

**Travaux dirigés – Licence 1<sup>ère</sup> année**  
**Cours de M. le Professeur P.-Y. GAUTIER**  
**DROIT CIVIL – Introduction au droit civil**

**Distribution : Semaine du 6 au 10 novembre 2023**

**Séance : Semaine du 20 au 25 novembre 2023**

<b>Séance n°8 : L'influence des juridictions européennes sur le droit français</b>
--

**1/ L'influence sur le fond**

---

**Document 1** : CEDH, 3<sup>e</sup> sect., 22 novembre 2022, *D.B. et a. c/ Suisse*

**Document 2** : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 novembre 2020

**2/ L'influence sur la méthode**

---

**Document 3** : P.-Y. GAUTIER, « Du nouveau gouvernement des juges » (extraits)

**3/ Exercice : Dissertation**

---

Rédigez une dissertation sur le sujet : « **Que reste-t-il du principe de primauté de la loi ?** ».

## I/ L'influence sur le fond

**Document 1 : CEDH, 3<sup>e</sup> sect., 22 novembre 2022, D.B. et a. c/ Suisse** (n°58817/15 et n°58252/15 ; *Gaz. Pal.* 2022, n°39, p. 35, note C. BERLAUD ; *Droit de la famille* 2023, n°2, p. 43, com. V. EGÉA)

### INTRODUCTION

1. Les présentes requêtes concernent, d'une part, le refus des autorités suisses de reconnaître le lien de filiation entre le père d'intention et l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui (l'autre père, génétique, ayant quant à lui été reconnu) conformément au jugement et à l'acte de naissance californiens et, d'autre part, la durée de la procédure ayant abouti à l'établissement du lien de filiation. Sont en jeu l'article 8, ainsi que l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention.

### EN FAIT [...]

4. Les deux premiers requérants sont liés par un partenariat enregistré depuis le 11 février 2011.

5. En juillet 2010, ils conclurent un contrat de gestation pour autrui en Californie. Un embryon issu d'un ovule d'une donneuse anonyme et du sperme du deuxième requérant fut implanté dans l'utérus d'une mère porteuse. Une fois la grossesse confirmée, le tribunal californien rendit un jugement dans lequel il déclara que les deux hommes étaient les parents légaux de l'enfant à naître. [...]

8. Le 30 avril 2011, les requérants demandèrent en Suisse la reconnaissance de la décision américaine et la transcription du certificat dans le registre de l'état civil. [...]

14. Par arrêt du 21 mai 2015, le Tribunal fédéral admit le recours de l'OFJ et annula l'arrêt de la juridiction cantonale. Il releva notamment que la prohibition de toutes les formes de gestation pour autrui commandait une position rigide consistant à refuser de reconnaître le lien de filiation non génétique qui en résultait et à dire que le contournement manifeste de la loi conduisait à une violation de l'ordre public. Selon lui, nier une violation de l'ordre public aurait obligé les autorités d'application du droit à accepter comme un fait accompli un lien de filiation établi par une fraude à la loi, ce qui aurait encouragé le tourisme de procréation assistée et rendu largement inopérante l'interdiction nationale de la gestation pour autrui. [...] Il reconnut l'arrêt californien en ce qui concerne le lien de filiation entre l'enfant et son père génétique (le deuxième requérant), mais refusa la reconnaissance du lien constaté par la justice américaine entre l'enfant et le premier requérant. Selon lui, malgré la non-reconnaissance du lien de filiation entre le parent d'intention non génétique et l'enfant, la situation de ce dernier serait suffisamment protégée par le système juridique suisse et conforme au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. À cet égard, le Tribunal fédéral rappela que l'enfant vivait depuis toujours avec les deux premiers requérants, de sorte qu'ils formaient une communauté familiale protégée par l'article 8 de la Convention. [...]. Enfin, en cas d'empêchement du deuxième requérant, l'enfant n'aurait pas été privé de toute relation juridique avec le premier requérant, étant donné que la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe (loi sur le partenariat) accordait au premier requérant certains droits et devoirs d'assistance. [...]

SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION À RAISON DU REFUS DE RECONNAÎTRE LE LIEN DE FILIATION ENTRE D.B. ET M.B. [...]

### Appréciation de la Cour

a) Ingérence, base légale et but légitime

70. La Cour estime, s'agissant du cas d'espèce, qu'il n'y a pas de doute quant à l'existence d'une ingérence dans le droit au respect de la vie privée du troisième requérant. Elle est également prête à admettre qu'il y a eu une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la « vie familiale » de tous les requérants (Mennesson, précité, § 49), comme reconnu par le Tribunal fédéral (paragraphe 14 et 44 ci-dessus).

71. Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si, « prévue par la loi », elle poursuit l'un ou plusieurs des buts légitimes énoncés au second paragraphe de cette disposition et si elle est « nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre. La notion de « nécessité » implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime poursuivi (Mennesson, précité, § 50). [...]

73. La Cour rappelle qu'en Suisse, la gestation pour autrui est interdite. Elle estime dès lors que le refus de reconnaître le jugement américain concernant le lien de filiation entre le premier et le troisième requérant était prévu par la loi, au sens de l'article 8 § 2 de la Convention.

74. Le refus de la Suisse de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention procède de la volonté de décourager ses ressortissants à recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire, dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et la mère porteuse (Mennesson, précité, § 62). La Cour admet donc que le Gouvernement est fondé à dire que l'ingérence litigieuse visait deux des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 de la Convention : « la protection de la santé » et « la protection des droits et libertés d'autrui ».

#### b) Nécessité dans une société démocratique

75. Il reste à déterminer si cette ingérence était « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre ces buts, la notion de « nécessité » impliquant une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime poursuivi.

#### Les principes généraux pertinents

76. Dans l'arrêt Mennesson (précité ; voir aussi Labassee c. France, no 65941/11, 26 juin 2014), la Cour a examiné sous l'angle de l'article 8 de la Convention l'impossibilité pour deux filles nées en Californie d'une gestation pour autrui d'obtenir en France la reconnaissance de la filiation légalement établie aux États-Unis entre elles et le père biologique (§ 100 de l'arrêt).

77. La Cour a conclu à la violation du droit au respect de la vie privée des enfants. Pour parvenir à cette conclusion, elle a tout d'abord souligné que « le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation », et qu'« un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation » (§ 96 de l'arrêt). Elle a ajouté que « le droit au respect de la vie privée [des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui], qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouv[ait] significativement affecté [par la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre ces enfants et le père biologique] ». Elle en a déduit que se posait « une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant » (§§ 96 et 99 de l'arrêt Mennesson).

78. Elle s'est ensuite prononcée sur la question de la reconnaissance du lien de filiation entre les deux enfants et le père d'intention, qui était leur père biologique. Elle a jugé ce qui suit (§ 100 de l'arrêt) :

« Or non seulement le lien entre les [enfants] requérantes et leur père biologique n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (...). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des [enfants] requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation. »

79. Le 10 avril 2019, la Cour a rendu l'avis consultatif no P16-2018-001 (précité), dont le dispositif est libellé comme suit :

« 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. »

80. Plus généralement, la Cour a souligné dans l'avis consultatif que le choix des moyens à mettre en œuvre pour permettre la reconnaissance du lien enfant-parents d'intention tombait dans la marge d'appréciation des États. Elle a observé à cet égard qu'il n'y avait pas de consensus européen en la matière (lorsque l'établissement ou la reconnaissance du lien entre l'enfant et le parent d'intention est possible, leurs modalités variant d'un État à l'autre), et 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 (§ 51). [...]

Application des principes susmentionnés au cas d'espèce

α) Considérations communes à tous les requérants

84. Dans la présente affaire, il convient de noter que la situation des requérants diffère de la situation des requérants dans les affaires précitées. En l'espèce, l'enfant (le troisième requérant) est né à l'étranger d'une gestation pour autrui et issu de gamètes du père génétique (le deuxième requérant) et d'une tierce donneuse ; le lien de filiation entre celui-ci et le troisième requérant étant reconnu en droit interne. En revanche, et ceci constitue le critère distinctif principal de la présente affaire, les deux premiers requérants forment un couple de même sexe uni par un partenariat enregistré, alors que les parents requérants dans les affaires dirigées contre la France étaient des couples de sexes différents unis par un mariage. La Cour estime néanmoins que les principes élaborés dans les affaires précitées s'appliquent au cas d'espèce et plus précisément au lien de filiation entre le premier et le troisième requérant, et ce notamment pour les raisons qui suivent.

85. La Cour rappelle d'emblée que l'intérêt supérieur de l'enfant comprend inter alia 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 (avis consultatif no P16-2018-001, précité, § 42). Pour cette raison, le droit au respect de la vie privée de l'enfant requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et le parent d'intention (ibidem, dispositif, § 1). Dès lors, la marge d'appréciation des États est limitée s'agissant du principe même de l'établissement ou de la reconnaissance de la filiation (ibidem, §§ 44-46). La Cour estime également que l'intérêt de l'enfant ne peut pas dépendre de la seule orientation sexuelle des parents.

86. La Cour observe que l'un des arguments principaux que le Tribunal fédéral a retenu pour rejeter le recours des requérants était la contrariété, en droit suisse, de la gestation pour autrui avec l'ordre public. Or, elle considère que cette argumentation est certes pertinente, mais pas décisive en soi dans le cas d'espèce. Elle estime qu'il convient, du point de vue de la Convention, de faire abstraction du comportement éventuellement critiquable des parents de manière à permettre la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant, critère suprême dans de telles situations. [...]

β) Troisième requérant [...]

89. Dans ces circonstances, la Cour considère que le refus de reconnaître l'acte de naissance établi légalement à l'étranger concernant le lien de filiation entre le père d'intention (le premier requérant) et l'enfant, né aux États-Unis d'une gestation pour autrui, sans prévoir de modes alternatifs de reconnaissance dudit lien, ne poursuivait pas l'intérêt supérieur de l'enfant. En d'autres termes, l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre l'enfant et le premier requérant pendant un laps de temps significatif constitue une ingérence disproportionnée dans le droit du troisième requérant au respect de sa vie privée protégée par l'article 8. Il s'ensuit que la Suisse, dans les circonstances de la cause, a excédé sa marge d'appréciation en n'ayant pas prévu à temps, dans sa législation, une telle possibilité.

90. Partant, il y a eu violation du droit au respect de la vie privée du troisième requérant, au sens de l'article 8 de la Convention. [...]

γ) Premier et deuxième requérants

91. S'agissant du premier et du deuxième requérants, la Cour est appelée à vérifier si le refus de reconnaître l'acte de naissance établi à l'étranger, pour ce qui est du lien de filiation entre le premier requérant et l'enfant, est constitutif d'une violation de leur droit au respect de leur vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention.

92. La Cour rappelle que la gestation pour autrui à laquelle le premier et deuxième requérants ont eu recours pour créer une famille était contraire à l'ordre public suisse. Elle estime que la conclusion du Tribunal fédéral selon laquelle le fait d'avoir recouru à une gestation pour autrui en Californie afin de contourner l'interdiction prévalant en Suisse constituait une fraude à la loi juridiquement pertinente n'est ni arbitraire ni déraisonnable. De surcroît, le premier et le deuxième requérant n'allèguent pas avoir ignoré que le droit suisse prohibait la gestation pour autrui et, par leur manière de procéder, ils ont mis les autorités compétentes devant un fait accompli.

93. Par ailleurs, la Cour estime que la non-reconnaissance par les autorités suisses de l'acte de naissance n'a, en pratique, pas affecté la jouissance de leur vie familiale de manière significative. [...]

94. Compte tenu de ce qui précède, il n'y a pas eu violation du droit au respect de la vie familiale des premier et deuxième requérants. [...]

**Document 2 : Cass. Civ. 1ère, 18 novembre 2020** (n°19-50.043, *Bull. civ.* p. 275 ; *RTD civ.* 2021, p. 115, A.-M. LEROYER)

Faits et procédure

3. Selon l'arrêt attaqué (Rennes, 13 mai 2019), aux termes de son acte de naissance étranger, J... A...-N... est né le [...] à Kamloops (Colombie britannique, Canada), ayant pour parents M. A... et M. N..., tous deux de nationalité française. Les deux hommes ont eu recours à une convention de gestation pour autrui au Canada.

4. Le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nantes s'étant opposé à leur demande de transcription de l'acte de naissance sur les registres de l'état civil consulaire, MM. A... et N... l'ont assigné à cette fin. [...]

Réponse de la Cour

Vu les articles 3, § 1, de la Convention de New-York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 47 du code civil :

7. Aux termes de l'article 3, § 1, de la Convention de New-York du 20 novembre 1989, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

8. 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.

9. Aux termes de l'article 47 du code civil, tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.

10. Il se déduit du deuxième de ces textes, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme (avis consultatif du 10 avril 2019), 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'Etat 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 (Ass. plén., 4 octobre 2019, pourvoi n° 10-19.053, publié, paragraphe 6).

11. Le raisonnement n'a pas lieu d'être différent lorsque c'est un homme qui est désigné dans l'acte de naissance étranger comme « parent d'intention ».

12. La jurisprudence de la Cour de cassation (1re Civ., 5 juillet 2017, pourvois n° 15-28.597, Bull. 2017, I, n° 163, n° 16-16.901 et 16-50.025, Bull. 2017, I, n° 164 et n° 16-16.455, Bull. 2017, I, n° 165) qui, en présence d'un vide juridique et dans une recherche d'équilibre entre l'interdit d'ordre public de la gestation pour autrui et l'intérêt supérieur de l'enfant, a refusé, au visa de l'article 47 du code civil, la transcription totale des actes de naissance étrangers des enfants en considération, notamment, de l'absence de disproportion de l'atteinte portée au droit au respect de leur vie privée dès lors que la voie de l'adoption était ouverte à l'époux ou l'épouse du père biologique, ne peut trouver application lorsque l'introduction d'une procédure d'adoption s'avère impossible ou inadaptée à la situation des intéressés.

13. Ainsi, dans l'arrêt précité, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a admis, au regard des impératifs susvisés et des circonstances de l'espèce, la transcription d'actes de naissance étrangers d'enfants nés à l'issue d'une convention de gestation pour autrui, qui désignaient le père biologique et la mère d'intention.

14. Les mêmes impératifs et la nécessité d'unifier le traitement des situations ont conduit à une évolution de la jurisprudence en ce sens qu'en présence d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation, ni la circonstance que l'enfant soit né à l'issue d'une convention de gestation pour autrui ni celle que cet acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme comme père ne constituent des obstacles à la transcription de l'acte sur les registres de l'état civil, lorsque celui-ci est probant au sens de l'article 47 du code civil (1re Civ., 18 décembre 2019, pourvoi n° 18-12.327, publié, et 1re Civ., 18 décembre 2019, pourvoi n° 18-11.815, publié).

15. Pour ordonner la transcription partielle de l'acte de naissance de J... et rejeter la demande en ce que cet acte désigne M. N... en qualité de parent, l'arrêt retient que la désignation de celui-ci ne peut correspondre à la réalité biologique, ce dont il résulte que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité, et que la transcription partielle ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant, au regard du but légitime poursuivi, dès lors que l'accueil de l'enfant au sein du foyer constitué par son père et son compagnon n'est pas remis en cause par les autorités françaises et que ce dernier aura la possibilité de créer un lien de filiation avec l'enfant par un biais autre que la transcription, n'étant pas établi que la voie de l'adoption serait fermée au motif qu'il figure dans l'acte de naissance comme parent.

16. En statuant ainsi, alors que, saisie d'une demande de transcription d'un acte de l'état civil étranger, elle constatait que celui-ci était régulier, exempt de fraude et avait été établi conformément au droit de l'Etat de Colombie Britannique, la cour d'appel a violé les textes susvisés. [...]

PAR CES MOTIFS [...]

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il rejette la demande de M. N... tendant à la transcription, sur les registres de l'état civil, de l'acte de naissance de J... A...-N..., né le [...] à Kamloops, BC (Colombie Britannique, Canada), s'agissant de sa désignation comme parent de l'enfant, l'arrêt rendu le 13 mai 2019, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ;

## II/ L'influence sur la méthode

**Document 3 : P.-Y. GAUTIER, « Du nouveau gouvernement des juges », in *Mélanges en l'honneur de Mme le Professeur A. Batteur*, Paris, LGDJ, 2021, p. 55 (extraits)**

de leur ressort, pour être obéis comme des lois<sup>2</sup>. Ces arrêts étaient rendus à l'occasion d'un procès et si la Cour estimait que la question était de principe, les magistrats revêtaient alors leur robe rouge (« arrêts de robe rouge ») et déclaraient généraliser les principes applicables au cas traité<sup>3</sup>.

La Révolution n'en a plus voulu, pas plus que Portalis et ses amis : la loi, norme générale et impersonnelle, procède du pouvoir législatif et de lui seul.

3. L'article 5 du Code civil, qui est inchangé depuis 1804, dispose qu'il « est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Comme l'écrit un auteur, il « affranchit le justiciable de l'impérialisme jurisprudentiel »<sup>4</sup>.

La Cour de cassation ne s'en est jamais écartée, alors qu'elle a rendu depuis lors des milliers d'arrêts de principe, c'est-à-dire qui peuvent être utilisés par d'autres juges pour leur propre raisonnement, dans des affaires similaires, mais rien de plus, chacun, y compris au plus modeste échelon, conservant sa liberté intellectuelle quant à l'affaire à juger<sup>5</sup>. Même lorsqu'elle entend imposer une « politique jurisprudentielle » sur tel ou tel point et faire des choix, les juges du fond conservent leur libre arbitre et elle ne s'interdit pas elle-même d'évoluer<sup>6</sup>.

4. Hélas, ce texte ne dispose que pour le droit français et n'a aucune portée juridique à l'échelon supranational, tout particulièrement à l'endroit des deux cours suprêmes européennes, la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation, par crainte d'être désavouée par celles-ci, ce dont elles ne se sont pas privées, à de très nombreuses reprises, tend à emprunter leur méthode et revenir, sous leur couvert, sur cette prohibition séculaire<sup>7</sup>.

5. « Les parlements de l'ancien régime (cours d'appel) se reconnaissaient le droit de juger en équité, de s'écarter dans leurs jugements de la rigueur de la loi, quoique sa décision soit claire et précise, lorsque de justes raisons paraissaient l'exiger »<sup>8</sup>. Eh bien, on a tout l'air d'y faire retour aujourd'hui<sup>9</sup>.

2. V. Ch. Beudant, *Cours de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., par son fils Robert et P. Lerebours-Pigeonnière, A. Rousseau, t. I par Ch. Bédouin-Lagarde, n° 48 : « Ils étaient à la fois des jugements et des lois : des jugements pour la cause sur laquelle ils statuaient, des lois pour les cas analogues dans l'avenir » ; v. également B. Beignier, *Droits* n° 9, 1989, p. 45 et s.

3. Fr. Olivier-Martin, *Histoire du droit français*, Domat-Montchrestien, 1948, n° 400.

4. B. Beignier, *op. cit.*, p. 53.

5. Sur la distinction entre arrêts de règlement et de principe : F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2020, n° 370-372.

6. V. G. Canivet et N. Molfessis, « La politique jurisprudentielle », *Mélanges J. Boré*, Dalloz, 2007, p. 80-81.

7. Rapp. Chr. Jamin, « L'idéologie des juges », *JCP G* 2021, p. 133 : « désormais, c'est la loi que le juge sanctionne ».

8. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., LexisNexis, v. « Dieu nous garde de l'équité des parlements ».

9. Comp. L. Cadet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, 2020, n° 72.

### Du nouveau gouvernement des juges

Pierre-Yves GAUTIER

Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

1. Le sujet de cette contribution m'est venu, au regard de la personnalité de la dédicataire du présent volume : le professeur Annick Batteur a toujours entretenu des liens privilégiés avec les autorités judiciaires de Basse-Normandie, par ses fonctions variées, son décanat n'ayant pas été le moindre ; une région féconde en liens puissants entre la Faculté de droit de Caen et le Palais, qu'on pense aux Demolombe et autres Guillaud, ou encore à Charlotte Béquignon-Lagarde, la première femme agrégée, puis à la Cour de cassation.

Également, par le fait que sa philosophie du droit et de la vie, en général, est empreinte d'humanisme et de grande tolérance : sur telle ou telle évolution majeure, voire révolutionnaire du droit civil, « pourquoi pas ? » nous suggère-t-elle. Je l'ai rarement vue heurtée, sauf lorsque l'innovation réelle ou supposée déboucherait sur une injustice.

D'un autre côté, c'est une juriste de mesure, elle ne goûte pas ce qui est extrême ou radical ; j'ai eu le privilège de pouvoir le vérifier à de nombreuses reprises, y compris aux deux étapes essentielles de sa carrière, thèse et concours d'agrégation, ayant été de ses deux jurys successifs, en compagnie de Gérard Cornu, puis de Philippe Malaurie – elle pouvait avoir de pires mentors.

2. Il s'agit ici de vérifier si dans l'équilibre des pouvoirs, auxquels ces deux derniers auteurs ont précisément manifesté un attachement viscéral, le juge contemporain n'irait pas trop loin, dans une ivresse de pouvoir créatif et une radicalité, à l'opposé de la mesure de notre amie.

On sait que l'expression « gouvernement des juges » provient en France d'une étude d'Édouard Lambert sur la Cour suprême des États-Unis. Il se définit comme la supériorité normative voulue par le pouvoir juridictionnel, au sein d'un ordre constitué<sup>1</sup>.

Les arrêts de règlement en constituent le bras armé : on se souvient que les parlements de l'ancien droit s'étaient arrogé le pouvoir de rendre des arrêts portant sur des questions de droit général, qui étaient ensuite envoyés aux tribunaux

1. V. M. Troper et O. Piérsman, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, éd. Sorbonne 2001, p. 44 : « situation où des juges exercent en dehors de leurs attributions des compétences caractérisant habituellement des gouvernants ».

Nous voici dans le gouvernement des juges. Comment une telle aberration, non républicaine, encore moins légaliste, est-elle possible ? Un juge qui refuse d'appliquer la loi ! Grâce au droit supranational : droits fondamentaux, dans l'ordre du Conseil de l'Europe ; droit de l'Union européenne, dans l'autre ordre, c'est parfaitement licite.

Par l'invocation générique de textes, mais surtout par l'interprétation créatrice radicale que mènent la CEDH et la CJUE depuis un certain temps<sup>12</sup>.

On voit ainsi et c'est vertigineux, se dessiner deux gouvernements des juges : 1) le plus puissant, sans voie de recours possible, puisqu'il n'y a personne au-dessus d'elles, celui des cours suprêmes européennes 2) au-dessous, mais exerçant elle-même une férule sur les juges du fond, la Cour de cassation.

Livrons-en trois exemples, puis évoquons les points faibles considérables de cette méthode, qui devraient en raison conduite à son abandon au plus tôt : les cours européennes font ce qu'elles veulent, le juge français, statuant au nom du peuple français, doit faire ce à quoi il est tenu devant la Nation.

8. Tout d'abord, *la prescription* : ce mécanisme, consistant à éteindre au bout d'un certain temps la faculté d'agir en justice attachée à un droit, est un des piliers de notre ordre juridique, dans toutes ses branches ; négligence du titulaire du droit, dépréssissement des preuves, paix sociale, les fondements se combinent et ont traversé les millénaires. La CEDH elle-même n'a rien trouvé à y redire. Pourtant, dans une matière où la dédicataire de ce volume excelle, le droit de la famille, la Cour de cassation, procédant par surenchère et excès de zèle, a par arrêt du 21 novembre 2018 censuré une décision ayant opposé la prescription énoncée par l'article 321 du Code civil dans un dossier de filiation où l'intéressé avait attendu 29 ans après sa majorité, pour agir en justice afin de détruire l'une et obtenir l'autre<sup>13</sup>.

9. La propriété intellectuelle, ensuite : la Cour de cassation oblige désormais, de plus en plus fréquemment, les juges du fond à appliquer le « contrôle de proportionnalité » dans des cas où un défendeur est pourant en état manifeste de contrefaçon ou de violation du droit moral de l'auteur, au regard du Code de la propriété intellectuelle et où cependant, sa planche de salut consiste à invoquer principalement l'article 10 de la Convention EDH sur la liberté d'expression, déclinée en « création », « communication », etc.<sup>14</sup>

12. Rapp. Ph. Malinvaud, « Le pouvoir judiciaire au XXI<sup>e</sup> siècle », *Mélanges M. Grimaldi*, LGDJ, 2020, p. 441 et s.

13. Chron. L. Manger-Vielpeau, *D.* 2019, 64, avec les obs. et 207 ; v. également Cass. soc., 3 avr. 2019, *D.* 2019, note I. Ta ; *RTD civ.* 2019, p. 586, obs. H. Barbier, qui met le délai butoir de C. civ., art. 2232 (vingt ans) sous le contrôle de proportionnalité, comme devant être « interprété à la lumière de l'art. 6-1<sup>er</sup> » ; Conv. EDH sur le procès équitable. *Contra* : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> oct. 2020, *D.* 2020, avis Ph. Brun, note P.-Y. Gautier ; *JCP G* 2020, n° 1168, note J.-D. Pellier (au sujet du même délai butoir, pour la garantie des vices cachés).

14. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 15 mai 2015, *D.* 2015, 1672, note A. Bensamoun et P. Sirinelli (auteur « appropriationniste » qui s'est servi sans autorisation de l'œuvre d'autrui pour établir la sienne) ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 22 juin 2017, *D.* 2017, p. 1955, note Ph. Malaurie (metteur en scène qui change la fin, à son goût, de la pièce-opéra *Dialogues des Carmélites*) ; la Cour de renvoi s'est docilement inclinée : *CA Versailles*, 30 nov. 2018, *Dalloz IP/IT* 2019, p. 101, note P.-Y. Gautier.

Nous jouissons pourtant d'une double démocratie : en France, de longue date ; et dans les deux ordres juridiques auxquels notre pays est intégré, Union européenne et Conseil de l'Europe.

Le paradoxe est que de nouvelles tyrannies se font jour. Un tyran n'est pas forcément un despote, c'est celui (étym. tyrannos, le maître), qui exerce un pouvoir absolu et sans contrôle sur les citoyens<sup>10</sup>.

Qui sont nos nouveaux tyrans ? Ceux-là mêmes qui ne sont plus les politiques, à la tête de la Cité, mais les juges, à son service. Telle est la nouveauté, l'extension de ces modernes tyrannies : ce sont les juges supranationaux (I) et les autorités administratives indépendantes (II).

### I. TYRANNIE DES JUGES SUPRANATIONAUX

On la décrira à travers un de ses instruments privilégiés, le contrôle de proportionnalité (A) ; puis l'on verra en quoi ceci relève d'un nouveau gouvernement des juges et quels remèdes y apporter (B). À l'occasion de cette étude, on vérifiera que c'est la Cour de cassation elle-même qui se trouve en pleine mutation.

#### A. Contrôle de proportionnalité

6. Cette méthode, de plus en plus utilisée, consiste à délaissier le syllogisme juridique, pourant à la base de tout raisonnement, spécialement judiciaire – rechercher la règle de droit appropriée, eu égard aux faits de l'espèce, pour en tirer la solution – au profit d'une pesée des intérêts respectifs des justiciables ; celui qui paraît au juge, selon son sentiment et l'éclat des droits fondamentaux en présence, le plus lourd, l'emporte, alors même que la légalité syllogistique conduirait à la solution contraire. Dans le contrôle de proportionnalité, ce qui est frappant est que le gagnant peut parfaitement être le plaideur qui se trouve dans l'illégalité (souvent en défense), ou dont le droit est fragile, ou éteint (souvent en demande)<sup>11</sup>.

7. Refuser le syllogisme, c'est refuser l'application de la loi, l'écartier et forger une *décision qui constituera la loi* des plaideurs concernés. Sachant que lorsque c'est une Cour suprême qui s'exprime, l'arrêt rendu aura valeur de précédent pratiquement obligatoire pour les juridictions saisies plus tard de cas analogues. Et ce qui rendra très hypothétiques de possibles revirements de jurisprudences ultérieures.

10. V. J.-L. Labarrière, « Tyrannie et despotisme » in Ph. Raynaud et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, coll. « Quadrige », 2003.

11. Sur tous ces points : v. « Eloge du syllogisme », *JCP G* 2015, n° 902 ; « Contre la balance des intérêts », *D.* 2015, 2189 ; pour sa piquante origine historique française : v. la contribution sur « François Gény, Science et technique en droit positif », *Revue de droit d'Assas* 2019, n° 18, p. 116. V. égal. G. Drago, « Constitutionnalité et proportionnalité », *Mélanges M. Verpeaux*, Dalloz 2020, p. 244-248.

Elle ne fait que se conformer à la position de la CJUE et de la CEDH, lesquelles, sous couvert de la primauté du droit supranational, lui insufflent de plus en plus leur philosophie ultralibérale et lui livrent désormais, de façon catégorique – des méthodes impératives d'interprétation – prélude de l'arrêt de règlement – des normes européennes<sup>15</sup>.

10. Enfin, le *secret professionnel* : certaines corporations ont vocation à être en charge d'informations confidentielles touchant leur clientèle : avocats, notaires, médecins ; pendant longtemps, ce secret a été considéré comme absolu ; puis les droits fondamentaux et le contrôle de proportionnalité sont intervenus ; désormais, dès lors que l'atteinte au secret peut être commodément et sans gêne de motivation tenue par le juge pour « nécessaire », « indispensable », aux droits professionnels de la partie qui réclame sa levée partielle ou totale, le secret, d'absolu, est en vérité devenu relatif<sup>16</sup>.

11. Synthétisons, maintenant : quels sont les *critères* d'application du contrôle de proportionnalité par rapport au syllogisme ? Lequel n'est pas entièrement abandonné à cette heure, ce qui est heureux, autrement, ce serait le chaos et le retour intégral à « l'équité des parlements » de l'ancien régime ; ou bien, plus proches de nous, aux dérèglements du « bon juge Magnaud » que le même Gény avait condamnés en son temps<sup>17</sup>. Ainsi que Klimrath le martelait, il ne saurait y avoir d'équité que fondée sur l'histoire du droit et les usages, pas sur la subjectivité du juge, ou les pressions du jour<sup>18</sup>. Le chancelier Daguesseau l'avait anticipé et dénoncé de longue date, dans un propos d'une actualité brillante, notamment supranationale : « Combien voyons-nous de magistrats errer continuellement au gré de leur inconstance, changer tous les jours de principes et faire naître de chaque fait autant de maximes différentes ? Auteurs de nouveaux systèmes, les

15. V. par ex. CJUE, 29 juill. 2019, 3<sup>e</sup> esp., *RTD eur.* 2019, 927, obs. E. Treppoz ; *RTD com.* 2020, p. 53 et s., obs. F. Pollaud-Dulian, qui jonglent avec les méthodes d'interprétation du droit, présentées par la Cour comme impératives pour le juge national, panachées avec la balance des intérêts, et imposent la prise en considération des droits fondamentaux des usagers-consommateurs, pour l'utilisation des premières. Ces trois arrêts sont un symbole inquiétant de notre tournant normatif : visa dans un des arrêts de près d'une cinquantaine de précédents (que personne n'ira lire), pour assurer la cohérence hypothétique de la position juridique de la décision, édicton de définitions rigides, toujours à destination des juridictions des États membres, de limitations au droit de propriété, visa de principes généraux, de la jurisprudence de la CEDH, de textes de la charte UE, etc. Le gouvernement des juges, jusqu'à plus soif...

16. V. par ex. au sujet du banquier : Cass. com., 15 mai 2019, *D.* 2019, 1595, note H. Michelin-Bracher ; *JCPG* 2019, n° 642, note Th. Bonneau (banquier tenu de communiquer des informations confidentielles relatives à l'endossement d'un chèque). À qui le tour ? Le paradoxe est que parallèlement, l'autorité normative tend au contraire à protéger les secrets : v. C. com., art. L. 151-1 et s. Ne sont-ce alors juste que des mots ? Ou le signe d'un complet renversement des sources : le juge en premier, la loi après.

17. V. l'art. préc. sur François Gény, *ibid.*, texte et réf.  
18. H. Klimrath, *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil*, Levrault, 1833, p. 20-21 : « Hors de l'équité historique, il n'y a qu'incertitude, caprice et arbitraire ».

créer et les anéantir avec la même facilité ; aimer le vrai et le faux alternativement ; quelquefois justes sans mérite et plus souvent injustes, par légèreté »<sup>19</sup>.

La Cour de cassation fait application de la prescription dans telle affaire, mais l'écarte dans telle autre, sur quels critères ? Elle considère que le droit moral de l'auteur au respect de son œuvre est applicable dans un cas et dans un autre, l'écarte, sur quels critères ? Que le secret professionnel est opposable dans un dossier, qu'il ne l'est point dans l'autre, sur quels critères ?

En vérité, on n'en a pas idée et c'est là le problème majeur de la balance des intérêts : la casuistique judiciaire, tel est un des effets pervers du gouvernement des juges.

Le critère n'est certainement pas le caractère « indispensable » de la mise à l'écart de telle norme, pour sauvegarder tel droit supposé fondamental, rien de plus vague ; alors qu'il est un prétexte pour ne pas appliquer la règle de droit écrit, obligatoire pour tous, juge et justiciables.

Sachant qu'en toute hypothèse, ce faux critère de la nécessité est si subjectif qu'un juge peut le considérer comme rempli, tandis qu'un autre, dans un cas voisin ou identique, estimera qu'il ne l'est point.

12. Dans l'exercice du syllogisme et au sein de la motivation même de la décision de justice, il y a un minimum de contrôle possible sur l'application qui est faite d'une règle écrite préexistante, par les procédés d'interprétation qui existent depuis la promulgation des codes. C'est précisément ainsi que la Cour de cassation exerce son contrôle sur les juges du fond, depuis sa création.

Lorsqu'un juge se prononce en équité, « met en balance » des droits fondamentaux et y est invité par les deux cours suprêmes européennes, quel contrôle exercer sur sa décision ?

Si l'on reprend l'arrêt sur la prescription, qui annule une décision ayant fait application d'un texte de loi, l'article 321 du Code civil précité, qu'est-ce qui peut justifier en droit que les intérêts du demandeur triomphent sur ceux des défendeurs, puisque la règle de droit, prescription, est écartée, au profit de données humaines, toutes réversibles ? Établir sa filiation près de 30 ans après sa majorité, d'un côté, dans une optique manifestement successorale ; refuser celle-ci, de l'autre, pour éviter un bouleversement extrapatrimonial et patrimonial des deux familles concernées, de l'autre côté. Puisqu'il n'y a plus la règle de droit écrit pour trancher le conflit d'intérêts, ce nouveau gouvernement des juges se fonde alors sur le sentiment du moment de ceux qui siègent et ont désormais ce pouvoir incroyable de mépriser la loi, pourtant votée par nos délégués. C'est une révolution normative, en même temps qu'une régression inédite dans notre histoire juridique. Comme l'a écrit un auteur, le juge devient alors, en dépit de la séparation des pouvoirs, une autorité « quasi-législative par la réécriture des lois au nom du contrôle de proportionnalité »<sup>20</sup>.

19. H.-F. Daguesseau, VII<sup>e</sup> Mercuriaire, prononcée à la Saint-Martin 1704, « De l'esprit et de la science », in *Œuvres complètes*, t. I, Éditeurs associés, 1759, p. 115.

20. S. Guinchard, « L'instrumentalisation du contrôle de proportionnalité dans le débat sur la place de l'autorité judiciaire dans nos institutions », *Mélanges B. Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 617.

13. C'est ainsi pour tous les mécanismes qui passent sous la férule de la balance, bien sûr, le domaine de prédilection du professeur Batteur, le droit des personnes et de la famille, en révolution jurisprudentielle permanente depuis quelques années, le législateur étant à la peine pour pratiquement tout entretenir, sous l'influence des groupes de pression, des réseaux sociaux et de la presse. Et c'est en passe de toucher tous les autres domaines du droit civil.

14. Ce gouvernement des juges est loin de se limiter au contrôle de proportionnalité : même lorsqu'elles procèdent à un syllogisme « classique », les cours suprêmes en Europe ont de plus en plus tendance à rendre des arrêts gravés dans le marbre : d'où les exigences renouvelées de la motivation, du langage employé, des documents para-juridictionnels (rapports, avis, commentaires par la juridiction elle-même, etc.)

Il faut par exemple voir qu'une motivation étoffée, gorgée de références à des précédents jurisprudentiels, expliquant dans le détail le raisonnement du juge, etc., rétrécit d'autant l'application simple et concise d'un texte de loi.

C'est donc un mouvement massif et préoccupant, qui nous rapproche de plus en plus de la *common law*.

## B. Gouvernement des juges, portant arrêts de règlement

15. Écoutons une spécialiste se poser la question de la légitimité de la puissance contemporaine du juge, capable de terrasser la loi : « L'indépendance du juge et sa compétence technique lui permettent-elles de juger l'expression de la volonté nationale ? Si le juge s'assure que le législateur n'exécute pas ses pouvoirs, qui pourra s'assurer que le juge ne tombe pas dans les mêmes abus ? »<sup>21</sup> Tout est dit.

C'est ici qu'on peut relire Portalis, présentant en l'an XII le nouvel article 5 du Code civil, avec sa sagesse proverbiale : « Les juges sont à certains égards associés à l'esprit de législation ; mais ils ne peuvent partager le pouvoir législatif ; ils ne peuvent donc, dans leurs jugements, se permettre aucune disposition réglementaire »<sup>22</sup>. C'est très exactement le contraire que l'on fait de nos jours.

On peut encore se référer aux propos prémonitoires d'un haut magistrat de la Cour de cassation, Dupin aîné, qui fut son Procureur général : le juge ne saurait se substituer à la loi, *par des interprétations abstraites et générales... pour juger contre le texte de la loi*... Si l'on réfléchit à la variété des opinions et à l'incertitude des jugements humains, on ne peut qu'être effrayé de l'arbitraire qui peut s'emparer des esprits, quand ils ne sont plus contenus par une règle précise... La première règle est de ne point mettre une prétendue équité à la place de la loi écrite, lorsque celle-ci est claire. « Le devoir du juge est alors, non de juger la loi, mais de juger conformément à ses dispositions. Elle ne serait plus loi, si la volonté de l'homme pouvait arbitrairement se substituer à celle du législateur »<sup>23</sup>.

21. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2019, n° 105.

22. Loaré, Treuttel et Würtz 1827, T. 1, p. 417.

23. A.-M. Dupin, *Notions élémentaires sur la justice, le droit et les lois*, Baudouin, 1827, p. 163, 231-232 ; l'auteur cite une sentence frappante de Bacon, à méditer par nos juges

C'est exactement cela : « Le devoir du juge n'est pas de juger la loi », c'est simple et clair.

Également « être contenu par une règle précise », alors que rien de plus flou que les méthodes de création jurisprudentielle du droit, au tout premier chef, la balance des intérêts.

Pourtant, c'est ce que font désormais presque en permanence les deux juges supranationaux : « Les juges européens sont certainement des juges qui gouvernent... Ils ne déterminent pas seulement le sens des normes qu'ils sont chargés d'appliquer, mais encore les normes elles-mêmes, qu'il s'agit ensuite d'interpréter »<sup>24</sup>.

16. Ainsi, nos plus solides traditions juridiques se trouvent entièrement méconnues, aujourd'hui, du fait de l'emprise des cours supranationales, devant lesquelles la loi interne elle-même est contrainte de s'incliner : à chaque censure d'un de nos textes, son abrogation ou sa substitution par une loi nouvelle et conforme ; et un alignement de la Cour de cassation<sup>25</sup>.

Est-ce tenir un discours conservateur — une des critiques les plus faciles faites à la doctrine française — nostalgique d'un glorieux passé désormais révolu ? Oui et non : le droit, par essence, est le fruit de l'expérience du passé. En Europe, il est d'une richesse inouïe, de Gaius à Planiol, tant de génies ont commencé de penser pour nous, les strates intellectuelles se sont succédé et combiné, sans discontinuer. Pour quelle raison jeter tout cela aux oubliettes, au profit d'un gouvernement des juges, statuant « à la carte » ? C'est inimaginable. *Quand comprendra-t-on que la modernité du droit continental est précisément son ancienneté et sa tradition ?* Annick Bateur a évolué toute sa vie, en tant qu'étudiante, puis professeur, dans une Université très moderne, mais où s'enseignent en même temps la Coutume de Normandie (encore utilisée dans les îles anglo-normandes), le droit romain, où brillent des Centres de recherche réputés. Les professionnels du droit qui y ont été formés le savent, en profitent, avancent dans leurs carrières, dans l'intérêt des clients et des justiciables. Tout cela s'est construit avec le temps et ne saurait disparaître parce que la supposée modernité du XXI<sup>e</sup> siècle l'exigerait.

17. Des auteurs importants ont cependant considéré qu'il ne faudrait pas se voiler la face et que dans un exercice — toujours sain — de réalisme juridique, on devrait admettre que le gouvernement des juges, sans appréciation péjorative, est inhérent à la fonction juridictionnelle, qui consiste à créer du droit, sous couvert d'interpréter la loi ; il ne s'agirait pas tant de connaître la loi, que d'émettre un acte de volonté, le juge et le législateur ayant au fond de nombreux points communs, dans leur activité normative ; le nier serait continuer d'alimenter une

contemporains : « *optima est lex quae minimum relinquat arbitrio iudicis, optimus iudex qui minimis sibi* », la meilleure loi est celle qui laisse le moins de place à l'arbitraire du juge, le meilleur juge est celui qui s'en permet le moins.

24. E. Picard, in *Gouvernement des juges et démocratie* préc., p. 219 et s., qui manifeste cependant une certaine mansuétude, à partir du moment où la séparation des pouvoirs serait seulement un principe français.

25. Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, n° 280-284.

19. Un des effets pervers de ce gouvernement des juges est encore qu'il étouffe et rend très rare le *revirement de jurisprudence*, c'est-à-dire l'hypothèse où dans un arrêt postérieur, le même juge changerait d'avis, parce que la composition de la juridiction a changé, que de nouveaux avocats ont été plus convainquants, qu'ils ont ajouté des arguments, etc.<sup>34</sup> C'est de la sociologie judiciaire pure et simple. Cependant, si on lit les arrêts de la CEDH et de la CJUE, en craignant fortement que la Cour de cassation leur emboîte le pas, on voit qu'avec leur système du visa des précédents, elles s'efforcent à assurer une supposée continuité des principes qu'elles ont décrétés de façon générale, sans les remettre en cause<sup>35</sup>. Et surtout, sans se soucier de leur cohérence. Avec un tel nombre et une telle variété : ce serait mission impossible, de toute façon.

31. Th. Delpuech et al., *op. cit.*, p. 202.  
32. Qu'on envisage en particulier toute la construction jurisprudentielle à partir des art. 8 et 10, Conv. EDH.  
33. V. la charge d'A. Sériaux, « Le juge au miroir, l'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », *Mélanges Chr. Mouly*, t. 1, Litec, 1998, spéc. p. 176-179, dénonçant le « juge soucieux de s'afficher et un législateur qui ne gouverne plus », le premier « dit le droit pour tous et pour toujours » jusqu'au prochain changement de jurisprudence et finit par constituer un « ordre juridique opposable *erga omnes* » ; dans le même sens : Th. Revet, « La jurisprudence », *Mélanges Ph. Malaurie*, LGDJ-Defrénois, 2005, spéc. p. 390 : « dans un système de séparation des pouvoirs, la compétence législative n'entre pas et ne peut pas entrer dans l'office du juge... », i. e. lorsque « la règle prétorienne devient prescription générale... ».

34. Rapp. B. Beignier, *loc. cit.*, p. 54.  
35. V. les arrêts préc. du 29 juill. 2019 : près d'une cinquantaine de visas dans une des trois décisions, il y en a dans pratiquement chaque paragraphe – mais qui s'y reportera ? Sur l'usage du précédent, comme procédé avancé du gouvernement des juges, v. « Contre le visa des précédents », *D.* 2017. 752.

« fiction » destinée à préserver la « cohérence formelle » de l'ordre juridique<sup>26</sup>. On reconnaît l'influence de Kelsen, qui rangeait les jugements dans les normes.

D'accord sur le réalisme juridique. En revanche, pas d'accord pour entériner cette tendance, devenue exponentielle, sous l'influence des deux Cours européennes : le bouleversement contemporain des sources est tel que le mot final appartient désormais au seul juge, y compris national, puisqu'il est doté du pouvoir d'écarter sa propre loi, au motif de son incompatibilité avec le droit conventionnel ou de l'Union européenne. Tel est ce nouveau gouvernement des juges, qu'on doit refuser respectueusement, sans pour autant entamer une nouvelle Révolution française<sup>27</sup>.

18. La justice a toujours joué un rôle de *contre-pouvoir* et la séparation constitutionnelle des pouvoirs en est la première garantie. Mais posons-nous cette question simple : *Quel est le contre-pouvoir aux excès normatifs des juges européens et désormais français ? Il n'y en a pas.*

C'est ici qu'on voit la liaison très nette entre gouvernement des juges et arrêts de règlement : il existe, en sociologie judiciaire française et européenne et en normativité juridique, un caractère *indivisible* entre les deux, ils prospèrent de pair.

En statuant de manière obligatoire pour les juridictions « de son ressort », la CEDH, ou la CJUE, ou la Cour de cassation portant la parole des deux premières, « usurpe » le pouvoir législatif<sup>28</sup>.

L'arrêt de principe, parfaitement utilisable pour le juge qui s'y réfère dans une autre affaire, devient un arrêt de règlement lorsqu'il n'y a *pas d' autre choix* que de l'appliquer. Il « flirte » avec la règle du précédent, en vigueur en *common law*, dont ces deux juridictions sont extrêmement imprégnés<sup>29</sup>.

Tel est exactement le cas des arrêts contemporains ; tout spécialement avec la CJUE, qui impose sa férule par le biais du principe d'interprétation conforme, la règle étant identique avec la CEDH<sup>30</sup>. Ces deux juridictions supranationales sont

26. D. de Béchillon, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2019, chron. spéc. p. 975-977 : « L'action des juges ne peut pas ne pas relever d'une sorte de gouvernement... Le juge doit faire mine de ne jamais sortir du système légal ». L'auteur cite Bourdieu, sur la cohérence formelle de l'ordre juridique.

27. Rapp. F. Terré et N. Molfessis, *op. cit.*, n° 371. Cette révolution est de route façon incontournable, non envisageable et non souhaitable, en raison pratique : ce serait alors sortir de l'Union européenne, ainsi que l'ont fait les Britanniques ; et agir de même pour le Conseil de l'Europe.

28. Rapp. Ph. Malaurie et P. Morvan, *op. cit.*, n° 331.

29. Sur ce que la jurisprudence, comme source du droit, ne doit pas se confondre avec les arrêts de règlement, ainsi que la règle du précédent, v. déjà J. Maury, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », *Études G. Ripert*, T. I, LGDJ, 1950, p. 29-30.

30. V. P.-Y. Gautier, « Inquiétudes sur l'interprétation du droit uniforme international et européen », *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 335-336 : « marge de liberté réduite des cours nationales » ; pour des exemples topiques et récents : v. CJUE, 29 juill. préc., qui renfond à elle seule des parties entières du droit de la propriété intellectuelle et de la méthodologie judiciaire dans l'application des normes ; ou encore, édifice comment l'on doit comprendre les rapports entre droits européen et nationaux, donnant tant aux parlements qu'aux juges des États membres, des sortes de « lignes directrices » dont il n'est pas question qu'ils s'échappent. Encore une

20. De même, ainsi qu'on l'a déjà indiqué, lorsque le juge supranational énonce des sortes de « lignes directrices » portant méthodes impératives d'interprétation, bousculant celles que nous utilisons depuis les Romains, à la fois *facultatives* et selon le droit naturel (logique juridique, principe, exceptions, etc.)<sup>36</sup>.

Ce qui est précisément l'indice de l'arrêt de règlement, ainsi que la Cour de cassation l'avait dénoncé de façon vigoureuse, à l'époque où elle était encore souveraine : les juges « ne sauraient, sans enfreindre cette défense, se lier pour l'avenir, en déclarant qu'ils jugeront les mêmes questions d'après les principes par eux posés »<sup>37</sup>.

C'est pratiquement, même si elle ne le dit pas ouvertement, le système adopté par la Cour de justice, par le mécanisme des questions préjudicielles, dont on sait qu'il existe désormais parallèlement à la Cour de Strasbourg, pour l'application de la Convention EDH.

Ces juridictions devraient méditer l'Attendu précité de la Cour de cassation : en effet, saisies par un juge national d'une question de droit souvent essentielle, posée dans un *litige individuel*, elles donnent très exactement une portée générale et réglementaire à leur arrêt, « hors la présence », d'une part, des autres États, par définition tous concernés par ladite question, d'autre part, des justiciables appartenant à la « catégorie » de sujets de droit « directement intéressés à la solution de l'affaire » : *tous ceux qui se trouvent ou se trouveront dans la même situation*. Est-ce nouveau ? On pourrait dire non : c'est la définition de la jurisprudence, source du droit ; mais on doit dire oui : parce que ses arrêts généraux et impersonnels sont tenus pour *obligatoires*<sup>38</sup>.

Le travail juridictionnel est à la fois artisanal et intuitif, très individuel : on ne le modélise pas, encore moins par des contraintes externes<sup>39</sup>.

21. Par comparaison, l'on doit rappeler que dans l'Ancien droit, les arrêts de règlement étaient rendus « par provision », le souverain pouvant à tout moment les casser en son Conseil<sup>40</sup>. Les auteurs contemporains qui se sont prononcés pour les arrêts de règlement s'inscrivent dans ce sillage : le juge pourrait statuer par provision, mais le Parlement aurait toujours le dernier mot<sup>41</sup>. C'est aujourd'hui

36. Comp. les arrêts préc. du 29 juill. 2019.

37. Cass. 2<sup>e</sup> civ. 16 juin 1955, *Bull. civ.* II n° 346, *RTD civ.* 1955, 697, obs. P. Hébraud : cassation d'une décision s'étant attribuée une « portée générale et réglementaire, hors la présence d'une catégorie de contractants directement intéressés à la solution de l'affaire » ; du même auteur. « Le juge et la jurisprudence », *Mélanges Cousinier*, Univ. Toulouse, 1974, p. 339 : « confier à l'énoncé abstrait d'une proposition de droit une valeur permanente et générale, liant pour l'avenir les juges qui la formulent et les juridictions inférieures qui dépendent de lui ».

38. Rapp. Hébraud, obs. préc. : « l'arrêt de règlement est celui qui énonce et fixe une règle de droit susceptible d'applications indéfinies » et s'exprime de façon abstraite ; J. Huér, « Union européenne et démocratie : prohibition des arrêts de règlement et avis de décès de l'article 5 du Code civil », *JCP G* 2011, n° 473.

39. Rapp. Th. Delpuech et al., *loc. cit.*, p. 101.

40. Fr. Olivier-Martin, *Histoire du droit français préc.*, passim.

41. A. Audinet, « Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ? » *Mélanges J. Bréthe de la Grosserie*, éd. Bière, 1967, p. 101-105.

presque romantique : au XXI<sup>e</sup> siècle, il n'y a une fois de plus, en tout cas au-dessus des deux cours supranationales, absolument personne pour les désavouer, ou casser leurs décisions. Et nos parlements n'ont pas le dernier mot, tant s'en faut ; ils ne font en vérité qu'avaliser à jet quasi continu les sentences des deux cours.

Les juges nationaux ont alors la tentation de procéder de même et tant pis pour l'article 5 du Code civil<sup>42</sup>.

22. Tout cela pose une question très crue : celle de la *légitimité de tels juges*. Écoutons un spécialiste : « La loi n'est plus souveraine. Elle a désormais une pluralité de maîtres : la Constitution, les conventions internationales, le droit communautaire... Les juges judiciaires, autrefois "bouches de la loi"<sup>43</sup>, ont de leur côté les yeux fixés sur la jurisprudence de la CJUE et de la CEDH ; le retour à l'Ancien droit se fait sous la même forme de « cléricisation de la justice », les juges se constituent en « prêtres de la justice », « interprètes autonomes d'un droit de plus en plus protéiforme, pourvoyeurs de normes individuelles et collectives »<sup>44</sup>.

C'est terrible, mais exact.

En quoi sont-ils alors illégitimes, à s'emparer de ce rôle de législateurs ? Pour une raison très simple : ils ne sont pas élus<sup>45</sup>. Ce qui peut paraître prosaïque, mais est en vérité très profond : on n'exerce pas un pouvoir « tyrannique », y compris sur la norme votée par des élus du peuple, pour la « piétiner », lorsqu'on n'est que nommé par l'autorité exécutive<sup>46</sup>.

23. Quels sont alors les remèdes ? Certainement pas s'en remettre au « *judicial self restraint* », selon lequel le juge se restreindrait naturellement à ce qui est nécessaire<sup>46</sup>. La preuve que non.

— Aux deux échelons européens, il s'agit plutôt de convaincre patiemment les juridictions supranationales des effets pervers, trop importants, notamment du contrôle de proportionnalité et des grands avantages du syllogisme, fût-il tempéré, comme il est de parfaite tradition, par des considérations humaines — le juge n'est pas un algorithme.

— À l'échelon de la Cour de cassation, il devrait être fait une respectueuse pression sur le personnel judiciaire renouvelé, afin de revenir à sa noble et grande tradition : c'est-à-dire à la jurisprudence, source essentielle du droit, mais en tant

42. O. Tournafond, « Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement », *Mélanges Ph. Jézeq*, Dalloz, 2006, p. 554 et s.

43. J. Krynien, *La légitimité des juges* (avec J. Raibaut et al.), Presses Univ. Toulouse, 2004, p. 22.

44. J. Krynien, *op. cit.*, p. 23 ; Th. Delpuech et al., *op. loc.*, p. 202-203 (ceux-ci, non complètement défavorables aux « coups » judiciaires, en dépit de cet obstacle).

45. Notons au passage qu'il arrive aux juges de verser dans l'excès inverse : laisser le Gouvernement et le Parlement prendre les plus graves atteintes aux libertés publiques, sans faire aucun barrage et en approuvant pour le plus clair les mesures d'exception, sous couvert de l'incerté général. On en a un exemple topique, pendant « l'état d'urgence sanitaire », où tout ou presque était permis et avalisé. On passe ainsi d'un extrême à l'autre.

46. P. Deumier, *ibid.*

qu'autorité morale, pas de quasi-législateur<sup>47</sup>. Alors qu'à cette heure, tout au contraire, elle s'incline, voire fait du zèle sur telle ou telle question, par rapport à la position des juges européens et multiple les revirements spectaculaires de jurisprudence à cet effet, dans le danger immédiat de renouer elle-même avec les arrêts de règlement<sup>48</sup>.

Ainsi qu'un auteur l'a fortement écrit, il doit être conservé par le juge judiciaire le principe fondamental « d'individualisation et diversification réelle des solutions »<sup>49</sup> ; au fond, il s'agit de la liberté de juger, pour tous. N'est-ce pas le fondement même de notre démocratie processuelle ?

24. C'est en vérité le procès de la *case law*, qu'il faudrait enfin faire, c'est-à-dire de la tyrannie de la jurisprudence, où, d'une part, l'on empile les solutions, d'autre part, on les sacralise. Dans un système de *common law*, cela va de soi<sup>50</sup>. Mais lorsqu'il s'agit de systèmes de droit écrit comme le nôtre, c'est très excessif, sauf à faire de la jurisprudence la première source du droit.

Il y a une maxime millénaire pour répondre à la *case law*, en droit continental : *non exemplis, sed legibus judicandum*, on doit se gouverner par les lois, non par les exemples<sup>51</sup>.

C'est pourtant un danger réel qui guette les praticiens du droit et de ce point de vue, le mouvement dit de « l'open data », flots d'arrêts, de toutes parts, accessibles en ligne sur son cher écran d'ordinateur, supposés tout résoudre, par des solutions, ou des raisonnements casuistiques, tel le contrôle de proportionnalité, conduisent au contraire tout droit au gouvernement des juges.

## II. TYRANNIE DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES

25. Le nouveau gouvernement des juges, c'est aussi celui des autorités administratives indépendantes, dont le paradoxe est, paraît-il, de ne pas être des juridictions mais d'en avoir pourtant les attributs extrêmes : annulation de contrats

47. Rapp. G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, coll. « Themis », § 54 ; v. déjà Fr. Cény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1919, n° 146 : le juge n'a « pas qualité » pour ériger sa solution en « précepte » obligatoire pour l'avenir.

48. V. par ex. au sujet de la gestation pour autrui, pourtant clairement interdite par C. civ., art. 16-7, désormais parfaitement licite pour la Cour de cassation, décidée à « unifier le traitement » de situations similaires, « faire évoluer la jurisprudence », dès lors que le couple, y compris homosexuel, passe la frontière et n'a plus qu'à faire reconnaître de plein droit l'acte d'état civil étranger, qui mentionne l'enfant comme fils ou fille du « parent d'intention » sans même nécessité d'une adoption : S. Bollée et B. Haffel, « L'art d'être inconstant », *Rev. crit. DIP* 2020, spéc. p. 274-282, qui agitent eux aussi le spectre de l'arrêt de règlement.

49. H. Sinay, « La résurgence des arrêts de règlement », *D.* 1958, p. 88.  
50. Par ex. *Black's Law Dictionary*, 11<sup>e</sup> éd., Thomson-Reuters 2019, v. *Case law*, citant le fameux Karl Llewellyn : « The law to be found in the collection of reported cases (...) generalizations contained in, or built upon past decisions, when taken as normative for future disputes, create a legal system ».

51. V. A.-M. Dupin, *op. cit.*, p. 237.