code civil, en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne ; que, selon l'article 184 du même code, tout mariage contracté en contravention à ces dispositions peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, par tous ceux qui y ont intérêt ;

Qu'aux termes de l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ;

Que, selon la Cour européenne des droits de l'homme, si l'exercice de ce droit est soumis aux lois nationales des Etats contractants, les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou le réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même ; qu'il en résulte que les conditions requises pour se marier dans les différentes législations nationales ne relèvent pas entièrement de la marge d'appréciation des Etats contractants car, si tel était le cas, ceux-ci pourraient interdire complètement, en pratique, l'exercice du droit au mariage ;

Que, cependant, le droit de Mme Z... et Pierre X... de se marier n'a pas été atteint, dès lors que leur mariage a été célébré sans opposition et qu'ils ont vécu maritalement jusqu'au décès de l'époux ; qu'en annulant le mariage, la cour d'appel n'a donc pas méconnu les exigences conventionnelles résultant du texte susvisé ;

Attendu, en second lieu, qu'aux termes de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ;

Que l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale que constitue l'annulation d'un mariage entre alliés en ligne directe est prévue par les articles 161 et 184 du code civil et poursuit un but légitime en ce qu'elle vise à sauvegarder l'intégrité de la famille et à préserver les enfants des conséquences résultant d'une modification de la structure familiale ;

Qu'il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en oeuvre 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 ;

Attendu que l'arrêt relève, d'abord, que Mme Z... avait 9 ans quand Pierre X... 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 X... n'avait duré que huit années lorsque les consorts X... 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 Z..., au regard du but légitime poursuivi ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

SÉANCE 7 : LA JURISPRUDENCE

I. Du juge « bouche de la loi »...

Document n° 1 : Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, t. II, livre XI, chap. VI (extrait)

Document n° 2 : J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801 (extraits)

Document n° 3 : J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, 1996 (extraits)

Document n° 4 : Articles 4 et 5 du Code civil (à lire dans votre Code civil)

II. ... au juge qui assume son pouvoir normatif

Document n° 5 : Cass. 3^e civ., 30 mars 2017, n° 16-22.058 (reconnaissance des « constructions jurisprudentielles »)

Document n° 6 : Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14.218 (motivation développée et revirement de jurisprudence)

Document n° 7 : Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564 (application dans le temps de la jurisprudence)

Document n° 8 : Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493 (application dans le temps de la jurisprudence)

Document n° 9 : Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009, n° 08-16.914 (application dans le temps de la jurisprudence)

Document n° 10 : Cass. crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955 (application dans le temps de la jurisprudence)

Document n° 11 : Cass. 1^{re} civ., 21 sept. 2022, n° 21-50.042 (application dans le temps de la jurisprudence)

Pour aller plus loin : *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, 30 novembre 2004, Groupe de travail présidé par Nicolas Molfessis, consultable au lien suivant : www.lexeek.com/document/931-rapport-molfessis

Exercice

Rédigez le commentaire intégral de l'arrêt du document n° 8 (Cass. ass. plén., 21 déc. 2006) sous l'angle de la question de l'application de la jurisprudence dans le temps.

Aide : vous devez exploiter notamment les documents n° 7, 9, 10 et 11 pour rédiger le commentaire du document n° 8 (même si votre commentaire ne doit pas se limiter à cela, il faut à un moment de votre commentaire mettre l'arrêt commenté en perspective avec les arrêts antérieurs et postérieurs pour expliquer le sens et la portée de l'arrêt commenté).

Document n° 1 : Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, t. II, livre XI, chap. VI (extrait)

Les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.

Document n° 2 : J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801 (extraits)

L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.

C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.

De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrine qui s'épure journalièrement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation.

On fait à ceux qui professent la jurisprudence le reproche d'avoir multiplié les subtilités, les compilations et les commentaires. Ce reproche peut être fondé. Mais dans quel art, dans quelle science ne s'est-on pas exposé à le mériter ? Doit-on accuser une classe particulière d'hommes, de ce qui n'est qu'une maladie générale de l'esprit humain ? Il est des temps où l'on est condamné à l'ignorance, parce qu'on manque de livres ; il en est d'autres où il est difficile de s'instruire, parce qu'on en a trop.

Si l'on peut pardonner à l'intempérance de commenter, de discuter et d'écrire, c'est surtout en jurisprudence. On n'hésitera point à le croire, si on réfléchit sur les fils innombrables qui lient les citoyens, sur le développement et la progression successive des objets dont le magistrat et le jurisconsulte sont obligés de s'occuper, sur le cours des événements et des circonstances qui modifient de tant de manières les relations sociales, enfin sur l'action et la réaction continue de toutes les passions et de tous les intérêts divers. Tel blâme les subtilités et les commentaires, qui devient, dans une cause personnelle, le commentateur le plus subtil et le plus fastidieux.

Il serait, sans doute, désirable que toutes les matières pussent être réglée par des lois.

Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi. Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel. Car, si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie ; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes.

[...]

Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue : et de ne pas s'exposer au risque d'être, tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude.

Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence ; il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger ; mais il faut qu'il y en ait une. Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois. Or, c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcera inutilement de prévoir, ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger. C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas.

Document n° 3 : J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, 1996 (extraits)

En français, au sens usuel du mot, la jurisprudence est la solution qui est constamment donnée à une question de droit par les tribunaux, et notamment par les tribunaux suprêmes.

Lorsque, sur un point de droit, un juge a jugé d'une certaine manière, s'il retrouve le même débat dans un procès nouveau, il a tendance à reproduire le jugement précédent : ce n'est pas seulement la force de l'habitude (qui est une économie de forces), c'est aussi la volonté de ne pas décevoir les attentes des praticiens et des justiciables ; de ne pas troubler la confiance qu'ils ont faite à ce qui avait été antérieurement jugé.

La répétition dans le temps est un élément de la jurisprudence. Un autre s'y ajoute verticalement : la hiérarchie. Les tribunaux de grande instance sont portés à aligner leurs décisions sur celles des cours d'appel, les cours d'appel sur celles de la Cour de cassation, afin de ne pas encourir une sorte de censure à la suite des recours exercés par les parties.

Le phénomène de la jurisprudence est très ancien. Là même où une loi est présente, il peut y avoir à l'interpréter pour l'appliquer au cas de l'espèce. Et en l'absence de loi, il faut créer la solution.

Au XIX^e siècle [...] le droit administratif a été, pour une large part, créé par la jurisprudence du Conseil d'État.

Entre les deux guerres, alors que la circulation routière se développait prodigieusement et que se multipliaient à proportion les accidents et les actions en responsabilité, la France, à la différence de pays voisins, n'avait pas de législation directement applicable à la matière. Tout en feignant d'interpréter un bout de texte du Code civil ; (« on est responsable du dommage causé par le fait des choses que l'on a sous sa garde » - art. 1384, al. 1^{er}), la Cour de cassation dû faire œuvre créatrice. Il ne faut pas se voiler la face : tout développement de la jurisprudence s'accomplit par érosion du principe de légalité.

Le régime de 1958 a trouvé la jurisprudence à l'étiage déjà considérable où elle était parvenue, avec un statut généralement reconnu de véritable source du droit. Dans les années qui ont suivi, la montée du phénomène s'est continûment amplifiée. On ne saurait, toutefois, s'en tenir à une vision quantitative. L'accroissement de volume a déterminé des changements dans le fonctionnement de la jurisprudence ; ces changements ont pu en retour contribuer à un nouvel accroissement de volume.

La jurisprudence comme parole

Dans l'organisation judiciaire de l'ancienne monarchie, les Parlements, qui étaient les juridictions supérieures, pouvaient rendre des arrêts de règlement : des décisions qui, bien que prises à l'occasion d'un procès particulier, avaient une autorité au-delà (le Parlement déclarait qu'il déciderait de même dans les affaires qui, à l'avenir, porteraient sur la même question). Dans la logique de la séparation des pouvoirs selon Montesquieu, la codification napoléonienne voulut prévenir tout empiètement du judiciaire sur le législatif : l'article 5 du Code civil défendit aux juges de statuer par voie de disposition générale et réglementaire.

Cependant, des réformes de 1987 et de 1991 sont venues conférer au Conseil d'État, puis à la Cour de cassation des missions de politique jurisprudentielle qui ne sont pas sans évoquer les arrêts de règlement. Sur des questions de droit nouvelles, présentant des difficultés sérieuses et de nature à se reproduire fréquemment, ils peuvent être saisis de demandes d'avis par les juridictions inférieures. Leur rôle est ici purement consultatif, en quoi la prohibition de l'article 5 est littéralement respectée. Ce n'est qu'un avis qui est émis, non un règlement, et en droit, il ne s'impose pas aux tribunaux. Seulement, en fait, on peut prévoir que, publié, il sera largement suivi et qu'ainsi la jurisprudence se formera plus vite, sans attendre que se soient multipliées les décisions erronées et les procédures tendant à les redresser.

Ce n'est pas que les juridictions supérieures elles-mêmes aient toujours facilité la formation de la jurisprudence. On a pu reprocher à la Cour de cassation une propension à éviter de se lier pour l'avenir. Tantôt, elle use de motifs de droit laconiques ; tantôt, à l'inverse, d'une affaire à l'autre, elle glisse dans un motif des nuances subtiles sur lesquelles les « arrétistes » échafauderont des théories imaginatives. Enfin, il lui arrive de mettre tellement en relief les circonstances propres à l'espèce qu'elle donne l'impression de juger en fait, par l'abandon de sa fonction statuaire d'unité.

Et les revirements de jurisprudence ne sont pas exceptionnels, qui engendrent une insécurité plus brutale, car la solution nouvelle, issue du revirement, sera de plein droit applicable – puisqu'elle représente la vérité juridique préexistante – à des affaires qui s'étaient nouées dans une confiance à la solution ancienne. C'est une rétroactivité que la jurisprudence se permet, alors que la loi, en principe, se l'interdit.

Il existe un Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre par chambre) dans lequel, à l'origine, tous les arrêts étaient publiés. Mais, à l'heure actuelle, ils sont trop nombreux et beaucoup de décisions répétitives sont omises. Plus grave : la Cour peut décider que tel ou tel arrêt ne sera pas publié, parce qu'elle entend qu'il ne fasse pas Jurisprudence, ou veut empêcher qu'il ne soit interprété comme un revirement. C'est une clandestinité que la loi ne se permettrait pas.

Le Bulletin est une publication assez confidentielle. C'est en dehors de lui que les techniques modernes de communication ont renouvelé des aspects du phénomène « jurisprudence ». Au grand public, les médias révèlent les décisions, qui leur arrivent par hasard et qu'ils trouvent spectaculaires, sans oublier d'ajouter - allant plus vite que le droit - qu'elles pourraient bien « faire Jurisprudence » - (l'expression est devenue familière aux journalistes).

Dans les juridictions, l'informatique, en perfectionnant les fichiers, a contribué à faire de la jurisprudence un automatisme. Et au-delà, en permettant la fondation commerciale de banques de données, elle a bouleversé l'usage et peut-être le contenu de l'œuvre jurisprudentielle : le praticien ne se livre plus à la recherche artisanale des arrêts, il achète l'état de la jurisprudence, mais un état établi à travers des mots clés, dont l'effet réducteur ne peut être éliminé.

En outre, par le gigantisme de ses moyens, l'informatique est capable de saisir des phénomènes de masse à l'action dans les juridictions inférieures : pratiques informelles ou même, jurisprudences véritables, mais locales, régionales, spécialisées. Et les rendant quantitativement visibles, elle leur confère une nouvelle force d'attraction. Nous sommes ainsi de plus en plus informés, sauf à nous demander si le flux de l'information n'étrangle pas la connaissance.

La jurisprudence comme action

D'une formule grossière, on pourrait dire que les quatre décennies ont profité à la jurisprudence. Partie d'une position secondaire dans le tableau classique des sources du droit, elle a conquis la parité avec la loi, même si la dégradation de la loi y a concouru non moins que sa propre ascension.

La parité et peut-être mieux. Disséquer les arrêts et les jugements – pour ou contre, plutôt pour, tout compte fait – est de nos jours la principale activité de l'intelligence juridique. De ce point de vue, pourraient observer des cyniques, la jurisprudence qui, sans eux, serait restée dans les limbes.

De leur côté, les praticiens se jettent par prédilection sur « la dernière jurisprudence », persuadés qu'ils sont de découvrir dans ses miroitements l'analogie qui confortera la loi favorable ou infléchira la loi défavorable. Tout se passe comme si, à leurs yeux, il y avait plus de droit - peut-être parce que plus d'incertitude - dans la jurisprudence que dans la loi.

Pour clore le bilan, nous devrions nous demander si, ayant eu de plus en plus de jurisprudence, nous avons eu plus de justice. L'hypothèse optimiste est qu'à force de polir la loi par l'interprétation, d'en combler les lacunes, d'en corriger les torts, les tribunaux la rendent meilleure, plus humaine. Il y faut, cependant, du temps et de l'argent. À quoi les pessimistes ajoutent une remarque moins habituelle. On ne parle pas de jurisprudence lorsque la Cour de cassation se borne à appliquer les textes sans innover, à répéter ce qui était admis depuis longtemps. Ce que l'on entend aujourd'hui par jurisprudence, c'est une solution inédite, tranchant sur ce qui était ordinairement reçu ; l'interprétation la moins évidente, la plus sophistiquée, celle qui a nécessité des recherches et des consultations de juristes. Elle arrive, et d'un seul coup, elle ruine les parties qui s'étaient fiées à la lecture la plus littérale, la plus naïve de la loi. Malheur aux naïfs !

Document n° 4 : Articles 4 et 5 du Code civil

À lire dans votre Code civil.

Document n° 5 : Cass. 3^e civ., 30 mars 2017, n° 16-22.058

Attendu qu'à l'occasion du pourvoi formé contre l'arrêt ayant déclaré la société Chouteau promotion propriétaire, en application de la théorie de l'apparence, d'un terrain dont M. Z... revendique la propriété, celui-ci a, par mémoire distinct du 9 janvier 2017, posé une question prioritaire de constitutionnalité ainsi rédigée :

« L'article 544 du code civil, tel qu'interprété par la jurisprudence constante de la Cour de cassation, en ce qu'elle admet la validité de la vente d'un bien immobilier par un propriétaire apparent, si l'acquéreur est de bonne foi et victime de l'erreur commune, et admet donc la perte de son bien par le véritable propriétaire, est-elle contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment au droit de propriété, visé aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? » ;

Attendu qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition ;

Mais attendu que, sous le couvert d'une contestation de la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation constante conférerait à l'article 544 du code civil, M. Z... conteste en réalité la construction jurisprudentielle de la théorie de l'apparence en ce qu'elle est appliquée dans le domaine de la propriété immobilière ;

D'où il suit que la question, qui ne concerne pas une disposition législative, est irrecevable ;

PAR CES MOTIFS :

DECLARE IRRECEVABLE la question prioritaire de constitutionnalité ;

Document n° 6 : Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14.218

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 21 janvier 2014), que MM. X..., Y... et Z..., qui sont les associés fondateurs de la société Tleta devenue la société Atir rail (la société), ont souhaité obtenir la participation de M. A... à leur projet de développement de la société ; que le 14 février 2003, ils ont conclu avec M. A... un "accord-cadre", aux termes duquel MM. X..., Y... et Z... s'engageaient chacun à céder à celui-ci 5 % du capital de la société "pour le prix forfaitaire et symbolique de 500 euros", cependant qu'"en contrepartie de la cession au prix d'acquisition symbolique précité", M. A... s'engageait à "mettre au service de la société en qualité de directeur commercial sa connaissance du marché ainsi que son industrie, pendant une durée minimum de cinq années" ; que le 5 mars 2003, trois actes de cession de parts sociales ont été signés conformément à l'accord-cadre ; que le 31 mars 2003, la société a engagé M. A... en qualité de directeur commercial ; que par acte du 17 mars 2010, MM. X..., Y... et Z... ont assigné ce dernier, à titre principal, en nullité des cessions de parts pour indétermination du prix, à défaut, pour vétété du prix et, à titre subsidiaire, en résolution des cessions du fait de sa défaillance dans l'exécution de ses obligations ; que M. A... a soulevé la prescription de l'action en nullité et, reconventionnellement, a réclamé le paiement de dommages-intérêts ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en sa première branche :

Attendu que MM. X..., Y... et Z... font grief à l'arrêt de dire prescrite l'action en nullité des actes de cession de parts alors, selon le moyen, que la vente consentie sans prix ou sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel du contrat, est une nullité absolue soumise à la prescription de droit commun qui était, à l'époque de l'acte litigieux, trentenaire ; que pour déclarer l'action en nullité pour indétermination du prix prescrite, la cour d'appel a retenu que l'action pour indétermination du prix constituait une action en nullité relative visant à la protection des intérêts privés du cocontractant et se prescrivant par cinq ans ; que ce faisant, elle a violé l'article 1591 et l'article 2262 du code civil dans sa rédaction applicable à l'espèce ;

Attendu que la Cour de cassation jugeait depuis longtemps que la vente consentie à vil prix était nulle de nullité absolue (1^{re} Civ., 24 mars 1993, n° 90-21.462) ; que la solution était affirmée en ces termes par la chambre commerciale, financière et économique : "la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue soumise à la prescription trentenaire de droit commun" (Com., 23 octobre 2007, n° 06-13.979, Bull. n° 226) ;

Attendu que cette solution a toutefois été abandonnée par la troisième chambre civile de cette Cour, qui a récemment jugé "qu'un contrat de vente conclu pour un prix dérisoire ou vil est nul pour absence de cause et que cette nullité, fondée sur l'intérêt privé du vendeur, est une nullité relative soumise au délai de prescription de cinq ans" (3^e Civ., 24 octobre 2012, n° 11-21.980) ; que pour sa part, la première chambre civile énonce que la nullité d'un contrat pour défaut de cause, protectrice du seul intérêt particulier de l'un des cocontractants, est une nullité relative (1^{re} Civ., 29 septembre 2004, n° 03-10.766, Bull. n° 216) ;

Attendu qu'il y a lieu d'adopter la même position ; qu'en effet, c'est non pas en fonction de l'existence ou de l'absence d'un élément essentiel du contrat au jour de sa formation, mais au regard de la nature de l'intérêt, privé ou général, protégé par la règle transgressée qu'il convient de déterminer le régime de nullité applicable ;

Attendu qu'en l'espèce, l'action en nullité des cessions de parts conclues pour un prix indéterminé ou vil ne tendait qu'à la protection des intérêts privés des cédants ;

Attendu que c'est donc à bon droit que la cour d'appel a retenu que cette action, qui relève du régime des actions en nullité relative, se prescrit par cinq ans par application de l'article 1304 du code civil ; que le moyen n'est pas fondé ;

[...]

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois, principal et incident ;

Document n° 7 : Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564

Attendu qu'à partir du mois de juin 1974, M. Y..., médecin, a suivi la grossesse de Mme X... ; que, lors de la visite du 8^e mois, le 16 décembre 1974, le praticien a suspecté une présentation par le siège et a prescrit une radiographie fœtale qui a confirmé cette suspicion ; que, le samedi 11 janvier 1975, M. Y... a été appelé au domicile de Mme X... en raison de douleurs, cette dernière entrant à la clinique A... devenue clinique Z... le lendemain dimanche 12 janvier dans l'après-midi, où une sage-femme lui a donné les premiers soins, M. Y... examinant sa patiente vers 19 heures, c'est-à-dire peu avant la rupture de la poche des eaux, la naissance survenant vers 19 heures 30 ; qu'en raison de la présentation par le siège un relèvement des bras de l'enfant, prénommé Franck, s'est produit, et, lors des manœuvres obstétricales, est survenue une dystocie de ses épaules entraînant une paralysie bilatérale du plexus brachial, dont M. Franck X... a conservé des séquelles au niveau du membre supérieur droit, son IPP après consolidation étant de 25 % ; qu'après sa majorité, ce dernier a engagé une action contre le médecin et la clinique en invoquant des griefs tirés des fautes commises lors de sa mise au monde et d'une absence d'information de sa mère quant aux risques inhérents à une présentation par le siège lorsque l'accouchement par voie basse était préféré à une césarienne ; que l'arrêt attaqué l'a débouté ;

[...]

Sur les deuxième, troisième et quatrième branches du moyen :

Vu les articles 1165 et 1382 du Code civil ;

Attendu que la cour d'appel a estimé que le grief de défaut d'information sur les risques, en cas de présentation par le siège, d'une césarienne et d'un accouchement par voie basse, ne pouvait être retenu dès lors que le médecin n'était pas en 1974 contractuellement tenu de donner des renseignements complets sur les complications afférentes aux investigations et soins proposés, et ce d'autant moins qu'en l'espèce le risque était exceptionnel ;

Attendu, cependant, qu'un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient, qui trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, par le seul fait qu'un risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement ; que la responsabilité consécutive à la transgression de cette obligation peut être recherchée, aussi bien par la mère que par son enfant, alors même qu'à l'époque des faits la jurisprudence admettait qu'un

médecin ne commettait pas de faute s'il ne révélait pas à son patient des risques exceptionnels ; qu'en effet, l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE...

Document n° 8 : Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 6 avril 2000), que le journal Le Provençal a publié le 14 février 1996 un article intitulé "ils maltrahaient leur bébé - Digne : le couple tortionnaire écroué" ; que, s'estimant mise en cause par cet article dans des conditions attentatoires à la présomption d'innocence, Mme X... a assigné la société éditrice du journal et le directeur de la publication en réparation de son préjudice devant un tribunal de grande instance ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société La Provence et le directeur de la publication du journal font grief à l'arrêt d'avoir écarté le moyen tiré de la prescription de l'action, alors, selon le moyen, qu'il résulte de l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881 que les actions fondées sur une atteinte à la présomption d'innocence commises par l'un des moyens visés à l'article 23 se prescrivent après trois mois révolus à compter du jour de l'acte de publicité ; que la société La Provence faisait valoir la *prescription** de l'action dès lors que la déclaration d'appel étant du 17 mars 1998, Mme X... n'avait fait aucun acte susceptible d'interrompre le cours de la prescription, laquelle était acquise le 17 juin 1998 ; qu'en décidant que le moyen tiré de la prescription doit être écarté aux motifs que la prescription édictée par l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881 n'est pas la même que celle prévue par l'article 65 pour les infractions prévues par cette loi et qu'il n'y a donc pas lieu d'examiner la question de l'inaction de Mme X... depuis l'appel de la société La Provence, l'action ayant été valablement introduite devant le tribunal dans le délai prévu par l'article 65-1, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Mais attendu que les dispositions de l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881 instaurent, pour les actions fondées sur une atteinte au respect de la présomption d'innocence, un délai de prescription particulier qui déroge au droit commun de la prescription des actions en matière civile ; que ces dispositions, d'ordre public, imposent au demandeur, non seulement d'introduire l'instance dans les trois mois de la publication des propos incriminés, mais aussi d'accomplir tous les trois mois un *acte de procédure** manifestant à l'adversaire son intention de poursuivre l'instance ; que si c'est à tort que la cour d'appel a écarté le moyen de prescription alors qu'elle constatait que Mme X... n'avait accompli aucun acte interruptif de prescription dans les trois mois suivant la déclaration d'appel faite par les parties condamnées, la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ; [...]

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Document n° 9 : Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009, n° 08-16.914

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Attendu qu'imputant sa contamination par le virus l'hépatite C au traitement de ses varices, réalisé entre le 27 septembre 1981 et le 11 janvier 1982 par injection d'un liquide sclérosant, Mme X... a recherché la responsabilité de M. Y..., son médecin ;

Attendu que M. Y... fait grief à l'arrêt (Bordeaux, 16 avril 2008) de l'avoir déclaré responsable de la contamination de Mme X... par le virus de l'hépatite C et de l'avoir condamné à lui verser une indemnité en réparation de son préjudice, alors, selon le moyen, que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ; qu'en conséquence, une partie à un procès ne peut se voir opposer une règle de droit issue d'un revirement de jurisprudence lorsque la mise en œuvre de celle-ci aboutirait à la priver d'un procès équitable ; qu'en 1981 et 1982, la jurisprudence mettait à la charge du médecin, en matière d'infection nosocomiale, une obligation de moyens et n'a mis à sa charge une obligation de sécurité de résultat qu'à compter du 29 juin 1999 ; que l'application du revirement de jurisprudence du 29 juin 1999 à la responsabilité des médecins pour des actes commis avant cette date a pour conséquence de priver le médecin d'un procès équitable, dès lors qu'il lui est reproché d'avoir manqué à une obligation qui, à la date des faits qui lui sont reprochés, n'était pas à sa charge ; qu'en décidant néanmoins que M. Y... était tenu d'une obligation de sécurité de résultat en raison des actes qu'il avait pratiqués sur Mme X... entre le 27 septembre 1981 et le 11 janvier 1982, bien que ceux-ci eussent été réalisés avant le revirement de jurisprudence ayant consacré l'existence d'une obligation de sécurité de résultat,

la cour d'appel a privé M. Y... du droit à un procès équitable, en violation des articles 1147 du code civil et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu que la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge ; que le moyen n'est pas fondé en sa première branche ;

Et attendu qu'aucun des griefs du moyen unique, pris en ses autres branches, ne serait de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Document n° 10 : Cass. crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955 (extraits)

Faits et procédure

1. Il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure ce qui suit.

2. A l'issue de l'information judiciaire ouverte après l'incendie, le 28 janvier 2002, de ses entrepôts de stockage d'archives, la société Intradis, par acte du 24 juillet 2017, a été convoquée à l'audience du tribunal correctionnel du 23 novembre 2017, du chef de destruction involontaire de bien appartenant à autrui par l'effet d'un incendie provoqué par manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi.

3. Le 31 mars 2017, la société Recall France et sa filiale Intradis avaient été absorbées par la société Iron Mountain dans le cadre d'une opération de fusion-absorption.

4. La société Ebenal, M. V... F..., M. P... X... et la société Kering, parties civiles, ont fait citer la société Iron Mountain à comparaître à l'audience du 23 novembre 2017. En outre, cette dernière société est intervenue volontairement à la procédure ouverte après information judiciaire.

5. Par jugement en date du 8 février 2018, le tribunal correctionnel a fixé le montant des consignations à verser par les parties civiles en application de l'article 392-1 du code de procédure pénale et ordonné un supplément d'information afin de déterminer les circonstances de l'opération de fusion-absorption, et de rechercher tout élément relatif à la procédure en cours, notamment s'agissant de l'infraction de destruction involontaire initialement poursuivie à l'encontre de la société Intradis.

6. La société Iron Mountain a formé appel de cette décision.

7. Par ordonnance en date 22 février 2018, le président de la chambre des appels correctionnels a ordonné l'examen immédiat de l'appel.

Examen des moyens

Sur les premier et deuxième moyens

Énoncé des moyens

8. Le premier moyen est pris de la violation des articles 1844-5, 1844-7 du code civil, 2, 3, 6, 151 à 155, 388, 463, 591 à 593 du code de procédure pénale.

9. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a débouté la société Iron Mountain France de sa demande de nullité du supplément d'information ordonné par le tribunal correctionnel d'Amiens visant à entendre M. U... J..., responsable en activité au sein des sociétés concernées par l'opération de fusion-acquisition du 31 mars 2017 et le pénalement responsable de la société Iron Mountain France, alors :

« 1°/que tout jugement ou arrêt doit contenir les motifs propres à justifier la décision ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ; qu'en vertu de l'article 121-1 du code pénal, sont interdites les poursuites pénales à l'encontre de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée avant que cette dernière ait perdu son existence juridique ; qu'en l'espèce, la société Recall France, ayant pour filiale la société Intradis, a fait l'objet d'une fusion-absorption par la société Iron Mountain France ; qu'en confirmant la mesure d'instruction destinée à entendre M. U... J..., responsable en activité au sein des sociétés concernées par l'opération de fusion-acquisition du 31 mars 2017 et le pénalement responsable de la société Iron Mountain France, aux motifs inopérants qu'elle permettrait de déterminer si la fusion-absorption avait été entachée de fraude et ainsi retenir la responsabilité pénale de la société Iron Mountain France dans les faits de destruction involontaire d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'un incendie reprochés à la société absorbée Intradis, bien que l'action publique ne pouvait pas être engagée à son égard, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

[...]

Réponse de la Cour

12. Les moyens sont réunis.

13. Les moyens posent la question de savoir dans quelles conditions, en cas de fusion-absorption, la société absorbante peut être condamnée pénalement pour des faits commis, avant la fusion, par la société absorbée.

[...]

15. Aux termes de l'article 121-1 du code pénal, nul n'est responsable pénalement que de son propre fait.

16. Selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, ce principe, dont l'interprétation doit respecter l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, s'oppose à ce qu'à la suite d'une opération de fusion-absorption, la société absorbante soit poursuivie et condamnée pour des faits commis antérieurement à ladite opération par la société absorbée, dissoute par l'effet de la fusion (Crim., 20 juin 2000, pourvoi n° 99-86.742, Bull. crim. 2000, n° 237 ; Crim., 14 octobre 2003, pourvoi n° 02-86.376, Bull. crim. 2003, n° 189).

[...]

27. Dès lors que la nouvelle interprétation de l'article 121-1 du code pénal est possible, elle devient nécessaire si elle est la seule à même, en l'état du droit interne, de permettre de tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice du 5 mars 2015, précité.

[...]

34. En l'état actuel du droit interne, l'interprétation de l'article 121-1 du code pénal autorisant le transfert de responsabilité pénale entre la société absorbée et la société absorbante est la seule voie permettant de sanctionner pécuniairement la société absorbante pour des faits commis avant la fusion par la société absorbée.

35. Il se déduit de ce qui précède qu'en cas de fusion-absorption d'une société par une autre société entrant dans le champ de la directive précitée, la société absorbante peut être condamnée pénalement à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération.

36. La personne morale absorbée étant continuée par la société absorbante, cette dernière, qui bénéficie des mêmes droits que la société absorbée, peut se prévaloir de tout moyen de défense que celle-ci aurait pu invoquer.

37. En conséquence, le juge qui constate qu'il a été procédé à une opération de fusion-absorption entrant dans le champ de la directive précitée ayant entraîné la dissolution de la société mise en cause, peut, après avoir constaté que les faits objet des poursuites sont caractérisés, déclarer la société absorbante coupable de ces faits et la condamner à une peine d'amende ou de confiscation.

38. Cependant, cette interprétation nouvelle, qui constitue un revirement de jurisprudence, ne peut s'appliquer aux fusions antérieures à la présente décision sans porter atteinte au principe de prévisibilité juridique découlant de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme dont il résulte que tout justiciable doit pouvoir savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux et le cas échéant après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt de ce chef.

39. Elle ne s'appliquera, en conséquence, qu'aux opérations de fusion conclues postérieurement au prononcé du présent arrêt et sera donc sans effet dans la présente affaire.

[...]

44. En conséquence, les moyens doivent être écartés. [...]

Document n° 11 : Cass. 1^{re} civ., 21 sept. 2022, n° 21-50.042 (extraits)

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Papeete, 29 avril 2021), [I] [M] est né le 18 avril 2020, à Papeete, de l'union de Mme [S] et de M. [M].

2. Le 6 mai 2020, ceux-ci ont saisi un juge aux affaires familiales d'une demande de délégation de l'exercice de l'autorité parentale sur leur enfant au profit de M. et Mme [T].

Examen des moyens

[...]

Sur le septième moyen, pris en sa sixième branche

Énoncé du moyen

16. Le procureur général près la cour d'appel de Papeete fait grief à l'arrêt d'accueillir la demande de délégation d'autorité parentale, alors « qu'en statuant ainsi, et en les qualifiant de proches au sens de l'article 377, alinéa 1, du code civil, après avoir constaté que le délégataire, M. [T] était inconnu des délégants et que la délégataire Mme [T] n'était connue que depuis quelques semaines la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations. »

Réponse de la Cour

17. Aux termes de l'article 377, alinéa 1, du code civil, les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de l'autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

18. Si ces dispositions ouvrent la possibilité de désigner comme délégataire une personne physique qui ne soit pas membre de la famille, c'est à la condition que celle-ci soit un proche digne de confiance.

19. Ne saurait être considérée comme un proche, au sens du texte précité, une personne dépourvue de lien avec les délégants et rencontrée dans le seul objectif de prendre en charge l'enfant en vue de son adoption ultérieure.

20. Au demeurant, une telle désignation ne serait pas conforme à la coutume polynésienne de la Faa'mu, qui permet d'organiser une mesure de délégation de l'autorité parentale dès lors qu'elle intervient au sein d'un cercle familial élargi ou au bénéfice de personnes connues des délégants.

21. En conséquence, c'est en méconnaissance du texte susvisé que la cour d'appel, après avoir constaté que Mme [S] et M. [M] étaient entrés en relation avec M. et Mme [T] à la suite de recherches d'une famille adoptante en métropole, a accueilli la demande en délégation de l'exercice de l'autorité parentale.

22. Cependant, si une jurisprudence nouvelle s'applique de plein droit à tout ce qui a été réalisé antérieurement à celle-ci et, le cas échéant, sur la base et sur la foi d'une jurisprudence ancienne, la mise en œuvre de ce principe peut affecter irrémédiablement la situation des parties ayant agi de bonne foi, en se conformant à l'état du droit applicable à la date de leur action, de sorte que, en ces circonstances, le juge doit procéder à une évaluation des inconvénients justifiant qu'il soit fait exception au principe de la rétroactivité de la jurisprudence et rechercher, au cas par cas, s'il existe, entre les avantages qui y sont attachés et ses inconvénients, une disproportion manifeste.

23. En l'occurrence, il doit être relevé, en premier lieu, que l'utilisation de la procédure de délégation d'autorité parentale s'inscrit dans un contexte de carence du pouvoir réglementaire. En effet, si les articles L. 224-1 à L. 225-7 du code de l'action sociale et des familles, relatif aux pupilles de l'État et à leur adoption, sont applicables en Polynésie française, selon les adaptations qui y sont prévues aux articles L. 562-1 à L. 562-5, les dispositions réglementaires d'application de l'article L. 224-2 du même code, relatif à la composition et aux règles de fonctionnement des conseils de famille institués en Polynésie française, ne sont toujours pas adoptées à ce jour, créant de ce fait une incertitude juridique sur les modalités d'adoption d'un enfant âgé de moins de deux ans sur ce territoire.

24. En deuxième lieu, il doit être rappelé que, dans ce contexte de vide réglementaire imputable à l'État, les autorités locales ont aménagé le code de procédure civile applicable en Polynésie française en prévoyant, pour les enfants dont la filiation est établie mais dont les parents souhaitent dès leur naissance mettre en œuvre un projet d'adoption, une mesure préalable de délégation d'autorité parentale. De manière spécifique, l'article 555, alinéa 3, de ce code, édicte ainsi que la requête en délégation d'autorité parentale doit être accompagnée, lorsque les délégataires ne résident pas en Polynésie française, de l'enquête sociale et de l'avis motivé émanant de l'organisme habilité à le faire suivant la loi de leur domicile ou résidence habituelle.

25. En troisième lieu, il doit être souligné que la délégation aux fins d'adoption a été admise sur ce territoire par une jurisprudence trentenaire de la cour d'appel de Papeete, jusqu'à présent jamais remise en cause.

26. Il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'à la date de la naissance de l'enfant, les parents légaux, comme le couple candidat à la délégation, se sont engagés dans un processus de délégation d'autorité parentale en vue d'une adoption qu'ils pouvaient, de bonne foi, considérer comme étant conforme au droit positif.

27. Dans ces conditions, il apparaît que l'application immédiate de la jurisprudence nouvelle sanctionnant un tel processus porterait une atteinte disproportionnée aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime.

28. En outre, de manière concrète, la remise en cause des situations existantes serait de nature à affecter irrémédiablement les liens qui se sont tissés ab initio entre l'enfant et les délégataires. En effet, la fin de la mesure de délégation d'autorité parentale, en supprimant tout lien juridique entre eux, peut conduire à une rupture définitive des relations de l'enfant avec ceux qui l'élèvent depuis sa naissance, dans un contexte où le projet a été construit en accord avec les parents légaux et où ceux-ci conservent la faculté de solliciter la révocation de la mesure, si tel est l'intérêt de l'enfant.

29. Dès lors, l'application immédiate de la jurisprudence nouvelle porterait également une atteinte disproportionnée à l'intérêt supérieur de l'enfant, garanti par l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ainsi qu'au

droit au respect de la vie privée et familiale des personnes concernées, garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

30. Ces circonstances exceptionnelles justifient par conséquent de déroger à l'application immédiate de la jurisprudence nouvelle aux situations des enfants pour lesquels une instance est en cours.

31. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu d'accueillir le moyen.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

SÉANCE 8 : LE DIALOGUE DES JUGES

I. 1^{re} illustration : Conformité de la question prioritaire de constitutionnalité au droit de l'Union européenne (dialogue conflictuel)

Document n° 1 : Cass., QPC, 16 avr. 2010, n° 10-40.002

Document n° 2 : Conseil constitutionnel, 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

Document n° 3 : CE, ss-sect. réunies, 14 mai 2010, n° 312305

Document n° 4 : CJUE, 22 juin 2010, aff. C-188/1 et C-189/10, Aziz Melki et Sélim Abdeli

Document n° 5 : Cass., QPC, 29 juin 2010, n° 10-40.002

Document n° 6 : Article 12 de la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution

Document n° 7 : Articles 23-5 et 23-6 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 (issus de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009)

II. 2^e illustration : Première demande d'avis consultatif formulée à la Cour européenne des droits de l'homme (dialogue consensuel)

Document n° 8 : CEDH, 10 avr. 2019, avis consultatif P16-2018-001

Document n° 9 : Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053

Exercice

Rédigez le commentaire intégral de l'arrêt du document n° 5 (Cass., QPC, 29 juin 2010) sous l'angle du dialogue des juges, du contrôle de conventionnalité et du contrôle de constitutionnalité (il ne s'agit pas d'un cours de procédure pénale, mais d'introduction au droit privé). Les documents n° 1 à 4, 6 et 7 vous seront indispensables pour resituer l'arrêt dans son contexte et ainsi pour pouvoir le commenter de manière pertinente.

Document n° 1 : Cass., QPC, 16 avr. 2010, n° 10-40.002

Vu l'ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Lille du 25 mars 2010 transmettant à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité, reçue le 29 mars 2010 ; [...]

Vu l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu l'article 61-1 de la Constitution ;

Vu les articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 créés par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 ; [...]

Attendu que l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, créé par la loi organique du 10 décembre 2009, prévoit, dans son alinéa 3, que « *en tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation* », auxquels il appartient de décider de saisir le Conseil constitutionnel ;

Qu'il résulte de ce texte que les juges du fond ne peuvent pas statuer sur la conventionnalité d'une disposition légale avant de transmettre la question de constitutionnalité ;

Que l'article 62 de la Constitution disposant que les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours et qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, les juridictions du fond se voient privées, par l'effet de la loi organique du 10 décembre 2009, de la possibilité de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne avant de transmettre la question de constitutionnalité ; que si le Conseil constitutionnel juge la disposition législative attaquée conforme au droit de l'Union européenne, elles ne pourront plus, postérieurement à cette décision, saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle ;

Que, de même, aux termes de l'article 23-5 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel, telle que modifiée par loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, la Cour de cassation ne pourrait non plus, en pareille hypothèse, procéder à une telle saisine malgré les dispositions impératives de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ni se prononcer sur la conformité du texte au droit de l'Union ;

Que la question de la conformité au droit de l'Union de la loi organique du 10 décembre 2009, en ce qu'elle impose aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission, au Conseil constitutionnel, de la question de constitutionnalité, doit être posée, à titre préjudiciel, à la Cour de justice de l'Union européenne ; [...]

Document n° 2 : Conseil constitutionnel, 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

1. Considérant que les députés requérants défèrent au Conseil constitutionnel la loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne ; qu'ils présentent des griefs contre l'ensemble de la loi ; qu'ils contestent, en outre, ses articles 1er, 26, 47 et 48 ;

- SUR LES GRIEFS DIRIGÉS CONTRE L'ENSEMBLE DE LA LOI :

2. Considérant que, selon les requérants, la loi déférée aurait été adoptée selon une procédure contraire à la Constitution ; qu'ils soutiennent qu'elle méconnaîtrait le principe fondamental de prohibition des jeux de hasard ; qu'elle ne serait pas conforme au droit de l'Union européenne ; qu'elle serait contraire à l'intérêt général ainsi qu'à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public ; qu'enfin, les moyens qu'elle met en œuvre seraient manifestement inappropriés aux objectifs qu'elle poursuit ;

. En ce qui concerne le grief tiré de l'irrégularité de la procédure d'adoption de la loi :

[...]

. En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de prohibition des jeux d'argent et de hasard :

[...]

. En ce qui concerne les griefs relatifs au droit de l'Union européenne :

9. Considérant que les requérants soutiennent que « le droit communautaire n'impose nullement une telle ouverture à la concurrence puisque la Cour de justice de l'Union européenne admet au contraire le maintien des monopoles dès lors qu'ils sont justifiés par les objectifs de protection de l'ordre public et de l'ordre social » ; qu'ils invitent le Conseil constitutionnel à vérifier que la loi « n'est pas inconventionnelle » en se référant à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2010 susvisé qui indique que le Conseil constitutionnel pourrait exercer « un contrôle de conformité des lois aux engagements internationaux de la France, en particulier au droit communautaire » ;

- Quant à la supériorité des engagements internationaux et européens sur les lois :

10. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie » ; que, si ces dispositions confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution ;

11. Considérant, d'autre part, que, pour mettre en œuvre le droit reconnu par l'article 61-1 de la Constitution à tout justiciable de voir examiner, à sa demande, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative méconnaît les droits et libertés que la Constitution garantit, le cinquième alinéa de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée et le deuxième alinéa de son article 23-5 précisent l'articulation entre le contrôle de conformité des lois à la Constitution, qui incombe au Conseil constitutionnel, et le contrôle de leur compatibilité avec les engagements internationaux ou européens de la France, qui incombe aux juridictions administratives et judiciaires ; qu'ainsi, le moyen tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité ;

12. Considérant que l'examen d'un tel grief, fondé sur les traités ou le droit de l'Union européenne, relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires ;

13. Considérant, en premier lieu, que l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 de la Constitution ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir ces engagements sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution ;

14. Considérant, en deuxième lieu, qu'il ressort des termes mêmes de l'article 23-3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée que le juge qui transmet une question prioritaire de constitutionnalité, dont la durée d'examen est strictement encadrée, peut, d'une part, statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'il statue dans un délai déterminé ou en urgence et, d'autre part, prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires ; qu'il peut ainsi suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union, assurer la préservation des droits que les justiciables tiennent des engagements internationaux et européens de la France et garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir ; que l'article 61-1 de la Constitution pas plus que les articles 23 1 et suivants de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée ne font obstacle à ce que le juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne fasse, à tout moment, ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées dans ce litige ;

15. Considérant, en dernier lieu, que l'article 61-1 de la Constitution et les articles 23-1 et suivants de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée ne privent pas davantage les juridictions administratives et judiciaires, y compris lorsqu'elles transmettent une question prioritaire de constitutionnalité, de la faculté ou, lorsque leurs décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, de l'obligation de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

16. Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 ou de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux et européens de la France ; qu'ainsi, nonobstant la mention dans la Constitution du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, il ne lui revient pas de contrôler la compatibilité d'une loi avec les stipulations de ce traité ; que, par suite, la

demande tendant à contrôler la compatibilité de la loi déferée avec les engagements internationaux et européens de la France, en particulier avec le droit de l'Union européenne, doit être écartée ;

- Quant à l'exigence de transposition des directives européennes :

17. Considérant qu'aux termes de l'article 88-1 de la Constitution : « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 » ; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle ;

18. Considérant qu'il appartient au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, de veiller au respect de cette exigence ; que, toutefois, le contrôle qu'il exerce à cet effet est soumis à une double limite ; qu'en premier lieu, la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ; qu'en second lieu, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne sur le fondement de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; qu'en conséquence, il ne saurait déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ; qu'en tout état de cause, il appartient aux juridictions administratives et judiciaires d'exercer le contrôle de compatibilité de la loi au regard des engagements européens de la France et, le cas échéant, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel ;

19. Considérant, en revanche, que le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne relève pas des « droits et libertés que la Constitution garantit » et ne saurait, par suite, être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité ;

20. Considérant qu'en l'espèce, la loi déferée n'a pas pour objet de transposer une directive ; que, dès lors, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 88-1 de la Constitution doit être écarté ;

21. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les griefs tirés de la méconnaissance du droit de l'Union européenne doivent être rejetés ;

[...]

Document n° 3 : CE, ss-sect. réunies, 14 mai 2010, n° 312305

Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : « Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État (...) » ; qu'il résulte des dispositions de ce même article que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et qu'elle soit nouvelle ou présente un caractère sérieux ; que, d'une part, ces dispositions ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité, soit en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit à tout moment de cette procédure, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union ; que, d'autre part, le juge administratif dispose de la possibilité de poser à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi, en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne ;

Considérant, en premier lieu, que M. B soutient que l'article 1 F de la convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 est contraire au principe constitutionnel de la présomption d'innocence et au droit d'asile ; que toutefois, il résulte des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution que leur application ne peut conduire à saisir le Conseil constitutionnel que d'une question portant sur une disposition législative ; que par suite, la question soulevée est irrecevable ;

Considérant, en deuxième lieu, que la loi autorisant la ratification d'un traité, qui n'a d'autre objet que de permettre une telle ratification, n'est pas applicable au litige au sens et pour l'application des dispositions de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 et est, par sa nature même, insusceptible de porter atteinte à des droits et libertés au sens des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution ;

Considérant, en troisième et dernier lieu, que l'article L. 711-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et l'article L. 721-2 du même code, issu du I de l'article 2 de la loi du 25 juillet 1952, qui sont contestés en tant qu'ils rappellent l'applicabilité de la convention de Genève, ne sauraient être regardés comme applicables au litige au sens et pour l'application des dispositions de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée, le moyen tiré de ce que l'article 1 F de la convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, la loi du 17 mars 1954 ayant autorisé le Président de la République à ratifier la convention de Genève, l'article 2 I de la loi du 25 juillet 1952 et l'article L. 711-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution doit être écarté ;

DÉCIDE :

Article 1^{er} : Il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par M. B.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. Senad B, à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, au Premier ministre et au ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire. Copie en sera adressée au Conseil constitutionnel.

Document n° 4 : CJUE, 22 juin 2010, aff. C-188/1 et C-189/10, Aziz Melki et Sélim Abdeli

1. Les demandes de décision préjudicielle portent sur l'interprétation des articles 67 TFUE et 267 TFUE.

2. Ces demandes ont été présentées dans le cadre de deux procédures engagées à l'encontre respectivement de MM. Melki et Abdeli, tous deux de nationalité algérienne, et visant à obtenir la prolongation de leur maintien en rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire.

[...]

Réponse de la Cour

40. L'article 267 TFUE attribue compétence à la Cour pour statuer, à titre préjudiciel, tant sur l'interprétation des traités et des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union que sur la validité de ces actes. Cet article dispose, à son deuxième alinéa, qu'une juridiction nationale peut soumettre de telles questions à la Cour, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, et, à son troisième alinéa, qu'elle est tenue de le faire si ses décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne.

41. Il en résulte, en premier lieu, que, même s'il peut être avantageux, selon les circonstances, que les problèmes de pur droit national soient tranchés au moment du renvoi à la Cour (voir arrêt du 10 mars 1981, *Irish Creamery Milk Suppliers Association e.a.*, 36/80 et 71/80, Rec. p. 735, point 6), les juridictions nationales ont la faculté la plus étendue de saisir la Cour si elles considèrent qu'une affaire pendante devant elles soulève des questions comportant une interprétation ou une appréciation en validité des dispositions du droit de l'Union nécessitant une décision de leur part (voir, notamment, arrêts du 16 janvier 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, 166/73, Rec. p. 33, point 3; du 27 juin 1991, *Mecanarte*, C-348/89, Rec. p. I-3277, point 44, et du 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, Rec. p. I-9641, point 88).

42. La Cour en a conclu que l'existence d'une règle de droit interne liant les juridictions ne statuant pas en dernière instance à l'appréciation portée en droit par une juridiction de degré supérieur ne saurait, de ce seul fait, les priver de la faculté prévue à l'article 267 TFUE de saisir la Cour des questions d'interprétation du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêts précités *Rheinmühlen-Düsseldorf*, points 4 et 5, ainsi que *Cartesio*, point 94). La juridiction qui ne statue pas en dernière instance doit être libre, notamment si elle considère que l'appréciation en droit faite au degré supérieur pourrait l'amener à rendre un jugement contraire au droit de l'Union, de saisir la Cour des questions qui la préoccupent (arrêt du 9 mars 2010, *ERG e.a.*, C-378/08, non encore publié au Recueil, point 32).

43. En deuxième lieu, la Cour a déjà jugé que le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée,

de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel (voir, notamment, arrêts Simmenthal, précité, points 21 et 24; du 20 mars 2003, Kutz-Bauer, C-187/00, Rec. p. I-2741, point 73; du 3 mai 2005, Berlusconi e.a., C-387/02, C-391/02 et C-403/02, Rec. p. I-3565, point 72, ainsi que du 19 novembre 2009, Filipiak, C-314/08, non encore publié au Recueil, point 81).

44. En effet, serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit de l'Union toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit de l'Union par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union (voir arrêts Simmenthal, précité, point 22, ainsi que du 19 juin 1990, Factortame e.a., C-213/89, Rec. p. I-2433, point 20). Tel serait le cas si, dans l'hypothèse d'une contrariété entre une disposition du droit de l'Union et une loi nationale, la solution de ce conflit était réservée à une autorité autre que le juge appelé à assurer l'application du droit de l'Union, investie d'un pouvoir d'appréciation propre, même si l'obstacle en résultant ainsi pour la pleine efficacité de ce droit n'était que temporaire (voir, en ce sens, arrêt Simmenthal, précité, point 23).

45. En dernier lieu, la Cour a jugé qu'une juridiction nationale saisie d'un litige concernant le droit de l'Union, qui considère qu'une disposition nationale est non seulement contraire au droit de l'Union, mais également affectée de vices d'inconstitutionnalité, n'est pas privée de la faculté ou dispensée de l'obligation, prévues à l'article 267 TFUE, de saisir la Cour de justice de questions concernant l'interprétation ou la validité du droit de l'Union du fait que la constatation de l'inconstitutionnalité d'une règle du droit interne est soumise à un recours obligatoire devant la cour constitutionnelle. En effet, l'efficacité du droit de l'Union se trouverait menacée si l'existence d'un recours obligatoire devant la cour constitutionnelle pouvait empêcher le juge national, saisi d'un litige régi par le droit de l'Union, d'exercer la faculté qui lui est attribuée par l'article 267 TFUE de soumettre à la Cour de justice les questions portant sur l'interprétation ou sur la validité du droit de l'Union, afin de lui permettre de juger si une règle nationale est ou non compatible avec celui-ci (voir arrêt Mecanarte, précité, points 39, 45 et 46).

46. S'agissant des conséquences à tirer de la jurisprudence susmentionnée par rapport à des dispositions nationales telles que celles visées par la première question posée, il convient de relever que la juridiction de renvoi part de la prémisse que, selon ces dispositions, lors de l'examen d'une question de constitutionnalité qui est fondée sur l'incompatibilité de la loi en cause avec le droit de l'Union, le Conseil constitutionnel apprécie également la conformité de cette loi avec le droit de l'Union. Dans ce cas, le juge du fond procédant à la transmission de la question de constitutionnalité ne pourrait, avant cette transmission, ni statuer sur la compatibilité de la loi concernée avec le droit de l'Union ni poser une question préjudicielle à la Cour de justice en rapport avec ladite loi. En outre, dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel jugerait la loi en cause conforme au droit de l'Union, ledit juge du fond ne pourrait pas non plus, postérieurement à la décision rendue par le Conseil constitutionnel qui s'imposerait à toutes les autorités juridictionnelles, saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. Il en serait de même lorsque le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative est soulevé à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation.

47. Selon cette interprétation, la législation nationale en cause au principal aurait pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité que, le cas échéant, après la décision du Conseil constitutionnel sur cette question, les juridictions des ordres administratif et judiciaire nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation, prévues à l'article 267 TFUE, de saisir la Cour de questions préjudicielles. Force est de constater qu'il découle des principes dégagés par la jurisprudence rappelés aux points 41 à 45 du présent arrêt que l'article 267 TFUE s'oppose à une législation nationale telle que décrite dans les décisions de renvoi.

48. Toutefois, tel que cela ressort des points 33 à 36 du présent arrêt, les gouvernements français et belge ont présenté une interprétation différente de la législation française visée par la première question posée en se fondant, notamment, sur les décisions du Conseil constitutionnel n° 2010-605 DC, du 12 mai 2010, et du Conseil d'État n° 312305, du 14 mai 2010, rendues postérieurement à la transmission des décisions de renvoi de la Cour de cassation à la Cour de justice.

49. À cet égard, il convient de rappeler qu'il incombe à la juridiction de renvoi de déterminer, dans les affaires dont elle est saisie, quelle est l'interprétation correcte du droit national.

50. En vertu d'une jurisprudence constante, il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences du droit de l'Union (arrêts du 26 septembre 2000, Engelbrecht, C-262/97, Rec. p. I-7321, point 39; du 27 octobre 2009, ČEZ, C-115/08, non encore publié au Recueil, point 138, et du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, non encore publié au Recueil, point 70). Eu égard aux

décisions susmentionnées du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, une telle interprétation des dispositions nationales qui ont institué le mécanisme de contrôle de constitutionnalité en cause au principal ne saurait être exclue.

51. L'examen de la question de savoir si une interprétation conforme aux exigences du droit de l'Union du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité est possible ne saurait remettre en cause les caractéristiques essentielles du système de coopération entre la Cour de justice et les juridictions nationales instauré par l'article 267 TFUE telles qu'elles découlent de la jurisprudence rappelée aux points 41 à 45 du présent arrêt.

52. En effet, selon la jurisprudence constante de la Cour, afin d'assurer la primauté du droit de l'Union, le fonctionnement dudit système de coopération nécessite que le juge national soit libre de saisir, à tout moment de la procédure qu'il juge approprié, et même à l'issue d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de justice de toute question préjudicielle qu'il juge nécessaire.

53. Dans la mesure où le droit national prévoit l'obligation de déclencher une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité qui empêcherait le juge national de laisser immédiatement inappliquée une disposition législative nationale qu'il estime contraire au droit de l'Union, le fonctionnement du système instauré par l'article 267 TFUE exige néanmoins que ledit juge soit libre, d'une part, d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union et, d'autre part, de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, ladite disposition législative nationale s'il la juge contraire au droit de l'Union.

54. Il convient, par ailleurs, de souligner que le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité d'une loi nationale dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union ne saurait porter atteinte à la compétence de la seule Cour de justice de constater l'invalidité d'un acte de l'Union, et notamment d'une directive, compétence ayant pour objet de garantir la sécurité juridique en assurant l'application uniforme du droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêts du 22 octobre 1987, Foto-Frost, 314/85, Rec. p. 4199, points 15 à 20; du 10 janvier 2006, IATA et ELFAA, C-344/04, Rec. p. I-403, point 27, ainsi que du 18 juillet 2007, Lucchini, C-119/05, Rec. p. I-6199, point 53).

55. En effet, pour autant que le caractère prioritaire d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité aboutit à l'abrogation d'une loi nationale se limitant à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union en raison de la contrariété de cette loi à la Constitution nationale, la Cour pourrait, en pratique, être privée de la possibilité de procéder, à la demande des juridictions du fond de l'État membre concerné, au contrôle de la validité de ladite directive par rapport aux mêmes motifs relatifs aux exigences du droit primaire, et notamment des droits reconnus par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à laquelle l'article 6 TUE confère la même valeur juridique que celle qui est reconnue aux traités.

56. Avant que le contrôle incident de constitutionnalité d'une loi dont le contenu se limite à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union puisse s'effectuer par rapport aux mêmes motifs mettant en cause la validité de la directive, les juridictions nationales, dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, sont, en principe, tenues, en vertu de l'article 267, troisième alinéa, TFUE, d'interroger la Cour de justice sur la validité de cette directive et, par la suite, de tirer les conséquences qui découlent de l'arrêt rendu par la Cour à titre préjudiciel, à moins que la juridiction déclenchant le contrôle incident de constitutionnalité n'ait elle-même saisi la Cour de justice de cette question sur la base du deuxième alinéa dudit article. En effet, s'agissant d'une loi nationale de transposition d'un tel contenu, la question de savoir si la directive est valide revêt, eu égard à l'obligation de transposition de celle-ci, un caractère préalable. En outre, l'encadrement dans un délai strict de la durée d'examen par les juridictions nationales ne saurait faire échec au renvoi préjudiciel relatif à la validité de la directive en cause.

57. Par voie de conséquence, il y a lieu de répondre à la première question posée que l'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles. En revanche, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale, pour autant que les autres juridictions nationales restent libres :

– de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire,

– d’adopter toute mesure nécessaire afin d’assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l’ordre juridique de l’Union, et

– de laisser inappliquée, à l’issue d’une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l’Union.

Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation nationale en cause au principal peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l’Union.

[...]

Document n° 5 : Cass., QPC, 29 juin 2010, n° 10-40.002

Vu l’arrêt avant dire droit du 16 avril 2010 posant deux questions préjudicielles à la Cour de justice de l’Union européenne (CJUE) ;

Vu l’arrêt de la CJUE du 22 juin 2010 ;

Attendu que M. X..., de nationalité algérienne, en situation irrégulière en France, a fait l’objet, en application de l’article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale, d’un contrôle de police dans la zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec la Belgique et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà ; que, le 23 mars 2010, le préfet du Nord lui a notifié un arrêté de reconduite à la frontière et une décision de maintien en rétention dans des locaux ne relevant pas de l’administration pénitentiaire ; que, devant le juge des libertés et de la détention de Lille, saisi par le préfet d’une demande de prolongation de cette rétention, M. X... a déposé un mémoire posant une question prioritaire de constitutionnalité et soutenu que l’article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale portait atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution ;

Attendu que, le 25 mars 2010, le juge des libertés et de la détention de Lille a ordonné la transmission à la Cour de cassation de la question suivante : “l’article 78-2, alinéa 4, porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution de la République française ?” et prolongé de la rétention de M. X... pour une durée de quinze jours ; que cette ordonnance a été reçue à la Cour de cassation le 29 mars 2010 ;

Attendu que, pour soutenir que l’article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale est contraire à la Constitution, le demandeur invoque l’article 88-1 de celle-ci qui dispose que “la République participe à l’Union européenne constituée d’États qui ont choisi librement d’exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l’Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, tels qu’ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007” ;

Qu’il fait valoir que les engagements résultant du Traité de Lisbonne, dont celui concernant la libre circulation des personnes, ont une valeur constitutionnelle au regard de l’article 88 1 de la Constitution, que l’article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale qui autorise des contrôles aux frontières intérieures des États membres est contraire au principe de libre circulation des personnes posé par l’article 67 du Traité de Lisbonne qui prévoit que l’Union assure l’absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures ; qu’il en déduit que l’article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale est contraire à la Constitution ;

Attendu que, par arrêt avant dire droit du 16 avril 2010, la Cour de cassation, constatant qu’était ainsi posée la question de la conformité de l’article 78-2, alinéa 4, du code de la procédure pénale à la fois au droit de l’Union et à la Constitution de la République française, a posé deux questions préjudicielles à la Cour de justice de l’Union européenne ;

Attendu, premièrement, que la CJUE a dit pour droit que l’article 267 TFUE s’oppose à une législation d’un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d’empêcher (...) les juridictions nationales d’exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles ; qu’en revanche cet article ne s’oppose pas à une telle législation nationale pour autant que les juridictions restent libres :

- de saisir, à tout moment de la procédure qu’elles jugent approprié, et même à l’issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la CJUE de toute question préjudicielle qu’elles jugent nécessaire,

- d’adopter toute mesure nécessaire afin d’assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l’ordre juridique de l’Union, et

- de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire aux droits de l'Union ;

Attendu que le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel ;

Attendu que, dans l'hypothèse particulière où le juge est saisi d'une question portant à la fois sur la constitutionnalité et la conventionnalité d'une disposition législative, il lui appartient de mettre en œuvre, le cas échéant, les mesures provisoires ou conservatoires propres à assurer la protection juridictionnelle des droits conférés par l'ordre juridique européen ; qu'en cas d'impossibilité de satisfaire à cette exigence, comme c'est le cas de la Cour de cassation, devant laquelle la procédure ne permet pas de recourir à de telles mesures, le juge doit se prononcer sur la conformité de la disposition critiquée au regard du droit de l'Union en laissant alors inappliquées les dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée prévoyant une priorité d'examen de la question de constitutionnalité ;

Attendu, deuxièmement, que la Cour de justice de l'Union européenne a également dit pour droit que l'article 67, paragraphe 2, TFUE ainsi que les articles 20 et 21 du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), s'opposent à une législation nationale conférant aux autorités de police de l'État membre concerné la compétence de contrôler, uniquement dans une zone de 20 kilomètres à partir de la frontière terrestre de cet État avec les parties à la convention d'application de l'accord de Schengen, du 14 juin 1985, entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signé à Schengen (Luxembourg) le 19 juin 1990, l'identité de toute personne, indépendamment du comportement de celle-ci et des circonstances particulières établissant un risque d'atteinte à l'ordre public, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi, sans prévoir l'encadrement nécessaire de cette compétence garantissant que l'exercice pratique de ladite compétence ne puisse pas revêtir un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières ;

Que, dès lors que l'article 78-2, alinéa 4, du code de procédure pénale n'est assorti d'aucune disposition offrant une telle garantie, il appartient au juge des libertés et de la détention d'en tirer les conséquences au regard de la régularité de la procédure dont il a été saisi, sans qu'il y ait lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question posée ;

PAR CES MOTIFS :

DIT N'Y AVOIR LIEU A RENVOYER au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

Document n° 6 : Article 12 de la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution

L'article 23-6 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel est abrogé.

Document n° 7 : Articles 23-5 et 23-6 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 (issus de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009)

Article 23-5 :

« Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation. Le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé. Il ne peut être relevé d'office.

En tout état de cause, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

Le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision. Le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation sursoit à statuer jusqu'à ce qu'il se soit prononcé. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé. Si le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation est tenu de se prononcer en urgence, il peut n'être pas sursis à statuer. »

Article 23-6 (abrogé le 24 juillet 2010) :

« Le premier président de la Cour de cassation est destinataire des transmissions à la Cour de cassation prévues à l'article 23-2 et au dernier alinéa de l'article 23-1. Le mémoire mentionné à l'article 23-5, présenté dans le cadre d'une instance devant la Cour de cassation, lui est également transmis.

Le premier président avise immédiatement le procureur général.

L'arrêt de la Cour de cassation est rendu par une formation présidée par le premier président et composée des présidents des chambres et de deux conseillers appartenant à chaque chambre spécialement concernée.

Toutefois, le premier président peut, si la solution lui paraît s'imposer, renvoyer la question devant une formation présidée par lui-même et composée du président de la chambre spécialement concernée et d'un conseiller de cette chambre.

Pour l'application des deux précédents alinéas, le premier président peut être suppléé par un délégué qu'il désigne parmi les présidents de chambre de la Cour de cassation. Les présidents des chambres peuvent être suppléés par des délégués qu'ils désignent parmi les conseillers de la chambre. »

Document n° 8 : CEDH, 10 avr. 2019, avis consultatif P16-2018-001

PROCÉDURE

1. Par une lettre du 12 octobre 2018 adressée au greffier de la Cour européenne des droits de l'homme (« la Cour »), la Cour de cassation française a demandé à la Cour, en vertu de l'article 1 du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« le Protocole n° 16 »), de rendre un avis consultatif sur les questions reprises au paragraphe 9 ci-dessous.

2. Le 3 décembre 2018, le collège de cinq juges de la Grande Chambre de la Cour, composé conformément aux articles 2 § 3 du Protocole n° 16 et 93 § 1 du règlement de la Cour (« le règlement »), a décidé d'accepter cette demande.

3. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée le 4 décembre 2018 conformément aux articles 24 § 2 h) et 94 § 1 du règlement.

4. Par des lettres du 7 décembre 2018, le greffier de la Cour a informé les parties à la procédure interne que le Président de la Grande Chambre les invitait à soumettre à la Cour des observations écrites sur la demande d'avis consultatif dans un délai expirant le 16 janvier 2019 (articles 3 du Protocole n° 16 et 94 § 3 du règlement). Dans ce délai, des observations écrites ont été produites conjointement par Dominique Mennesson, Fiorella Mennesson, Sylvie Mennesson et Valentina Mennesson. La procureure générale près la Cour d'appel de Paris n'a pas produit d'observations écrites.

5. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») a présenté des observations écrites en application de l'article 3 du Protocole n° 16. La Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe n'a pas usé de ce droit.

6. Des observations écrites ont en outre été reçues des gouvernements britannique, tchèque et irlandais, du Défenseur des droits, du centre d'études interdisciplinaires du genre du département de sociologie et de la recherche sociale de l'université de Trente, ainsi que des organisations non gouvernementales AIRE Centre, Helsinki Foundation for Human Rights, ADF International, Coalition internationale pour l'abolition de la maternité de substitution, et Association des médecins catholiques de Bucarest, que le président avait autorisés à intervenir (article 3 du Protocole n° 16). L'organisation non gouvernementale Child Rights International Network, également autorisée à intervenir, n'a pas produit d'observations.

7. Les observations reçues ont été communiquées à la Cour de cassation, qui n'a pas formulé de remarque (article 94 § 5 du règlement).

8. Après la clôture de la procédure écrite, le Président de la Grande Chambre a décidé qu'il n'y avait pas lieu de tenir une audience (article 94 § 6 du règlement).

LES QUESTIONS POSÉES

9. Les questions posées par la Cour de cassation dans sa demande d'avis consultatif sont ainsi formulées :

« 1. En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, en ce qu'il désigne comme étant sa « mère légale » la « mère d'intention », alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le « père d'intention », père biologique de l'enfant, un État-partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? À cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la « mère d'intention » ?

2. Dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention ? »

LE CONTEXTE ET LA PROCÉDURE INTERNE DANS LE CADRE DESQUELS S'INSCRIT LA DEMANDE D'AVIS

[...]

DROIT ET INSTRUMENTS INTERNATIONAUX PERTINENTS

[...]

ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ

[...]

L'AVIS DE LA COUR

I. CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES

25. La Cour rappelle que, comme l'indique le préambule du Protocole n° 16, la procédure d'avis consultatif a pour but de renforcer l'interaction entre elle et les autorités nationales et de consolider ainsi la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité, en donnant la possibilité aux juridictions nationales désignées de lui demander un avis sur « des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles » (article 1 § 1 du Protocole n° 16) qui se posent « dans le cadre d'une affaire pendante devant elle[s] » (article 1 § 2 du Protocole n° 16). L'objectif de la procédure n'est pas de transférer le litige à la Cour, mais de donner à la juridiction qui a procédé à la demande les moyens nécessaires pour garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance (voir le point 11 du rapport explicatif). La Cour n'est compétente ni pour se livrer à une analyse des faits, ni pour apprécier le bien-fondé des points de vue des parties relativement à l'interprétation du droit interne à la lumière du droit de la Convention, ni pour se prononcer sur l'issue de la procédure. Son rôle se limite à rendre un avis en rapport avec les questions qui lui ont été soumises. C'est à la juridiction dont émane la demande qu'il revient de résoudre les questions que soulève l'affaire et de tirer, selon le cas, toutes les conséquences qui découlent de l'avis donné par la Cour pour les dispositions du droit interne invoquées dans l'affaire et pour l'issue de l'affaire.

26. La Cour déduit par ailleurs de l'article 1 §§ 1 et 2 du Protocole n° 16 que les avis qu'elle est amenée à rendre en application de ce protocole doivent se limiter aux points qui ont un lien direct avec le litige en instance au plan interne. Leur intérêt est également de fournir aux juridictions nationales des orientations sur des questions de principe relatives à la Convention applicables dans des cas similaires.

27. La présente demande d'avis consultatif s'inscrit dans le contexte d'une procédure interne visant au réexamen du pourvoi en cassation des requérants dans l'affaire Mennesson, affaire dans laquelle la Cour a conclu qu'il n'y avait pas eu violation du droit au respect de la vie familiale des requérants mais du droit au respect de la vie privée des enfants (paragraphe 11 ci-dessus). Il apparaît ainsi que le litige interne porte sur la reconnaissance dans l'ordre juridique

français, eu égard au droit au respect de la vie privée des enfants, d'un lien de filiation entre une mère d'intention et des enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui et issus des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, dans un cas où l'acte de naissance étranger peut faire l'objet d'une transcription en ce qu'il désigne le père d'intention dès lors qu'il est le père biologique des enfants.

28. Le litige interne ne concerne donc pas le cas où l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger est issu des gamètes de la mère d'intention.

29. Il en résulte également que l'avis ne concernera pas le cas où il y a eu procréation pour autrui, c'est-à-dire où l'enfant est issu des gamètes de la mère porteuse. Les questions de la Cour de cassation ne visent du reste pas cette situation.

30. Il en résulte de plus que l'avis ne portera ni sur le droit au respect de la vie familiale des enfants ou des parents d'intention, ni sur le droit au respect de la vie privée des parents d'intention.

31. L'avis de la Cour portera en conséquence sur deux points.

32. Il portera en premier lieu sur la question de savoir si le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, qui requiert la reconnaissance en droit interne du lien de filiation entre celui-ci et le père d'intention lorsqu'il est le père biologique, requiert également la possibilité d'une reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale », dans la situation où l'enfant a été conçu avec les gamètes d'une tierce donneuse, et où le lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention a été reconnu en droit interne.

33. Il portera en second lieu sur la question de savoir si, dans l'affirmative, le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, requiert que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger, ou s'il admet qu'elle puisse se faire par d'autres moyens, tels que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention.

34. Pour formuler son avis, la Cour prendra dûment en compte les observations écrites et les pièces produites par les divers participants à la procédure (paragraphe 4-6 ci-dessus). Elle souligne toutefois qu'il ne s'agit pas pour elle de répondre à chacun des moyens et arguments qui lui sont soumis, ni de développer en détail les fondements de sa réponse, dès lors que, en application du Protocole n° 16, son rôle n'est pas de statuer contradictoirement sur des requêtes contentieuses par un arrêt ayant force obligatoire mais, dans un délai aussi rapide que possible, de fournir à la juridiction qui a procédé à la demande une orientation lui permettant de garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance.

II.SUR LE PREMIER POINT

35. Il résulte de la jurisprudence de la Cour que l'article 8 de la Convention demande que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et le père d'intention lorsqu'il est le père biologique. Comme indiqué précédemment, la Cour a en effet expressément conclu dans l'arrêt *Menesson* précité que l'absence d'une telle possibilité emportait violation du droit de l'enfant au respect de sa vie privée, tel qu'il se trouve garanti par cette disposition (*Menesson*, précité, §§ 100-101; voir aussi *Labassee c. France*, no 65941/11, 26 juin 2014, ainsi que *Foulon et Bouvet c. France*, nos 9063/14 et 10410/14, 21 juillet 2016, et *Laborie c. France*, no 44024/13, 19 janvier 2017).

36. En rapport avec ce qui précède, la Cour relève qu'à ce jour, sa jurisprudence met un certain accent sur l'existence d'un lien biologique entre l'enfant et au moins l'un des parents d'intention (voir les arrêts cités ci-dessus, ainsi que l'arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie [GC]* (no 25358/12, § 195, 24 janvier 2017). Elle rappelle à cet égard que la question à examiner en l'espèce inclut explicitement un élément factuel selon lequel le père d'intention a un lien biologique avec l'enfant concerné. La Cour va circonscrire sa réponse en conséquence. Elle précise toutefois qu'elle pourrait être appelée à l'avenir à développer sa jurisprudence dans ce domaine, étant donné en particulier l'évolution de la question de la gestation pour autrui.

37. Pour se prononcer dans le cadre de la présente demande d'avis consultatif (paragraphe 32, 34 et 36 ci-dessus) sur la question de savoir si l'article 8 de la Convention requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention deux facteurs ont un poids particulier : l'intérêt supérieur de l'enfant et l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États parties.

38. S'agissant du premier facteur, la Cour se réfère au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer (voir, en particulier, Paradiso et Campanelli, précité, § 208, X c. Lettonie [GC], no 27853/09, § 95, CEDH 2013, Mennesson, précité, §§ 81 et 99, Labassee, précité, §§ 60 et 78, et Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg, no 76240/01, § 133, 28 juin 2007).

39. La Cour a admis dans les arrêts Mennesson (précité, § 99) et Labassee (précité, § 78) qu'il était « concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire ». Elle a toutefois relevé que les effets de la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitaient pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée se trouve significativement affecté.

40. L'absence de reconnaissance d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention a ainsi des conséquences négatives sur plusieurs aspects du droit de l'enfant au respect de la vie privée. D'un point de vue général, comme la Cour l'a relevé dans les arrêts Mennesson et Labassee précités, l'absence de reconnaissance en droit interne du lien entre l'enfant et la mère d'intention défavorise l'enfant dès lors qu'il le place dans une forme d'incertitude juridique quant à son identité dans la société (§§ 96 et 75 respectivement). Il y a notamment un risque qu'il n'ait pas l'accès à la nationalité de la mère d'intention dans les conditions que garantit la filiation, cela peut compliquer son maintien sur le territoire du pays de résidence de la mère d'intention (même si ce risque n'existe pas dans le cas soumis à l'examen de la Cour de cassation, le père d'intention, qui est aussi le père biologique, ayant la nationalité française), ses droits successoraux à l'égard de celle-ci peuvent être amoindris, il se trouve fragilisé dans le maintien de sa relation avec la mère d'intention en cas de séparation des parents d'intention ou de décès du père d'intention, et il n'est pas protégé contre un refus ou une renonciation de la mère d'intention de le prendre en charge.

41. La Cour est consciente de ce que, dans le contexte de la gestation pour autrui, l'intérêt supérieur de l'enfant ne se résume pas au respect de ces aspects de son droit à la vie privée. Il inclut d'autres éléments fondamentaux, qui ne plaident pas nécessairement en faveur de la reconnaissance d'un lien de filiation avec la mère d'intention, tels que la protection contre les risques d'abus que comporte la gestation pour autrui (voir Paradiso et Campanelli, précité, § 202) et la possibilité de connaître ses origines (voir, par exemple, Mikulić c. Croatie, no 53176/99, §§ 54-55, CEDH 2002-I).

42. Au vu des éléments indiqués au paragraphe 40 ci-dessus et du fait que l'intérêt supérieur de l'enfant comprend aussi l'identification en droit des personnes qui ont la responsabilité de l'élever, de satisfaire à ses besoins et d'assurer son bien-être, ainsi que la possibilité de vivre et d'évoluer dans un milieu stable, la Cour considère toutefois que l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant, qui exige pour le moins un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise.

43. S'agissant du second facteur, comme la Cour l'a rappelé dans les arrêts Mennesson (précité, § 77) et Labassee (précité, § 57), l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États varie selon les circonstances, les domaines et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un élément pertinent à cet égard. Ainsi, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est large. Or il ressort de l'étude de droit comparé susmentionnée que, malgré une certaine évolution vers la possibilité d'une reconnaissance juridique du lien de filiation entre les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et les parents d'intention, il n'y a pas consensus en Europe sur cette question (paragraphe 23 ci-dessus).

44. La Cour a toutefois également rappelé dans ces mêmes arrêts (§§ 77 et 80, et §§ 56 et 59 respectivement) que, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'identité d'un individu se trouve en jeu, comme lorsque l'on touche à la filiation, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte. Elle en a déduit qu'il convenait d'atténuer la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur (ibidem).

45. Ce qui est en jeu dans le contexte de la reconnaissance d'un lien de filiation entre des enfants nés à l'issue d'une gestation pour autrui et les parents d'intention dépasse en réalité la question de l'identité de ces enfants. D'autres aspects essentiels de leur vie privée sont concernés dès lors que sont en question l'environnement dans lequel ils vivent et se développent et les personnes qui ont la responsabilité de satisfaire à leurs besoins et d'assurer leur bien-être (voir aussi les paragraphes 40-42 ci-dessus). Ceci conforte le constat de la Cour quant à la réduction de la marge d'appréciation.

46. En somme, vu les exigences de l'intérêt supérieur de l'enfant et la réduction de la marge d'appréciation, la Cour est d'avis que, dans une situation telle que celle visée par la Cour de cassation dans ses questions (paragraphe 9 et 32 ci-dessus) et délimitée par la Cour au paragraphe 36 ci-dessus, le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale ».

47. Bien que le litige interne ne concerne pas le cas d'un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et conçu avec les gamètes de la mère d'intention, la Cour juge important de préciser que, lorsque la situation est par ailleurs similaire à celle dont il est question dans ce litige, la nécessité d'offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l'enfant et la mère d'intention vaut a fortiori dans un tel cas.

III.SUR LE SECOND POINT

48. Le second point concerne la question de savoir si le droit au respect de la vie privée de l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger, dans la situation où l'enfant a été conçu avec les gamètes d'une tierce donneuse, requiert que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger, ou s'il admet qu'elle puisse se faire par d'autres moyens, tels que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention.

49. Il est dans l'intérêt de l'enfant qui est dans cette situation que la durée de l'incertitude dans laquelle il se trouve quant à sa filiation à l'égard de la mère d'intention soit aussi brève que possible. Comme indiqué précédemment, tant que le lien entre lui et celle-ci n'est pas reconnu en droit interne sa situation se trouve fragilisée s'agissant de plusieurs aspects de son droit au respect de la vie privée (paragraphe 40 ci-dessus).

50. On ne saurait toutefois en déduire que les États parties soient tenus d'opter pour la transcription des actes de naissance légalement établis à l'étranger.

51. La Cour constate en effet qu'il n'y a pas de consensus européen sur cette question : lorsque l'établissement ou la reconnaissance du lien entre l'enfant et le parent d'intention est possible, leurs modalités varient d'un État à l'autre (paragraphe 24 ci-dessus). Elle observe ensuite que l'identité de l'individu est moins directement en jeu lorsqu'il s'agit non du principe même de l'établissement ou de la reconnaissance de sa filiation mais des moyens à mettre en œuvre à cette fin. La Cour estime en conséquence que le choix des moyens à mettre en œuvre pour permettre la reconnaissance du lien enfant-parents d'intention tombe dans la marge d'appréciation des États.

52. Outre ce constat relatif à la marge d'appréciation, la Cour considère que l'article 8 de la Convention n'impose pas une obligation générale pour les États de reconnaître ab initio un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention. Ce que requiert l'intérêt supérieur de l'enfant – qui s'apprécie avant tout in concreto plutôt qu'in abstracto – c'est que ce lien, légalement établi à l'étranger, puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé. Il appartient en principe non pas à la Cour mais en premier lieu aux autorités nationales d'évaluer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, si et quand ce lien s'est concrétisé.

53. On ne saurait déduire de l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi compris que la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention que requiert le droit de l'enfant au respect de la vie privée, au sens l'article 8 de la Convention, impose aux États de procéder à la transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne la mère d'intention comme étant la mère légale. Selon les circonstances de chaque cause, d'autres modalités peuvent également servir convenablement cet intérêt supérieur, dont l'adoption, qui, s'agissant de la reconnaissance de ce lien, produit des effets de même nature que la transcription de l'acte de naissance étranger.

54. Ce qui compte c'est qu'au plus tard lorsque, selon l'appréciation des circonstances de chaque cas, le lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé (paragraphe 52 ci-dessus), il y ait un mécanisme effectif permettant la reconnaissance de ce lien. Une procédure d'adoption peut répondre à cette nécessité dès lors que ses conditions sont adaptées et que ses modalités permettent une décision rapide, de manière à éviter que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude juridique quant à ce lien. Il va de soi que ces conditions doivent inclure une appréciation par le juge de l'intérêt supérieur de l'enfant à la lumière des circonstances de la cause.

55. En somme, vu la marge d'appréciation dont disposent les États s'agissant du choix des moyens, d'autres voies que la transcription, notamment l'adoption par la mère d'intention, peuvent être acceptables dans la mesure où les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de leur mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant.

56. La Cour de cassation indique dans sa demande d'avis que la loi française facilite l'adoption de l'enfant du conjoint (paragraphe 14 ci-dessus). Il peut s'agir d'une adoption plénière ou d'une adoption simple.

57. Le gouvernement français fait ainsi valoir qu'entre le 5 juillet 2017 et le 2 mai 2018 la quasi-totalité des demandes d'adoption entre conjoints concernant des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui ont été satisfaites. La Cour relève cependant que cette procédure n'est ouverte qu'aux parents d'intention mariés. De plus, il ressort notamment des observations en intervention du Défenseur des droits que des incertitudes persistent quant aux modalités de l'adoption de l'enfant du conjoint dans ce contexte, s'agissant par exemple de la nécessité d'obtenir le consentement préalable de la mère porteuse.

58. Ceci étant, il n'appartient pas à la Cour de se prononcer dans le cadre de son avis consultatif sur l'adéquation du droit français de l'adoption avec les critères énoncés aux paragraphes 54-55 ci-dessus. Il revient au juge interne de le faire (paragraphe 25 ci-dessus), en tenant compte de la situation fragilisée dans laquelle se trouvent les enfants tant que la procédure d'adoption est pendante.

59. Enfin, la Cour est consciente de la complexité des questions que pose la gestation pour autrui. Elle observe que la conférence de La Haye de droit international privé a entrepris des travaux destinés à proposer une convention internationale permettant d'y répondre sur la base de principes acceptés par les États qui adhéreront à cet instrument (paragraphe 20 ci-dessus).

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

Rend l'avis suivant :

Dans la situation où, comme dans l'hypothèse formulée dans les questions de la Cour de cassation, un enfant est né à l'étranger par gestation pour autrui et est issu des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, et où le lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention a été reconnu en droit interne :

1. le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale » ;
2. le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Fait en français et en anglais, puis communiqué par écrit le 10 avril 2019, en application de l'article 94 §§ 9 et 10 du règlement de la Cour.

Document n° 9 : Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053

I. FAITS ET PROCÉDURE

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 18 mars 2010), aux termes de leurs actes de naissance américains, dressés dans le comté de San Diego (Californie) conformément à un jugement de la Cour supérieure de l'État de Californie du 14 juillet 2000, A... et B... X... sont nées le [...] à La Mesa (Californie) de M. C... X... et Mme D... X..., son épouse, tous deux de nationalité française.

Le 25 novembre 2002, le ministère public a fait transcrire ces actes de naissance par le consulat général de France à Los Angeles (Californie).

Par acte du 16 mai 2003, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Créteil a assigné M. et Mme X... en annulation de cette transcription.

Par un jugement du 13 décembre 2005, confirmé par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007, le procureur de la République a été déclaré irrecevable en son action.

Cet arrêt a été cassé par un arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 2008 (1^{re} Civ., 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-20.468).

Par un arrêt du 18 mars 2010, la cour d'appel de Paris, statuant sur renvoi après cassation, a annulé la transcription, sur les registres du service central d'état civil de Nantes, des actes de naissance établis dans le comté de San Diego (Californie) et désignant M. C... X... et Mme D... X... en qualité de père et mère des enfants A... X... et B... X....

Par un arrêt du 6 avril 2011 (1^{re} Civ., 6 avril 2011, pourvoi n° 10-19.053), la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par M. et Mme X... à l'encontre de cet arrêt.

Ces derniers ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme, qui, par un arrêt du 26 juin 2014, a dit qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit de A... et B... X... au respect de leur vie privée et que l'État français devait verser une somme aux deux requérantes au titre du préjudice moral subi et des frais et dépens.

Sur le fondement des articles L. 452-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire institués par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, M. et Mme X..., agissant en qualité de représentants légaux de leurs deux filles mineures, ont demandé le réexamen de ce pourvoi.

Par une décision du 16 février 2018, la Cour de réexamen des décisions civiles a fait droit à la demande et dit que l'affaire se poursuivra devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation.

Par un arrêt avant dire droit du 5 octobre 2018, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a transmis à la Cour européenne des droits de l'homme une demande d'avis consultatif sur les questions suivantes :

1°. En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, en ce qu'il désigne comme étant sa "mère légale" la "mère d'intention", alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le "père d'intention", père biologique de l'enfant, un État-partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? A cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la "mère d'intention" ?

2°. Dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention ?

L'assemblée plénière a sursis à statuer jusqu'à l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme.

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu son avis consultatif le 10 avril 2019.

Par un mémoire du 15 avril 2019, Mmes A... et B... X... ont fait valoir qu'elles entendaient, en application des articles 369 et 373 du code de procédure civile, reprendre l'instance qui avait été initiée par leurs représentants légaux, avec toutes leurs écritures.

Le 24 avril 2019, la SCP Marc Lévis a formé une intervention volontaire au nom de l'association Arcilesbica. Un mémoire a été déposé le 6 septembre 2019.

2. Au soutien du pourvoi, objet de la demande de réexamen, Mmes A... et B... X... ainsi que M. et Mme X... soulèvent un moyen unique qui fait grief à l'arrêt d'annuler la transcription des actes de naissance de A... et B... X....

Ils font valoir :

- que la décision étrangère qui reconnaît la filiation d'un enfant à l'égard d'un couple ayant régulièrement conclu une convention avec une mère porteuse n'est pas contraire à l'ordre public international, lequel ne se confond pas avec l'ordre public interne ; qu'en jugeant que l'arrêt de la Cour supérieure de l'État de Californie ayant déclaré M. X... « père génétique » et Mme Z..., épouse X..., « mère légale » de tout enfant devant naître de Mme E... entre le 15 août et le 15 décembre 2000 était contraire à l'ordre public international, prétexte pris que l'article 16-7 du code civil frappe de nullité les conventions portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la cour d'appel a violé l'article 3 du code civil ;

- qu'il résulte de l'article 55 de la Constitution que les traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés et publiés ont, sous réserve de leur application réciproque par l'autre partie, une autorité supérieure à celle des lois et règlements ; qu'en se fondant, pour dire que c'était vainement que les consorts X... se prévalaient de conventions internationales, notamment de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, sur la circonstance que la loi prohibe, « pour l'heure », la gestation pour autrui, la cour d'appel, qui a ainsi considéré qu'une convention internationale ne pouvait primer sur le droit interne, a violé l'article 55 de la Constitution ;

- que, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; qu'en retenant que l'annulation de la transcription des actes de naissance des enfants des époux X... ne méconnaissait pas l'intérêt supérieur de ces enfants en dépit des difficultés concrètes qu'elle engendrerait, la cour d'appel, dont la décision a pourtant pour effet de priver ces enfants de la possibilité d'établir leur filiation en France, où ils résident avec les époux X..., a violé l'article 3, § 1, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant ;

- qu'il résulte des dispositions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme que là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer ; qu'en annulant la transcription des actes de naissance des enfants X..., la cour d'appel, qui a ainsi privé ces enfants de la possibilité d'établir en France leur filiation à l'égard des époux X... avec lesquels ils forment une véritable famille, a violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

- que, dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables ; qu'en annulant la transcription des actes de naissance des enfants X... par cela seul qu'ils étaient nés en exécution d'une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, la cour d'appel, qui a ainsi pénalisé ces enfants, en les privant de la nationalité de leurs parents, à raison de faits qui ne leur étaient pourtant pas imputables, a violé l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné avec l'article 8 de ladite Convention.

II. RECEVABILITÉ DE L'INTERVENTION VOLONTAIRE DE L'ASSOCIATION ARCILESBICA

3. En application du deuxième alinéa de l'article 327 du code de procédure civile, seule est admise devant la Cour de cassation l'intervention volontaire formée à titre accessoire. Selon l'alinéa premier de l'article 330 du même code, l'intervention est accessoire lorsqu'elle appuie les prétentions d'une partie. Il ressort du mémoire produit par l'association Arcilesbica que son intervention volontaire ne vient pas en soutien de Mmes A... et B... X... et de M. et Mme X.... Aucune autre partie n'ayant produit de mémoire, cette intervention volontaire est irrecevable.

III. EXAMEN DU MOYEN

Vu l'article 55 de la Constitution :

Vu l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 3, § 1, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant :

Vu l'avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 avril 2019 :

4. Dans son avis consultatif, la Cour européenne des droits de l'homme énonce que chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer (§ 38). Or, l'absence de reconnaissance du lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention a des conséquences négatives sur plusieurs aspects du droit de l'enfant au respect de la vie privée (§ 40). Au vu de ces éléments et du fait que l'intérêt supérieur de l'enfant comprend aussi l'identification, en droit, des personnes qui ont la responsabilité de l'élever, de satisfaire à ses besoins et d'assurer son bien-être, ainsi que la possibilité de vivre et d'évoluer dans un milieu stable, la Cour européenne des droits de l'homme considère que l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant, qui exige pour le moins un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise (§ 42). Selon la Cour, il va de soi que ces conditions doivent inclure une appréciation par le juge de l'intérêt supérieur de l'enfant à la lumière des circonstances de la cause (§ 54).

5. Dès lors, la Cour européenne des droits de l'homme est d'avis que "dans la situation où, comme dans l'hypothèse formulée dans les questions de la Cour de cassation, un enfant est né à l'étranger par gestation pour autrui et est issu des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, et où le lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention a été reconnu en droit interne :/ 1. Le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la "mère légale" ; / 2. Le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en oeuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant".

6. Il se déduit ainsi de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qu'au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, la circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine une convention de gestation pour autrui, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du code civil, ne peut, à elle seule, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'enfant, faire obstacle à la transcription de l'acte de naissance établi par les autorités de l'État étranger, en ce qui concerne le père biologique de l'enfant, ni à la reconnaissance du lien de filiation à l'égard de la mère d'intention mentionnée dans l'acte étranger, laquelle doit intervenir au plus tard lorsque ce lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé.

7. Pour annuler la transcription sur les registres du service d'état civil de Nantes des actes de naissance établis dans le comté de San Diego (Californie) et désignant M. et Mme X... en qualité de père et mère des enfants A... et B... X..., l'arrêt retient que ces actes ont été établis sur le fondement de l'arrêt rendu le 14 juillet 2000 par la Cour supérieure de l'État de Californie qui a déclaré M. C... X..., père génétique et Mme D... Z..., "mère légale de tout enfant qui naîtrait de Mme E... entre le 15 août 2000 et le 15 décembre 2000". Il ajoute que c'est à la suite d'une convention de gestation pour autrui que Mme E... a donné naissance à deux enfants qui sont issus des gamètes de M. X... et d'une tierce personne, enfants qui ont été remis à M. et Mme X.... Dès lors que toute convention portant sur la procréation ou sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle en vertu de l'article 16-7 du code civil, il conclut que l'arrêt de la Cour supérieure de l'État de Californie, en ce qu'il a validé indirectement une gestation pour autrui, est en contrariété avec la conception française de l'ordre public international.

8. En statuant ainsi, par des motifs fondés sur l'existence d'une convention de gestation pour autrui à l'origine de la naissance des enfants, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

9. En application de l'article L. 411-3, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire et de l'article 627 du code de procédure civile, la Cour de cassation peut, en matière civile, statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie.

IV. RÈGLEMENT AU FOND

Sur la recevabilité de l'action du ministère public

10. Il résulte de l'article 423 du code de procédure civile que le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion de faits qui portent atteinte à celui-ci. Le jugement déféré doit donc être infirmé.

Sur la demande du ministère public en annulation de la transcription

Sur la demande du ministère public en annulation de la transcription de l'acte de naissance des enfants à l'égard du père biologique

11. Il résulte de ce qui a été dit aux paragraphes 4, 5 et 6 que l'acte de naissance doit être transcrit en ce qui concerne la filiation paternelle biologique. En l'espèce, il ressort des éléments du dossier que l'arrêt rendu le 14 juillet 2000 par la Cour supérieure de l'État de Californie a déclaré M. C... X..., père génétique des deux enfants, qui sont issues des gamètes de ce dernier et d'une tierce personne. Il convient, en conséquence, de rejeter la demande formée par le procureur général près la cour d'appel de Paris en annulation de la transcription des actes de naissance de A... et B... X... en ce qu'elles sont nées de M. C... X....

Sur la demande du ministère public en annulation de la transcription de l'acte de naissance à l'égard de Mme X..., mère d'intention des deux enfants, et sur les demandes de Mmes A... et B... X...

12. Il résulte de l'avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme que, s'agissant de la mère d'intention, les États parties ne sont pas tenus d'opter pour la transcription des actes de naissance légalement établis à l'étranger (§ 50). En effet, il n'y a pas de consensus européen sur cette question. Lorsque l'établissement ou la reconnaissance du lien entre l'enfant et le parent d'intention est possible, leurs modalités varient d'un État à l'autre. Il en résulte que, selon la Cour, le choix des moyens à mettre en œuvre pour permettre la reconnaissance du lien enfant-parents d'intention tombe dans la marge d'appréciation des États (§ 51).

13. Selon l'avis consultatif, l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant, qui exige pour le moins un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise, ces conditions devant inclure une appréciation in concreto par le juge de l'intérêt supérieur de l'enfant (§ 52 et 54).

14. En droit français, en application de l'article 310-1 du code civil, la filiation est légalement établie par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire, ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété. Elle peut l'être aussi par un jugement. Par ailleurs, la filiation peut être également établie, dans les conditions du titre VIII du code civil, par l'adoption, qu'elle soit plénière ou simple.

15. En considération de l'existence de ces modes d'établissement de la filiation, la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation, par quatre arrêts du 5 juillet 2017 (1^{re} Civ., 5 juillet 2017, pourvois n° 15-28.597, Bull. 2017, I, n° 163, n° 16-16.901 et n° 16-50.025, Bull. 2017, I, n° 164, n° 16-16.455, Bull. 2017, I, n° 165) a jugé que l'adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant, de créer un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, épouse du père biologique. Selon l'avis consultatif, l'adoption répond notamment aux exigences de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que ses modalités permettent une décision rapide, de manière à éviter que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude juridique quant à ce lien, le juge devant tenir compte de la situation fragilisée des enfants tant que la procédure est pendante.

16. Étant rappelé qu'en droit français, les conventions portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui sont nulles, la Cour de cassation retient, eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant, qu'il convient de privilégier tout mode d'établissement de la filiation permettant au juge de contrôler notamment la validité de l'acte ou du jugement d'état civil étranger au regard de la loi du lieu de son établissement, et d'examiner les circonstances particulières dans lesquelles se trouve l'enfant.

17. En l'espèce, le prononcé d'une adoption suppose l'introduction d'une nouvelle instance à l'initiative de Mme D... X.... En effet, en application des dispositions du titre VIII du code civil, l'adoption ne peut être demandée que par l'adoptant, l'adopté devant seulement y consentir personnellement s'il a plus de treize ans. Le renvoi des consorts X... à recourir à la procédure d'adoption, alors que l'acte de naissance des deux filles a été établi en Californie, dans un cadre légal, conformément au droit de cet État, après l'intervention d'un juge, la Cour supérieure de l'État de Californie, qui a déclaré M. C... X..., père génétique et Mme D... X..., "mère légale" des enfants, aurait, au regard du temps écoulé depuis la concrétisation du lien entre les enfants et la mère d'intention, des conséquences manifestement excessives en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée de Mmes A... et B... X....

18. Selon les requérantes, la concrétisation du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention évoquée par la Cour européenne dans son avis consultatif pourrait trouver une traduction en droit interne français avec la possession d'état qui, en application de l'article 311-1 du code civil, s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir. Cependant, l'avis consultatif insiste sur la nécessité de ne pas fragiliser la situation de l'enfant dès lors que la gestation pour autrui a été réalisée dans les conditions légales du pays étranger et que le lien avec la mère d'intention s'est concrétisé. A cet égard, la reconnaissance du lien de filiation par la constatation de la possession d'état dans l'acte de notoriété établi le 11 mai 2018 par le juge d'instance de Charenton-le-Pont, à supposer que les conditions légales en soient réunies, ne présente pas les garanties de sécurité juridique suffisantes dès lors qu'un tel lien de filiation peut être contesté en application de l'article 335 du code civil. Par conséquent, la demande formée par Mmes A... et B... X... tendant à faire constater le fait juridique reconnu dans l'acte de notoriété établi le 11 mai 2018 par le juge d'instance de Charenton-le-Pont sera rejetée.

19. Il résulte de ce qui précède, qu'en l'espèce, s'agissant d'un contentieux qui perdure depuis plus de quinze ans, en l'absence d'autre voie permettant de reconnaître la filiation dans des conditions qui ne porteraient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de Mmes A... et B... X... consacré par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et alors qu'il y a lieu de mettre fin à cette atteinte, la transcription sur les registres de l'état civil de Nantes des actes de naissance établis à l'étranger de A... et B... X... ne saurait être annulée.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

DÉCLARE IRRECEVABLE l'intervention volontaire de l'association Arcilesbica ;

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 18 mars 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

INFIRME le jugement rendu le 13 décembre 2005 par le tribunal de grande instance de Créteil ;

Et statuant à nouveau :

DÉCLARE RECEVABLE l'action du ministère public ;

REJETTE la demande d'annulation de la transcription formée par le procureur général près la cour d'appel de Paris ;

CONSTATE la transcription sur les registres de l'état civil de Nantes de :

- l'acte de naissance de A... X... enregistré le 1er novembre 2000 sous le n° 1200037036331 à San Diego (Californie) de M. C... X..., né le [...] à Dijon, en ce qu'elle est née de M. C... X..., né le [...] à Dijon, et de Mme D... Z... née à Melfi (Italie), le [...], épouse de M. C... X..., effectuée le 25 novembre 2002 par l'officier d'état civil par délégation du Consul général de France à Los Angeles ;

- l'acte de naissance de B... X... enregistré le 1er novembre 2000 sous le n° 1200037036332 à San Diego (Californie) de M. C... X..., né le [...] à Dijon, en ce qu'elle est née de M. C... X..., né le [...] à Dijon, et de Mme D... Z... née à Melfi (Italie), le [...], épouse de M. C... X..., effectuée le 25 novembre 2002 par l'officier d'état civil par délégation du Consul général de France à Los Angeles ;

SÉANCES 9 ET 10 : LES DROITS SUBJECTIFS

I. Limites des droits subjectifs

A. Conflits de droits subjectifs

Document n° 1 : Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2003, n° 00-20.289 (droit au respect de la vie privée et liberté d'expression)

Document n° 2 : Cass. soc., 26 nov. 2002, n° 00-42.401 (droit au respect de la vie privée et droit de la preuve)

Document n° 3 : Cass. 1^{re} civ., 10 sept. 2014, n° 13-22.612 (droit au respect de la vie privée et droit à la preuve)

Document n° 4 : Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2016, n° 15-12.403 (droit au respect de la vie privée et droit à la preuve)

Document n° 5 : Cass. soc., 10 nov. 2021, n° 20-12.263 (droit au respect de la vie privée et droit à la preuve)

Document n° 6 : Cass. ass. plén., 22 déc. 2023, n° 20-20.648 (droits subjectifs et droit à la preuve (déloyale))

B. Abus de droit

Document n° 7 : Cass. req., 3 août 1915 (abus du droit de propriété)

Document n° 8 : Cass. 2^e civ., 15 juin 1988, n° 86-15.476 (refus de délivrer le « geth »)

II. Sources des droits subjectifs

Document n° 9 : Articles 1100 et suivants du Code civil (actes juridiques et faits juridiques)

III. Preuve des droits subjectifs

A. Objet et charge de la preuve

Document n° 10 : Articles 6 et 9 du Code de procédure civile

Document n° 11 : Articles 1353 et 1354 du Code civil

Document n° 12 : Articles 1358 et suivants du Code civil

B. Admissibilité des modes de preuve

Document n° 13 : Cass. 1^{re} civ., 15 juill. 1975, n° 74-12.965 (domaine de l'exclusion de la preuve testimoniale)

Document n° 14 : Cass. 3^e civ., 17 avr. 1991, n° 89-15.898 (domaine de l'exclusion de la preuve testimoniale)

Document n° 15 : Cass. 3^e civ., 14 janv. 2014, n° 12-28.777 (impossibilité morale d'établir un écrit)

Document n° 16 : Article 1363 du Code civil

Document n° 17 : Cass. com., 8 mars 2005, n° 03-18.393 (preuve par relevé de compte)

Document n° 18 : Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, n° 04-15.314 (preuve par relevé informatique)

Exercices

Séance n° 9 : Rédigez le commentaire intégral de l'arrêt du document n° 5 (Cass. soc., 10 nov. 2021), sous l'angle du droit à la preuve et du droit au respect à la vie privée, en vous aidant notamment des documents n° 2, 3, 4 et 6.

Séance n° 10 : L'exercice à faire vous sera indiqué par votre chargé de TD.

Document n° 1 : Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2003, n° 00-20.289

Attendu que, suite à la disparition mystérieuse des époux X... et de leurs enfants, affaire alors très médiatisée et en cours d'information judiciaire, "Le Figaro littéraire", supplément hebdomadaire du quotidien de même nom, a, le 6 juillet 2000, annoncé la parution, en quatre épisodes, d'une "série de l'été", rédigée par Mme Y... et intitulée "Le roman vrai du docteur X..." ; que le même numéro, diffusant immédiatement le premier article, indiquait le titre du deuxième, "La maison de Tilly", et sa parution la semaine suivante ;

Attendu que M. Z..., représentant légal de ses enfants mineurs Fanny et Léo Z..., nés du premier mariage de Mme X..., soutenant qu'étaient attentatoires à la vie privée de sa fille et de son fils certains développements de la publication déjà intervenue, a obtenu en référé, le 12 juillet 2000, l'interdiction des trois autres, assortie d'un ordre de saisie en tous lieux du journal qui les contiendrait ;

Sur le premier moyen :

[...]

Et sur le second moyen :

Attendu qu'il est encore fait grief à l'arrêt d'avoir violé l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors, selon le moyen, que l'interdiction faite à la société du Figaro de poursuivre les publications annoncées ne constitue pas, au sens de ce texte, une mesure en proportion avec l'atteinte retenue, l'interdiction d'une publication ne pouvant être ordonnée en référé que si l'atteinte portée à la vie privée présente un caractère intolérable et cause un dommage que l'allocation ultérieure de dommages-intérêts par le juge du fond ne saurait compenser, et les constatations faites n'établissant pas l'exceptionnelle nécessité d'une censure préalable ;

Mais attendu que les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, revêtant, eu égard aux articles 8 et 10 de la Convention européenne et 9 du Code civil, une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime ; que la cour d'appel a retenu que la divulgation d'éléments attentatoires à la vie privée de Fanny et Léo Z... sous la forme d'un feuilleton estival était illicite, comme répondant non à un besoin légitime d'information du public mais au seul agrément des lecteurs, et ne relevait pas davantage du droit du journaliste ou écrivain de commenter des affaires en débat judiciaire public, même si la disparition des époux X... et de leurs deux enfants l'avait abondamment été dans la presse écrite et radio-télévisée ; qu'indépendamment de considérations erronées mais surabondantes, et statuant en référé, elle a pu estimer que, relativement aux faits dramatiques dont elle était saisie, le respect de la vie privée s'imposait avec davantage de force à l'auteur d'une œuvre romanesque qu'à un journaliste remplissant sa mission d'information, que l'urgence liée à la parution imminente des articles à venir l'autorisait à prendre toute mesure pour éviter que ne se reproduise l'atteinte à l'intimité des plaignants, et que, si la société Le Figaro avait estimé ne pas devoir en communiquer le contenu, le titre déjà dévoilé du deuxième épisode désignait une maison du ménage X... qui était aussi celle des enfants Z..., leur soumission à un régime de garde alternée faisant qu'ils s'y rendaient régulièrement, de sorte que l'unique moyen d'empêcher une nouvelle violation de leur intimité était de faire défense au journal de poursuivre les publications prévues ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Document n° 2 : Cass. soc., 26 nov. 2002, n° 00-42.401

Sur le moyen unique :

Vu les articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du Code civil, 9 du nouveau Code de procédure civile et L.120-2 du Code du travail ;

Attendu qu'il résulte de ces textes qu'une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur ;

Attendu que Mme X... a été engagée le 6 janvier 1993, en qualité de déléguée spécialiste exclusif par la société Lederlé, aux droits de laquelle vient la société Wyeth-Lederlé, exploitant un laboratoire pharmaceutique ; qu'elle devait exercer son activité dans un secteur géographique déterminé selon les fonctions définies par l'article 1er de l'avenant relatif aux

visiteurs médicaux de la convention collective nationale de l'industrie pharmaceutique ; qu'elle a été licenciée pour faute grave par lettre du 10 juillet 1997 aux motifs de fausses déclarations d'activité et de réunions d'information médicale ainsi que de fausses déclarations de frais révélées à la suite d'un contrôle effectué par un supérieur hiérarchique qui s'est posté à proximité de son domicile ;

Attendu que pour dire que le licenciement de la salariée procédait d'une faute grave et rejeter ses demandes, la cour d'appel énonce que le moyen tiré du caractère illicite du contrôle de l'activité de la salariée effectué par son supérieur hiérarchique qui s'est posté à proximité du domicile de la salariée les 12 et 13 juin 1997 doit être écarté, que le rapport de contrôle établi par ce supérieur qui se borne à relater les allées et venues de la salariée, s'il ne suffit pas à prouver l'existence de la faute imputée à la salariée, d'autant qu'il ne peut lui être attachée que la valeur probante d'une attestation, autorisait l'employeur à douter de la sincérité des comptes rendus de sa déléguée et partant à vérifier objectivement les allégations de celle-ci ; qu'elle ajoute que l'employeur a loyalement communiqué à la salariée la teneur des constatations de son supérieur hiérarchique dès qu'il en a été destinataire et qu'il est établi que confrontée à ces constatations la salariée n'a pu réaliser les visites figurant dans ses rapports d'activité et a fait de fausses déclarations d'activité et de frais professionnels ; qu'elle en conclut que la salariée a violé une obligation essentielle tant de la convention collective applicable que de son contrat de travail et a rendu impossible la poursuite de la relation contractuelle même pendant la durée du préavis ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'employeur ne pouvait se fonder pour retenir l'existence d'une faute grave de la salariée sur le rapport établi par son supérieur hiérarchique dressé à la suite d'une filature, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 23 février 2000, entre les parties, par la cour d'appel de Nancy ;

Document n° 3 : Cass. 1^{re} civ., 10 sept. 2014, n° 13-22.612

Attendu que l'arrêt confirmatif attaqué (Besançon, 5 juin 2013), statuant à la suite d'un litige ayant opposé Mme X... à un institut de beauté, a condamné M. Y..., avocat de ce dernier, pour avoir produit, à l'encontre de la première, les pièces défavorables d'une procédure pénale non encore achevée, violant ainsi la présomption d'innocence, mais a écarté le grief allégué d'atteinte à sa vie privée et à son image ;

Sur le premier moyen :

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt de statuer ainsi, alors, selon le moyen, que toute immixtion arbitraire dans la vie d'autrui est prohibée ; que dès lors, constitue une atteinte à la vie privée l'immixtion tenant à la photographie et au récit des activités d'une personne se trouvant sur le balcon de son propre domicile ; qu'en jugeant pourtant que le simple récit d'activités, visibles à partir de la voie publique, ne constitue pas une atteinte à la vie privée, après avoir pourtant constaté que les activités observées se déroulaient sur le balcon du domicile de Mme X..., la cour d'appel a violé les articles 9, 9-1 et 1382 du code civil ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que l'arrêt, saisi de la production par M. Y... d'un rapport de détective privé destiné à vérifier un préjudice oculaire allégué par Mme X..., s'il énonce à tort que le simple récit d'activités, observées à partir de la voie publique, notamment en direction du balcon de l'intéressée, ne constitue pas une atteinte à sa vie privée, il reste, d'une part, qu'une telle atteinte n'est pas disproportionnée lorsque, eu égard au droit à la preuve de toute partie en procès, elle se réduit, dans ce but et comme en l'espèce, à la simple constatation de l'absence de port de lunettes lors de la conduite d'un véhicule ou lors du ménage et rangement d'un balcon, et, d'autre part, qu'aucune atteinte au droit de chacun sur son image ne peut être retenue dès lors que la mauvaise qualité de celle-ci, au terme d'une constatation souveraine effectuée en l'espèce, rend impossible l'identification de la personne représentée ; d'où il suit que la décision n'encourt pas le grief du moyen ;

Et sur le second moyen, tel que reproduit en annexe : *[non reproduit]*

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Document n° 4 : Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2016, n° 15-12.403

Sur les premier et deuxième moyens, pris en leur première branche, qui sont rédigés en des termes identiques, réunis :

Vu l'article 9 du code civil, ensemble les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du code de procédure civile ;

Attendu que le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X...a été victime, le 23 septembre 2001, d'un accident corporel, la charpente surplombant le puits qu'il réparait au domicile de Mme Y... s'étant effondrée sur lui ; qu'il a invoqué, au cours des opérations d'expertise judiciaire diligentées à sa demande, des troubles de la locomotion ; que, contestant la réalité de ces troubles, Mme Y... et son assureur, la société Mutuelles du Mans assurances, ont, à l'occasion de l'instance en indemnisation du préjudice en résultant, produit quatre rapports d'enquête privée ;

Attendu que, pour rejeter la demande tendant à voir écarter des débats ces rapports, après avoir considéré comme irrecevables ou non probants certains des éléments d'information recueillis par l'enquêteur auprès de tiers, l'arrêt relève que chacune des quatre enquêtes privées a été de courte durée et que les opérations de surveillance et de filature n'ont pas, au total, dépassé quelques jours, de sorte qu'il ne saurait en résulter une atteinte disproportionnée au respect dû à la vie privée de M. X... ;

Qu'en statuant ainsi, tout en relevant que les investigations, qui s'étaient déroulées sur plusieurs années, avaient eu une durée allant de quelques jours à près de deux mois et avaient consisté en des vérifications administratives, un recueil d'informations auprès de nombreux tiers, ainsi qu'en la mise en place d'opérations de filature et de surveillance à proximité du domicile de l'intéressé et lors de ses déplacements, ce dont il résultait que, par leur durée et leur ampleur, les enquêtes litigieuses, considérées dans leur ensemble, portaient une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de M. X..., la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il refuse d'écarter des débats les pièces 6, 8, 9 et 23, en ce qu'il dit que le coût des séances de kinésithérapie n'est pas imputable à l'accident du 23 septembre 2001, rejetant ainsi la demande de M. X... au titre des dépenses de santé futures, et en ce qu'il rejette la demande d'indemnité présentée pour les postes « frais de logement adapté », « tierce personne » et « préjudice esthétique », l'arrêt rendu le 9 avril 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Caen ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Rouen ;

Document n° 5 : Cass. soc., 10 nov. 2021, n° 20-12.263

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Saint-Denis de La Réunion, chambre d'appel de Mamoudzou, 14 mai 2019), Mme [L] a été engagée par la société Pharmacie mahoraise (la société), le 7 janvier 2003, en qualité de caissière.
2. Licenciée pour faute grave, par lettre du 19 juillet 2016, elle a saisi la juridiction prud'homale pour contester cette rupture et obtenir paiement de diverses sommes à titre d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Examen du moyen

Sur le moyen, pris en ses deuxième, quatrième et cinquième branches

Énoncé du moyen

3. La salariée fait grief à l'arrêt de dire le licenciement fondé, de la débouter de ses demandes et de la condamner à payer à la société une somme en application de l'article 700 du code de procédure civile, alors :

« 2° / que l'employeur doit informer et consulter le comité d'entreprise de tout dispositif de contrôle de l'activité des salariés, quand bien même à l'origine, ce dispositif n'aurait pas été exclusivement destiné à opérer un tel contrôle ; qu'à défaut, les preuves obtenues par le biais de ce dispositif sont illicites ; qu'en affirmant, par motifs adoptés, que la salariée

ne pouvait exciper de l'illicéité des enregistrements recueillis grâce au système de vidéosurveillance installé dans les locaux de la pharmacie, faute de consultation préalable des représentants du personnel, en ce que ni la loi, ni la jurisprudence n'imposaient une telle obligation, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6, alinéa 3, du code du travail applicable à Mayotte, en vigueur à l'époque du litige ;

4°/ que l'employeur ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés ; qu'en l'espèce, la note de service du 27 novembre 2015, signée par les salariés, se bornait à indiquer « par cette note de service je tiens à vous rappeler comme je l'avais fait précédemment lors d'une réunion que nous avons un système de vidéosurveillance dans le but est notre sécurité et la prévention des atteintes aux biens et aux personnes. L'emplacement des cinq caméras doit être connu de tous les salariés à savoir : 3 caméras au rez-de-chaussée (espace parapharmacie, espace bébé et espace ordonnance) ; 2 caméras à l'étage (bureau et réserve) » ; qu'en jugeant les salariés suffisamment informés de la présence du système de vidéosurveillance installé dans les locaux de la pharmacie par cette note de service, quand il résultait de celle-ci que l'information des salariés sur ce dispositif était postérieure à sa mise en place, la cour d'appel a violé l'article 32 de la loi du 6 janvier 1978 dans sa version applicable, ensemble l'article 1134 du code civil, devenu les articles 1103 et 1104 dudit code ;

5°/ que l'employeur ne peut mettre en œuvre un dispositif de contrôle qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance des salariés ; que l'article 32 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, dans sa version applicable, prévoit que les employés concernés doivent être informés, préalablement à la mise en œuvre du système litigieux, de l'identité du responsable du traitement des données ou de son représentant, de la (ou les) finalité(s) poursuivie(s) par le traitement, des destinataires ou catégorie de destinataires de données, de l'existence d'un droit d'accès aux données les concernant, d'un droit de rectification et d'un droit d'opposition pour motif légitime, ainsi que des modalités d'exercice de ces droits ; qu'en l'espèce, la note de service du 27 novembre 2015, signée par les salariés, se bornait à indiquer "par cette note de service je tiens à vous rappeler comme je l'avais fait précédemment lors d'une réunion que nous avons un système de vidéosurveillance dans le but est notre sécurité et la prévention des atteintes aux biens et aux personnes. L'emplacement des cinq caméras doit être connu de tous les salariés à savoir : 3 caméras au rez-de-chaussée (espace parapharmacie, espace bébé et espace ordonnance) ; 2 caméras à l'étage (bureau et réserve)" ; qu'en revanche, cette note ne précisait pas l'identité du responsable du traitement ou de son représentant, la finalité de contrôle poursuivie par ce traitement, ou les destinataires ou catégories de destinataire des données, pas plus qu'elle n'exposait aux salariés l'existence et les modalités d'exercice de leurs droits d'accès, de rectification et d'opposition pour motif légitime ; qu'en jugeant, par motifs propres, les salariés suffisamment informés du système de vidéosurveillance installé dans les locaux de la pharmacie par cette note de service et, par motifs adoptés, que l'information des salariés n'était soumise à aucune condition de forme, la cour d'appel a violé l'article 32 de la loi du 6 janvier 1978 dans sa version applicable, ensemble l'article 1134 du code civil, devenu les articles 1103 et 1104 dudit code. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 32 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données, l'article L. 442-6 du code du travail, applicable à Mayotte, dans sa version en vigueur du 1er janvier 2006 au 1er janvier 2018 et les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales :

4. Aux termes du premier de ces textes, les salariés concernés doivent être informés, préalablement à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel, de l'identité du responsable du traitement des données ou de son représentant, de la (ou les) finalité(s) poursuivie(s) par le traitement, des destinataires ou catégories de destinataires de données, de l'existence d'un droit d'accès aux données les concernant, d'un droit de rectification et d'un droit d'opposition pour motif légitime, ainsi que des modalités d'exercice de ces droits.

5. Selon le deuxième, le comité d'entreprise est informé et consulté, préalablement à la décision de mise en œuvre dans l'entreprise, sur les moyens ou les techniques permettant un contrôle de l'activité des salariés.

6. L'illicéité d'un moyen de preuve, au regard des dispositions susvisées, n'entraîne pas nécessairement son rejet des débats, le juge devant apprécier si l'utilisation de cette preuve a porté atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit au respect de la vie personnelle du salarié et le droit à la preuve, lequel peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi.

7. Pour juger le licenciement fondé sur une faute grave et débouter la salariée de ses demandes, l'arrêt énonce que la matérialité des faits qui lui sont reprochés est corroborée par les enregistrements vidéo de la pharmacie et que c'est

vainement, qu'elle argue de l'illicéité de ce mode de preuve. Il précise que la loi du 21 janvier 1995 autorise en effet l'utilisation de système de vidéosurveillance dans des lieux ou des établissements ouverts au public particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol afin d'y assurer la sécurité des biens et des personnes et que c'est bien le cas d'une pharmacie dans le contexte d'insécurité régnant à Mayotte.

8. Il ajoute que tous les salariés ont été informés de la mise en place de ce système par la note de service diffusée le 27 novembre 2015 qu'ils ont signée, y compris l'intéressée, en sorte que l'utilisation des enregistrements de vidéosurveillance comme mode de preuve est licite.

9 En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le système de vidéosurveillance destiné à la protection et la sécurité des biens et des personnes dans les locaux de l'entreprise, permettait également de contrôler et de surveiller l'activité des salariés et avait été utilisé par l'employeur afin de recueillir et d'exploiter des informations concernant personnellement la salariée, ce dont il résultait que l'employeur aurait dû informer les salariés et consulter le comité d'entreprise sur l'utilisation de ce dispositif à cette fin et qu'à défaut, ce moyen de preuve tiré des enregistrements de la salariée était illicite et, dès lors, les prescriptions énoncées au paragraphe 6 du présent arrêt invocables, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 14 mai 2019, entre les parties, par la cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, chambre d'appel de Mamoudzou ;

Remet l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion, chambre d'appel de Mamoudzou, autrement composée ;

Document n° 6 : Cass. ass. plén., 22 déc. 2023, n° 20-20.648 (extrait)

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Orléans, 28 juillet 2020), M. [B] a été engagé à compter du 14 octobre 2013 en qualité de responsable commercial « grands comptes » par la société Abaque bâtiment services (la société ABS). Il a été convenu entre les parties qu'il exercerait son activité depuis son domicile. Le 28 septembre 2016, au terme d'un entretien informel, il a été mis à pied à titre conservatoire et convoqué à un entretien préalable à un éventuel licenciement, lequel s'est tenu le 7 octobre 2016. Le 16 octobre 2016, il a été licencié pour faute grave.

2. L'employeur a saisi la juridiction prud'homale aux fins notamment de condamnation du salarié à des dommages-intérêts pour non-exécution du préavis et en réparation d'un préjudice commercial. Le salarié a contesté son licenciement et demandé la condamnation de l'employeur à lui payer diverses sommes.

Examen des moyens

[...]

Sur le second moyen du pourvoi principal, pris en sa première branche

Énoncé du moyen

4. La société ABS fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevables les éléments de preuve obtenus par elle au moyen d'enregistrements clandestins et d'écarter en conséquence ses pièces numérotées 7.3, 7.3b, 7.5 et 7.5b, de dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse, de la condamner à payer au salarié différentes sommes à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, d'indemnités de préavis et de congés payés afférents, au titre de la mise à pied conservatoire et des congés payés afférents et au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement, avec intérêts au taux légal, d'ordonner en application de l'article L. 1235-4 du code du travail le remboursement à Pôle emploi des indemnités de chômage dans la limite de trois mois et de lui ordonner de remettre au salarié, dans un délai de trente jours à compter de la signification de l'arrêt, un certificat de travail et une attestation destinée à Pôle emploi, et ce, sous astreinte, alors « que l'enregistrement audio, même obtenu à l'insu d'un salarié, est recevable et peut être produit et utilisé en justice dès lors qu'il ne porte pas atteinte aux droits du salarié, qu'il est indispensable au droit à la preuve et à la protection des intérêts de l'employeur et qu'il a pu être discuté dans le cadre d'un procès équitable ; qu'en écartant des débats les pièces numérotées 7.3, 7.3b, 7.5 et 7.5b produites par l'employeur, qui démontraient que le salarié avait expressément refusé de fournir à son employeur le suivi de son activité commerciale, ce au motif erroné et insuffisant qu'elles ont été obtenues par un procédé déloyal et à l'insu du salarié, la cour d'appel a violé les articles 9

du code de procédure civile et 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 9 du code de procédure civile :

5. Suivant les principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme (v. notamment CEDH, arrêt du 10 octobre 2006, L.L. c. France, n° 7508/02), la Cour de cassation a consacré, en matière civile, un droit à la preuve qui permet de déclarer recevable une preuve illicite lorsque cette preuve est indispensable au succès de la prétention de celui qui s'en prévaut et que l'atteinte portée aux droits antinomiques en présence est strictement proportionnée au but poursuivi (Com., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-10.606, Bull. 2007, IV, n° 130 ; 1^{re} Civ., 5 avril 2012, pourvoi n° 11-14.177, Bull. 2012, I, n° 85 ; Soc., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-10.203, Bull. 2016, V, n° 209 ; Soc., 30 septembre 2020, n° 19-12.058, Bull. ; Soc., 25 novembre 2020, n° 17-19.523, Bull. ; Soc. 8 mars 2023, pourvoi n° 21-17.802, Bull.).

6. Sur le fondement des textes susvisés et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, la Cour de cassation juge néanmoins qu'est irrecevable la production d'une preuve recueillie à l'insu de la personne ou obtenue par une manœuvre ou un stratagème (Ass. plén. 7 janvier 2011, pourvoi n° 09-14.316, Bull. 2011, Ass. plén., n° 1 ; 2^e Civ., 9 janvier 2014, pourvoi n° 12-17.875 ; 2^e Civ., 26 septembre 2013, pourvoi n° 12-23.387 ; Com., 10 novembre 2021, pourvoi n° 20-14.669 ; Com., 10 novembre 2021, pourvoi n° 20-14.670 ; Soc., 18 mars 2008, pourvoi n° 06-40.852, Bull. 2008, V, n° 65 ; Soc., 4 juillet 2012, pourvoi n° 11-30.266, Bull. 2012, V, n° 208).

7. Cette solution est fondée sur la considération que la justice doit être rendue loyalement au vu de preuves recueillies et produites d'une manière qui ne porte pas atteinte à sa dignité et à sa crédibilité.

8. L'application de cette jurisprudence peut cependant conduire à priver une partie de tout moyen de faire la preuve de ses droits.

9. La Cour européenne des droits de l'homme ne retient pas par principe l'irrecevabilité des preuves considérées comme déloyales. Elle estime que, lorsque le droit à la preuve tel que garanti par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales entre en conflit avec d'autres droits et libertés, notamment le droit au respect de la vie privée, il appartient au juge de mettre en balance les différents droits et intérêts en présence. Elle ajoute que « l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir, dans les différends opposant des intérêts à caractère privé, à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ». Elle souligne que ce texte implique notamment à la charge du juge l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre (CEDH, arrêt du 13 mai 2008, N.N. et T.A. c. Belgique, n° 65087/01).

10. En matière pénale, la Cour de cassation considère qu'aucune disposition légale ne permet au juge répressif d'écarter les moyens de preuve produits par des particuliers au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale (v. notamment, Crim., 11 juin 2002, pourvoi n° 01-85.559, Bull. crim. 2002, n° 131), le principe de loyauté de la preuve s'imposant, en revanche, aux agents de l'autorité publique (Ass. plén., 10 novembre 2017, pourvoi n° 17-82.028, Bull. crim. 2017, Ass. plén., n° 2).

11. Enfin, soulignant la difficulté de tracer une frontière claire entre les preuves déloyales et les preuves illicites, et relevant le risque que la voie pénale permette de contourner le régime plus restrictif des preuves en matière civile, une partie de la doctrine suggère un abandon du principe de l'irrecevabilité des preuves considérées comme déloyales.

12. Aussi, il y a lieu de considérer désormais que, dans un procès civil, l'illicéité ou la déloyauté dans l'obtention ou la production d'un moyen de preuve ne conduit pas nécessairement à l'écarter des débats. Le juge doit, lorsque cela lui est demandé, apprécier si une telle preuve porte une atteinte au caractère équitable de la procédure dans son ensemble, en mettant en balance le droit à la preuve et les droits antinomiques en présence, le droit à la preuve pouvant justifier la production d'éléments portant atteinte à d'autres droits à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi.

13. En l'espèce, pour déclarer irrecevables les pièces litigieuses, après avoir relevé que celles-ci constituent des transcriptions d'enregistrements clandestins des entretiens des 28 septembre et 7 octobre 2016, l'arrêt retient qu'ayant été obtenues par un procédé déloyal, elles doivent être écartées des débats.

14. En statuant ainsi, la cour d'appel, à qui il appartenait de procéder au contrôle de proportionnalité tel qu'énoncé au paragraphe 12, a violé les textes susvisés.

[...]

Portée et conséquences de la cassation

21. En application de l'article 624 du code de procédure civile, la cassation des dispositions de l'arrêt déclarant irrecevables les éléments de preuve obtenus par l'employeur au moyen d'enregistrements clandestins et écartant en conséquence les pièces litigieuses produites par celui-ci, entraîne la cassation des chefs de dispositif disant le licenciement sans cause réelle et sérieuse, condamnant la société ABS au paiement de diverses sommes, et ordonnant le remboursement à Pôle emploi des indemnités de chômage ainsi que la remise au salarié, sous astreinte, d'un certificat de travail et d'une attestation destinée à Pôle emploi.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déclare irrecevables les éléments de preuve obtenus par l'employeur au moyen d'enregistrements clandestins et écarte en conséquence les pièces numérotées 7.3, 7.3b, 7.5 et 7.5b produites par celui-ci, dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse, condamne la société Abaque bâtiment services à payer à M. [B] la somme de 15 000 euros à titre de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, 8 000 euros à titre de l'indemnité de préavis et 800 euros au titre des congés payés afférents, 1 536,89 euros au titre de la mise à pied conservatoire et 153,69 euros au titre des congés payés afférents et 3 166,67 euros au titre de l'indemnité conventionnelle de licenciement, avec intérêts au taux légal, ordonne en application de l'article L. 1235-4 du code du travail le remboursement à Pôle emploi des indemnités de chômage dans la limite de trois mois et ordonne de remettre au salarié, dans un délai de trente jours à compter de la signification du présent arrêt, un certificat de travail et une attestation destinée à Pôle emploi et ce, passé ce délai, sous astreinte de 15 euros par jour de retard et par document, et en ce qu'il déboute M. [B] de sa demande de rappels de salaire au titre des heures supplémentaires et congés payés afférents, l'arrêt rendu le 28 juillet 2020, entre les parties, par la cour d'appel d'Orléans ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Paris.

Document n° 7 : Cass. req., 3 août 1915

MOYEN DE CASSATION :

Violation des articles 544 et suiv. et 552 du code civil, des règles du droit de propriété, violation par fausse application des articles 1382 et suiv. du code civil, violation de l'article 7 de la loi du 20 Avril 1810, défaut de motifs et de base légale,

En ce que d'une part, l'arrêt attaqué a considéré comme un abus du droit de propriété le fait par un propriétaire de construire sur son terrain une clôture élevée, destinée à empêcher le propriétaire du fonds voisin de pénétrer chez lui ou de tirer de son fonds un usage quelconque destiné à rendre sa jouissance plus commode, sous le prétexte que cette construction avait été faite uniquement dans une intention malveillante, alors qu'un propriétaire a le droit absolu de construire sur son terrain tels ouvrages de défense ou de clôture qu'il lui plait pour éviter toute incursion sur son terrain, et qu'il ne peut y avoir abus de droit que si le propriétaire exécute chez lui, sans aucun profit pour lui même, un acte qui apporte un trouble au propriétaire du fonds voisin restant dans les limites de sa propriété, ce qui n'était aucunement le cas.

Et en ce que d'autre part, l'arrêt n'a rien répondu à la théorie de droit ainsi formulée dans le dispositif des conclusions d'appel. PAR CES MOTIFS et tous autres à produire, déduire ou suppléer, l'exposant conclut à ce qu'il plaise à la Cour de Cassation : Casser l'arrêt attaqué avec toutes les conséquences de droit.

LA COUR :

Sur le moyen de pourvoi pris de la violation des articles 544 et suivants, 552 et suivants du code civil, des règles du droit de propriété et plus spécialement du droit de clore, violation par fausse application des articles 1388 et suivants du code civil, violation de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, défaut de motifs et de base légale.

Attendu qu'il ressort de l'arrêt attaqué que Coquerel a installé sur son terrain attenant à celui de Clément-Bayard, des carcasses en bois de seize mètres de hauteur surmontées de tiges de fer pointues ; que le dispositif ne présentait pour

l'exploitation du terrain de Coquerel aucune utilité et n'avait été érigée que dans l'unique but de nuire à Clément-Bayard, sans d'ailleurs, à la hauteur à laquelle il avait été élevé, constituer au sens de l'article 647 du code civil, la clôture que le propriétaire est autorisé à construire pour la protection de ses intérêts légitimes ; que, dans cette situation des faits, l'arrêt a pu apprécier qu'il y avait eu par Coquerel abus de son droit et, d'une part, le condamner à la réparation du dommage causé à un ballon dirigeable de Clément-Bayard, d'autre part, ordonner l'enlèvement des tiges de fer surmontant les carcasses en bois.

Attendu que, sans contradiction, l'arrêt a pu refuser la destruction du surplus du dispositif dont la suppression était également réclamée, par le motif qu'il n'était pas démontré que ce dispositif eût jusqu'à présent causé du dommage à Clément-Bayard et dût nécessairement lui en causer dans l'avenir.

Attendu que l'arrêt trouve une base légale dans ces constatations ; que, dûment motivé, il n'a point, en statuant ainsi qu'il l'a fait, violé ou faussement appliqué les règles de droit ou les textes visés au moyen.

Par ces motifs, rejette la requête, condamne le demandeur à l'amende.

Document n° 8 : Cass. 2° civ., 15 juin 1988, n° 86-15.476

Sur le moyen unique, pris en ses trois branches :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué (Rennes, 18 avril 1986), rendu sur renvoi après cassation d'un précédent arrêt de cour d'appel, de l'avoir condamné à payer à Mme Y... des dommages-intérêts pour sanctionner son refus de délivrer à celle-ci une lettre de répudiation ou " gueth " en suite de leur divorce, alors que, d'une part, il n'appartiendrait pas aux juridictions civiles de se prononcer sur les conséquences du caractère indissoluble au plan religieux d'un lien matrimonial dissous par un divorce civil, qu'en décidant le contraire la cour d'appel aurait violé le principe de la séparation des Églises et de l'État, alors que, d'autre part, en déduisant l'abus de droit reproché à M. X... du seul fait que la non-délivrance du " gueth " restreindrait la liberté totale que Mme Y... était en droit d'attendre du divorce, la cour d'appel aurait dénaturé les conclusions de M. X... qui avaient soutenu que les époux n'étaient pas convenus, lors de la procédure de divorce par consentement mutuel, de dissoudre également le lien religieux qui les unissait, alors qu'enfin, en déduisant l'abus de droit de la seule impossibilité pour l'épouse de se remarier religieusement sans autrement caractériser en quoi cette situation - d'ailleurs bilatérale - aurait été intentionnellement recherchée par le mari dans le but de nuire à sa femme, la cour d'appel aurait violé l'article 1382 du Code civil ;

Mais attendu qu'après avoir exactement énoncé que si les motivations de la délivrance ou du refus de délivrance du " gueth " échappent à l'appréciation des juridictions civiles, il appartient cependant à celles-ci de déterminer si le refus de délivrance constitue un abus de droit de celui qui l'oppose, l'arrêt retient qu'en demandant le divorce en application de l'article 230 du Code civil, le mari comme la femme ont entendu dissoudre totalement leur mariage et qu'en refusant le " gueth " M. X... laisse subsister le seul lien religieux avec les conséquences qui en découlent et restreint la liberté totale que Mme Y... était en droit d'attendre du divorce ;

Que de ces énonciations, la cour d'appel a pu, sans violer le principe de la séparation des Églises et de l'État et hors de toute dénaturation, déduire que le comportement de M. X... constituait un abus de droit ;

Et attendu que la faute ainsi commise engageait la responsabilité de son auteur hors de toute intention de nuire ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

Document n° 9 : Articles 1100 et suivants du Code civil

Article 1100 :

« Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi.

Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui. »

Article 1100-1 :

« Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux.

Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats. »

Article 1100-2 :

« Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit.

Les obligations qui naissent d'un fait juridique sont régies, selon le cas, par le sous-titre relatif à la responsabilité extracontractuelle ou le sous-titre relatif aux autres sources d'obligations. »

Document n° 10 : Articles 6 et 9 du Code de procédure civile

Article 6 :

« À l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder. »

Article 9 :

« Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention. »

Document n° 11 : Articles 1353 et 1354 du Code civil

Article 1353 :

« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

Article 1354 :

« La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve.

Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée; elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée. »

Document n° 12 : Articles 1358 et suivants du Code civil

Article 1358 :

« Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen. »

Article 1359 :

« L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique.

Il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique.

Celui dont la créance excède le seuil mentionné au premier alinéa ne peut pas être dispensé de la preuve par écrit en restreignant sa demande.

Il en est de même de celui dont la demande, même inférieure à ce montant, porte sur le solde ou sur une partie d'une créance supérieure à ce montant. »

Article 1360 :

« Les règles prévues à l'article précédent reçoivent exception en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, s'il est d'usage de ne pas établir un écrit, ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure. »

Article 1361 :

« Il peut être suppléé à l'écrit par l'aveu judiciaire, le serment décisoire ou un commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve. »

Article 1362 :

« Constitue un commencement de preuve par écrit tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte ou de celui qu'il représente, rend vraisemblable ce qui est allégué.

Peuvent être considérés par le juge comme équivalant à un commencement de preuve par écrit les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution.

La mention d'un écrit authentique ou sous signature privée sur un registre public vaut commencement de preuve par écrit. »

Document n° 13 : Cass. 1^{re} civ., 15 juill. 1975, n° 74-12.965

Sur le premier moyen :

Vu l'article 102 du décret du 20 juillet 1972 ;

Attendu que dame X... ayant assigné les époux Y... en paiement du solde du prix d'une cession de clientèle, dame Y... a sollicité sa mise hors de cause ;

Que le tribunal a rejeté sa demande qu'elle a reprise en cause d'appel ;

Qu'en se bornant à confirmer le jugement entrepris sans justifier sur ce point sa décision, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

Et sur le deuxième moyen, pris en sa deuxième branche :

Vu l'article 1341 du code civil ;

Attendu qu'aux termes de ce texte il doit être passé acte devant notaire ou sous signatures privées de toutes choses excédant la somme ou la valeur de 50 francs ;

Attendu que veuve X... a cédé à Y... la clientèle du cabinet de comptable agréé exploité de son vivant par son mari, sans que cette cession, qui n'est pas contestée, ait fait l'objet d'un acte écrit ;

Que soutenant que le prix avait été fixé d'un commun accord à 33390 francs sur lequel elle aurait reçu seulement 9000 francs, dame X... a assigné les époux Y... en paiement de la différence ;

Que Y... a fait valoir que le prix était seulement de 18000 francs qu'il avait entièrement réglé ;

Que le tribunal a commis un expert à l'effet de rechercher les conventions ayant pu exister entre les parties et de donner, compte tenu des éléments de la cause et des usages de la profession, tous renseignements au tribunal lui permettant de fixer la valeur de cession de la clientèle ;

Que la cour d'appel a confirmé ce jugement au motif que « la présente contestation, découlant d'un contrat de vente reconnu par les parties, ne concerne que l'exécution d'une obligation de payer qui en découle et qui est seule discutée » ;

Qu'en statuant ainsi alors qu'il s'agissait pour la demanderesse de faire la preuve, non de l'inexécution d'une obligation non contestée, mais de l'existence même de celle-ci, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la première branche du moyen non plus que sur le troisième moyen : casse et annule l'arrêt rendu entre les parties le 27 avril 1974 par la cour d'appel de Paris.

Document n° 14 : Cass. 3^e civ., 17 avr. 1991, n° 89-15.898

Sur le premier moyen : *[non reproduit]*

Et sur le second moyen :

Vu l'article 1341 de Code civil ;

Attendu que pour déclarer M. X... propriétaire de la parcelle litigieuse, l'arrêt retient qu'aux termes de l'article 1341 du Code civil, il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes et que les déclarations et attestations produites par Mme Y... pour établir ses droits indivis sur le terrain sont en contradiction manifeste avec les énonciations figurant dans les actes produits par M. X... ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la défense de prouver par témoins contre et outre le contenu de l'acte ne concerne que les parties contractantes et non les tiers, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 février 1989, entre les parties, par la cour d'appel de Basse-Terre ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Fort-de-France

Document n° 15 : Cass. 3^e civ., 14 janv. 2014, n° 12-28.777

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Colmar, 23 mai 2012), que, soutenant qu'en 1999, alors qu'il exerçait une activité d'entrepreneur de gros-œuvre, sous l'enseigne Renovest, il avait exécuté des travaux pour son père M. Selim X... et que ses factures n'avaient pas été payées, M. Farouk X... l'a assigné en paiement de la somme de 110 246,08 euros ;

Sur le second moyen :

Vu l'article 1348 du code civil ;

Attendu que pour débouter M. Farouk X... de sa demande, l'arrêt retient qu'en se bornant à considérer que du fait qu'à l'époque supposée du contrat les relations familiales n'étaient pas conflictuelles et que la relation de confiance qui existait entre le père et le fils faisait obstacle à la rédaction d'un écrit, le premier Juge a insuffisamment caractérisé l'impossibilité matérielle ou morale visée par le texte, qu'à cet égard l'appelant ne soumet aucun élément nouveau, faisant seulement sienne pour l'approuver la motivation du jugement et qu'il s'évince du tout que la preuve du contrat ne peut être rapportée par tous moyens, de sorte que la discussion autour des pièces produites devant la Cour qui ne constituent pas des écrits au sens des articles 1341 et 1347, s'avère sans emport ;

Qu'en statuant ainsi, sans expliciter en quoi les relations familiales entre le fils et le père n'auraient pas constitué une impossibilité morale d'exiger un écrit, la cour d'appel, qui s'est prononcée par voie de simple affirmation, n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le premier moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 23 mai 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Colmar

Document n° 16 : Article 1363 du Code civil

Nul ne peut se constituer de titre à soi-même.

Document n° 17 : Cass. com., 8 mars 2005, n° 03-18.393

Attendu, selon l'arrêt déferé (Paris, 12 juin 2003), que la société Esso Saf ayant résilié les contrats la liant à la société Jacques X..., qui exploitait un fonds de commerce de station-service, appartenant à la première en vertu d'une concession accordée par la société Aéroports de Paris à Orly Sud, dans le cadre d'un mandat pour ce qui concerne la distribution de carburants et d'un contrat de location-gérance pour ce qui concerne les lubrifiants et articles divers, la société Jacques X... lui a demandé l'indemnisation des pertes d'exploitation ; que la société Esso a réclamé de son côté une créance de 63 359,67 euros ;

Sur le premier moyen : *[non reproduit]*

Et sur le second moyen :

Attendu que M. X... reproche encore à l'arrêt de l'avoir condamné en sa qualité de liquidateur de la société Jacques X..., solidairement avec le Crédit industriel et commercial à payer à la société Esso Saf la somme de 63 359,67 euros, alors, selon le moyen, que nul ne peut se constituer une preuve à soi-même ; qu'en se fondant, pour considérer comme prouvés l'existence et le montant de la créance invoquée par la société Esso Saf, sur des relevés émanant de cette société et corroborés par des factures, sans rechercher si, comme le soutenait M. Jacques X..., ces éléments de preuve n'avaient pas été établis unilatéralement par la seule société Esso Saf, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1315, alinéa 1er, du Code civil ;

Mais attendu qu'après avoir relevé que la société Esso Saf produisait trois relevés de compte précis et détaillés corroborés par des factures, l'arrêt constate que M. X... s'était borné à préciser au CIC, mis en demeure de régler en vertu de son engagement de caution, que la somme qui lui était due était "largement supérieure" à celle due à Esso puis, ensuite, à cette société elle-même, tandis qu'un décompte précis lui avait été adressé, qu'il n'y avait pas eu de reddition de compte contradictoire et qu'avaient été facturés des débits dont il ignorait la teneur, enfin qu'il se contentait d'indiquer à la cour d'appel qu'il faisait "les plus grandes réserves concernant le solde établi unilatéralement par la société Esso Saf dont elle devra rapporter la preuve", sans préciser pour autant ses points de désaccord ; qu'il relève encore que le CIC s'est contenté de revendiquer les effets de la compensation légale entre les créances ; qu'ainsi, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Document n° 18 : Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, n° 04-15.314

Sur le moyen unique :

Vu les articles 1341, 1347 et 1353 du Code civil ;

Attendu que sur opposition formée par M. X... à l'encontre de l'ordonnance lui enjoignant de payer la somme principale de 1065,04 euros à la société France Telecom, que celle-ci lui réclamait après résiliation d'un abonnement de services téléphoniques, le tribunal a condamné M. X... à payer ladite somme à la société France Telecom ;

Attendu que pour statuer ainsi, le tribunal retient que la société France Telecom produit un relevé informatique valant tant commencement de preuve par écrit de l'existence de l'obligation comme de son montant, que présomption du bien-fondé de la demande, et qu'en l'absence d'autres éléments objectifs permettant de combattre cette présomption, laquelle est confortée par d'autres éléments, il y a lieu d'accueillir cette demande ;

Qu'en se déterminant ainsi, alors qu'en l'absence d'écrit constatant l'abonnement, le relevé informatique émanant de la société France Telecom ne pouvait constituer un commencement de preuve par écrit de la créance litigieuse, de sorte que, faute d'un tel commencement de preuve par écrit, la preuve par présomptions de l'existence, comme du montant, de cette créance ne pouvait être admise, le tribunal a violé, par fausse application, les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, le jugement rendu le 18 septembre 2003, entre les parties, par le tribunal d'instance de Valenciennes ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit jugement et, pour être fait droit, les renvoie devant le tribunal d'instance de Douai ;