



**HAL**  
open science

## Révolutions tranquilles à la Cour de cassation

Christophe Jamin, Philippe Jestaz, Jean-Pierre Marguénaud

► **To cite this version:**

Christophe Jamin, Philippe Jestaz, Jean-Pierre Marguénaud. Révolutions tranquilles à la Cour de cassation. Recueil Dalloz Sirey de doctrine de jurisprudence et de législation , 2014, 36, pp.2061 - 2070. hal-03571290

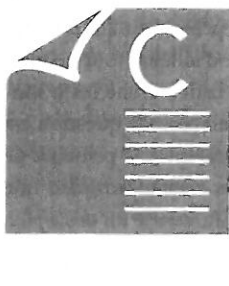
**HAL Id: hal-03571290**

**<https://sciencespo.hal.science/hal-03571290v1>**

Submitted on 13 Feb 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



## Révolution tranquille à la Cour de cassation

par Philippe Jestaz, *Professeur émérite de l'Université Paris-Est*  
Jean-Pierre Marguénaud, *Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges, Membre de l'Institut européen des droits de l'homme (EA 3976), Université Montpellier I*  
et Christophe Jamin, *Professeur des Universités, Directeur de l'École de droit de Sciences Po*

**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 distancés. 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 »<sup>1</sup>. 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

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

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<sup>2</sup>. 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 brevisitas*!

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 »<sup>3</sup>, 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

(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.*

décision volontaire de sa part<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>. 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<sup>6</sup>.

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<sup>7</sup>. 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<sup>8</sup>, 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<sup>9</sup>.

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<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> février 2000 condamnant la France<sup>10</sup>. 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<sup>er</sup> 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*<sup>11</sup> et c'est d'ailleurs la solution qu'adoptèrent plusieurs juges du fond<sup>12</sup>. 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<sup>13</sup>. 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,

(4) Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mars 1987, n° 85-14.176, D. 1987. 445, 2<sup>e</sup> esp., note P. Jourdain. (5) V., par ex., Civ. 1<sup>re</sup>, 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<sup>re</sup>, 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<sup>er</sup> 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<sup>re</sup>, 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).



alinéa 2, du code civil, *tel qu'il doit être interprété* au regard de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel à la Convention... et de l'article 14 de cette Convention » (nous soulignons) <sup>14</sup>.

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 <sup>15</sup>!

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 cœur 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 <sup>16</sup>, puis à un arrêt de grande chambre du 10 avril 2007 <sup>17</sup>, 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 <sup>18</sup> 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 <sup>19</sup> 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 <sup>20</sup>, dont la richesse a été mise en lumière par M<sup>me</sup> Rochfeld <sup>21</sup>. 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

(14) Civ. 1<sup>re</sup>, 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. Burgogue-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*, RTD civ. 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.

de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1<sup>22</sup> : 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<sup>23</sup>, 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<sup>24</sup>. 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 épousa 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 son 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 maladroite 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 œuvre une nouvelle figure du contrôle de proportionnalité<sup>25</sup>, 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<sup>26</sup>, le travail interprétatif de la CEDH est un véritable combat

(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. Goessel-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<sup>e</sup> éd., PUF, 2011, n° 2.

pour que les droits garantis par la Convention EDH soient concrets et effectifs et non plus théoriques et illusoirs. 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 »<sup>27</sup>. 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 œuvre de principes inédits que la doctrine a déjà dégagés<sup>28</sup> et que la CEDH commence à appliquer<sup>29</sup>.

## 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<sup>30</sup> 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<sup>31</sup> et *Dayanan* du 13 octobre 2009<sup>32</sup> - 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<sup>33</sup>. 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 œuvre le principe de proportionnalité dans

(27) J. Carbonnier, *Droit civil - Les personnes*, 20<sup>e</sup> 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 Bellescize; 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.



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 cœur d'une seconde révolution.

## 2 - La révolution du 4 décembre 2013

Elle résulte d'un arrêt de la première chambre civile<sup>34</sup> 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 »<sup>35</sup>, 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<sup>36</sup>. 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'écarter 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 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<sup>37</sup>. 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<sup>38</sup> 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<sup>39</sup> avait eu l'originalité de préciser que, en présence d'une semblable fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que

(34) Civ. 1<sup>re</sup>, 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<sup>e</sup>, 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<sup>re</sup>, 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<sup>re</sup>, 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.



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 *Mennesson et Labassee* du 26 juin 2014<sup>40</sup>, 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 avènements 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<sup>41</sup>.

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 »<sup>42</sup>.

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, inté-

689, obs. M. Douchy-Oudot, 954, obs. A. Dionisi-Peyrusse, 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon, 1171, obs. F. Granet-Lambrechts, 1516, obs. N. Jacquinet 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. Méza ; 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, *Labassee 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. Haftel, 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.

grer 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<sup>43</sup>.

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<sup>44</sup>. 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 pré-

sence, 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<sup>45</sup>. 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 »<sup>46</sup>.

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<sup>e</sup> 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 »<sup>47</sup>. 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<sup>48</sup>.

(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<sup>re</sup> 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.

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<sup>49</sup>. 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*.

(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.