

SUR LES TRACES DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ : UNE ESQUISSE GÉNÉALOGIQUE

*Antoine Guilmain**

La proportionnalité a le « vent en poupe »... que voilà un bel euphémisme! Depuis son introduction dans le *Code de procédure civile*, le principe de proportionnalité a envahi le droit et les esprits avec une aisance déroutante (art 4.2 Cpc). Cette situation devrait encore s'accroître avec l'adoption du nouveau *Code de procédure civile*, qui fait de la proportionnalité une véritable « philosophie ». Seulement, ne dit-on pas que derrière toute réussite se cache un chemin? Ceci se vérifie merveilleusement pour la proportionnalité. Du Code d'Hammourabi au droit administratif prussien, en passant par les Anciens et le Siècle des Lumières, la proportionnalité imprègne le droit depuis la nuit des temps — quoique sous des appellations variées et voilées. Le présent article vise donc à proposer une histoire de la proportionnalité dans un contexte juridique. L'objectif est ambitieux, à la limite du périlleux. Aussi, la flèche du temps sera scindée en trois époques successives. Premièrement, la phase prémoderne marque les balbutiements de la proportionnalité tant sur le plan philosophique que normatif. Deuxièmement, la phase moderne révèle une différence de réception de la proportionnalité entre le droit public et le droit privé. Troisièmement, la phase post-moderne se caractérise par une propagation exponentielle de la proportionnalité au sein de l'ensemble des branches du droit et des ordres juridiques. Au bout du compte, ce travail se veut démontrer que la proportionnalité est certes un domaine de recherche éclaté, mais dont les fragments ont beaucoup en commun.

Proportionality has the wind in its sails, to say the least! Ever since its introduction in Quebec's *Code of Civil Procedure*, the proportionality principle has been ingrained in the law and in our minds (art 4.2 CCP). This reality can only be reinforced with the adoption of the new *Code of Civil Procedure*, which truly transforms proportionality into a philosophy. Be that as it may, there is a path that leads to every success, and this notion certainly holds true for proportionality. From the Code of Hammurabi to Prussian administrative law, from the Ancients to the Enlightenment, proportionality has permeated the law since time immemorial, albeit under various names. This article proposes a history of proportionality in the legal context. This ambitious—even risky—objective is divided into three periods. First, the premodern stage highlights the first steps of proportionality, in both the philosophical and normative senses. Second, the modern stage reveals the different applications of proportionality in the public and private law spheres. Third, the postmodern stage is defined by the exponential expansion of proportionality in all branches of the law and juridical orders. In the end, this article seeks to show that, although proportionality might be a fragmented area of research, its parts have much in common.

* Candidat au doctorat à l'Université de Montréal, sous la supervision du professeur Karim Benyekhlef, et étudiant en droit au sein du cabinet d'avocats Fasken Martineau. Le présent article s'inscrit dans le cadre de recherches doctorales intitulées « Le principe de proportionnalité à l'aune des technologies de l'information ». L'auteur tient à remercier les deux évaluateurs externes tant pour les relectures bienveillantes que pour les commentaires constructifs.

Introduction	89
I. La proportionnalité prémoderne, l'impulsion	94
<i>A. Les prémisses philosophiques de la proportionnalité</i>	95
1. La proportionnalité aristotélicienne	96
2. La proportionnalité cicéronienne	99
3. La proportionnalité aquinienne	100
<i>B. Les prémices normatives de la proportionnalité</i>	101
1. Le Code d'Hammourabi et la loi du talion	102
2. Le <i>Corpus Iuris Civilis</i> et la légitime défense	103
3. La <i>Magna Carta</i> et la proportionnalité des peines	104
II. La proportionnalité moderne, la réception	105
<i>A. La proportionnalité comme principe explicite de droit public</i>	106
1. La gestation : le Siècle des Lumières et la soif de modération	106
2. La naissance : Carl Gottlieb Svarez et le droit administratif allemand	107
3. La maturité : le principe de proportionnalité en droit public	110
<i>B. La proportionnalité comme pratique implicite de droit privé</i>	112
1. Une notion au caractère variable et protéiforme	113
2. Une filiation avec le principe du raisonnable	114
3. Une manifestation au travers des théories de droit civil	115
III. La proportionnalité postmoderne, la diffusion	119
<i>A. Un regard descriptif : l'état de la proportionnalité</i>	120
1. Un principe général du droit	120
2. Un instrument d'efficacité économique	123
3. Un facteur de convergence juridique	126
<i>B. Un regard critique : la proportionnalité dans tous ses états</i>	128
1. Les forces de la proportionnalité	128
2. Les faiblesses de la proportionnalité	130
3. Un bilan préliminaire à l'aune de la proportionnalité procédurale	131
Conclusion	136

Introduction

La capacité de raisonner en utilisant des relations proportionnelles résulte d'un processus complexe qui est long à assimiler. De nombreuses expériences concrètes variées sont nécessaires pour comprendre la nature d'une relation proportionnelle et il faut plus de temps encore pour acquérir la capacité de faire des applications abstraites [traduction libre]¹.

Voilà une citation qui semble tout droit tirée d'un bon vieux manuel pour le juriste en herbe. Et pourtant... cet énoncé est à l'attention des mathématiciens passionnés de proportionnalité arithmétique, géométrique, harmonique, continue, multiple, etc. Ouf! me direz-vous. La proportionnalité appartient à la petite école et la voie juridique constitue l'échappatoire absolue aux mathématiques. Pas si vite. La notion de « proportionnalité » trouve également un terrain d'application au sein de la discipline juridique. Mieux, elle imprégnerait même toutes les sphères du droit...

Ceci étant, restons téméraires et tentons de caractériser la proportionnalité mathématique. En substance, on peut la définir comme un « rapport de grandeur entre les parties d'une chose, entre l'une d'elles et le tout »². Il y a donc bien une volonté d'évaluer certains éléments par rapport à d'autres (grandeurs, concepts ou données). Tout raisonnement proportionnel suppose, d'une part, l'existence d'une « métrique » qui peut être plus ou moins précise, et d'autre part, une organisation particulière et logique des données — « [o]n ne peut comparer des poires et des prunes; il faut ordonner ses idées d'abord et classer les éléments à comparer dans les bonnes catégories »³. À partir de là, il existe une large variété de processus de résolution et de modes d'analyse⁴. Aussi étrange que cela puisse paraître, ces caractéristiques de la proportionnalité mathématique recourent parfaitement ceux de la proportionnalité juridique.

Malgré tout, la proportionnalité mathématique est avant tout quantitative et, en ce sens, « on perçoit mal la transposition à cette science ap-

¹ Sheldon Erickson et Betty Cordell, dir, Renée Mason, illust, *Proportional Reasoning (Algebraic Thinking Series)*, Fresno (Cal), AIMS Education Foundation, 2000, tel que cité par Ontario, Ministère de l'Éducation, « Qu'est-ce que le raisonnement proportionnel? », Document d'appui pour *Mettre l'accent sur l'en-seignement des mathématiques M-12*, 2012 à la p 2, en ligne : <www.edu.gov.on.ca/fre/teachers/studentuccess/ProportionReasonFr.pdf>.

² *Trésor de la Langue Française informatisé*, sub verbo « proportion » [TLFi, « proportion »].

³ Catherine Piché, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative » (2009-10) 40 RDUS 552 à la p 555 [Piché, « Proportionnalité procédurale »].

⁴ Voir *ibid.*

prochée et qualitative qu'est le droit »⁵. De même, la langue, la plaidoirie et le droit viennent nécessairement teinter le concept de proportionnalité⁶. Pour simplifier encore la donne, le mot proportionnalité a une double appartenance au langage courant et légal⁷. Une certitude se dégage progressivement : la proportionnalité juridique tient aussi bien de la simplicité apparente que de la complexité inhérente.

Face à un tel désordre, il convient de faire un tour complet sur nous-mêmes pour revenir au point de départ : la procédure civile au Québec. Lors de la réforme du *Code de procédure civile* en 2003⁸, le législateur a cherché à y insuffler un vent de fraîcheur en codifiant un certain principe de « proportionnalité procédurale ». En substance, l'action des parties et des tribunaux devrait désormais être inspirée par « une même préoccupation de proportionnalité entre, d'une part, les procédures prises, le temps employé et les coûts engagés et, d'autre part, la nature, la complexité et la finalité des recours »⁹. Depuis ce jour, la proportionnalité s'est progressivement infiltrée dans tous les recoins de la procédure civile¹⁰. Tout praticien pourra réciter une foule d'anecdotes impliquant, de près ou de loin, la proportionnalité procédurale (qu'il s'agisse d'obtenir le transfert d'un dossier dans un autre district judiciaire, d'abréger des interrogatoires préalables, d'interpréter des règles de procédure, etc.)¹¹. Le nouveau *Code de*

⁵ Xavier Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Économica, 1990 à la p 17.

⁶ Voir Piché, « Proportionnalité procédurale », *supra* note 3 à la p 555.

⁷ Voir en ce sens Viviane Vannes, *Le droit de grève : Principe de proportionnalité, droit international, européen et national*, Bruxelles, Larcier, 2013 à la p 51 : « La proportionnalité implique, dans le langage commun, le respect d'un rapport proportionné entre deux grandeurs, deux choses, deux variables qui doit rester constant; lorsque l'une des grandeurs prend une autre dimension, une autre intensité, l'autre grandeur doit prendre la même autre dimension, la même autre intensité. » Elle continue en disant : « En droit, la proportionnalité peut être définie par référence à des critères mathématiques. La définition, suivante, prend en considération de tels critères : "la proportionnalité se traduit par la nécessité de respecter un rapport d'équilibre entre deux termes : la norme de référence et l'acte ou l'action qu'il convient de juger" ».

⁸ *Code de procédure civile*, RLRQ, c C-25.

⁹ Québec, Ministère de la Justice, Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure civile : Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, Publications du Québec, 2001 à la p 39.

¹⁰ Le nombre et la diversité de la jurisprudence récente relative à la proportionnalité procédurale sont à cet égard des plus révélateurs. En faisant une recherche sur CanLII avec les mots clés « proportionnalité » et « article 4.2 », on ne retrouve pas moins de 811 décisions québécoises y faisant référence (en date du 22 décembre 2014).

¹¹ Voir Sylvette Guillemard et Séverine Menétrey, *Comprendre la procédure civile québécoise*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011 à la p 28.

*procédure civile*¹² ne déroge pas à cette tendance. Lui aussi élève la proportionnalité au rang de « principe directeur »¹³.

Cette situation est cependant loin d'être limitée à la procédure civile québécoise. Dans le reste du Canada et partout dans le monde, on constate l'« irrésistible ascension »¹⁴ de la proportionnalité, et ce, quel que soit le domaine du droit¹⁵. Il y aurait une sorte de mutation du modèle de régulation globale où le règne de la loi (générale, abstraite et prévisible) céderait le pas au principe de proportionnalité (particulière, concrète et aléatoire)¹⁶. Comme l'explique Sébastien Van Drooghenbroeck, « sous sa bannière émergerait, en tous lieux, une commune manière de dire le droit “en situation” par la pesée des intérêts conflictuels, de juger l'action à l'aune des buts qu'elle se fixe et des préjudices qu'elle occasionne »¹⁷. La proportionnalité est devenue omniprésente¹⁸, un peu comme une « *lingua franca* »¹⁹, une « baguette magique »²⁰ ou un « “couteau suisse” de l'argumentation juridique et du débat judiciaire »²¹.

¹² *Code de procédure civile*, RLRQ, c C-25.01 [nouveau Cpc].

¹³ Le principe de proportionnalité est désormais codifié au sein d'un chapitre spécifique intitulé « Les principes directeurs de la procédure » (voir art 18 nouveau Cpc).

¹⁴ Paul Martens, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité » dans *Présence du droit public et des droits de l'homme : Mélanges offerts à Jacques Velu*, t 1, Bruxelles, Bruylant, 1992, 49 [Martens, « L'irrésistible ascension »].

¹⁵ Nous reviendrons abondamment sur cette migration exponentielle de la proportionnalité (que ce soit en droit européen, international, administratif, constitutionnel, des contrats, du travail, de la procédure civile, etc.).

¹⁶ Voir François Ost et François Tulkens, « Préface » dans Sébastien Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme : Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, i à la p i. Voir surtout François Ost et Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002 aux pp 438–43.

¹⁷ Van Drooghenbroeck, *supra* note 16 à la p 10.

¹⁸ Voir Alain Strowel, « De “l'abus de droit” au principe de “proportionnalité” : un changement de style? Réflexions sur l'écriture juridique et les principes du droit à la lumière de quelques affaires en droit d'auteur » dans Sébastien Van Drooghenbroeck et François Tulkens, dir, *Liber Amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, 293 à la p 295 : « Le principe de proportionnalité, et la pondération des intérêts qu'il requiert, est donc devenu le nouveau paradigme et la pierre angulaire du raisonnement juridique ».

¹⁹ Richard G Singer, « Proportionate Thoughts About Proportionality » (2010) 8:1 Ohio St J Crim L 217 à la p 217.

²⁰ Van Drooghenbroeck, *supra* note 16 à la p 10.

²¹ *Ibid* à la p 11.

Aussi indiscutable soit ce phénomène de « proportionomania »²², il suscite également un arrière-goût de trop peu. En l'occurrence, une question brûle les lèvres : comment la proportionnalité est-elle passée d'un état de simple concept à celui de véritable principe de droit? Plus particulièrement, quels sont les principaux jalons de la proportionnalité depuis son éclosion jusqu'à son épanouissement en procédure civile? En nous interrogeant ainsi, nous admettons comme Gustave Flaubert que « bien des choses s'éclaireraient si nous connaissions notre généalogie ».

Une difficulté majeure réside dans le fait que la proportionnalité est aujourd'hui un terrain de recherche aussi éparpillé²³ que bouillonnant²⁴. Ce concept est appréhendé et compris différemment selon le domaine de droit, l'ordre juridique et la terminologie légale. À titre d'exemple, on comprend aisément le fossé qui sépare le principe de proportionnalité en droit européen²⁵ de celui en droit judiciaire privé québécois²⁶. À ceci

²² En s'inspirant de l'expression « proportionomanie » utilisée par Van Drooghenbroeck (*ibid* à la p 14).

²³ Voir Singer, *supra* note 19 à la p 217 :

“Proportionality” is the new lingua franca of academic writings on constitutional law. But among American lawyers, different specialists think of different meanings of the term, depending on their field. Ask any American criminal law writer or analyst about proportionality, and her first thought will be sentencing, followed by the death penalty, some aspects of substantive criminal law, and, as a possible final afterthought, criminal procedure. An American constitutional scholar might speak of Fourteenth Amendment remedies, injunctions, civil rights’ attorneys’ fees, antitrust violations, and many other areas. Torts lawyers, of course, will focus on punitive damages.

²⁴ Au cours de nos recherches, nous avons pu constater que les origines du principe de proportionnalité ont suscité un vif intérêt au sein de la doctrine anglo-saxonne ces dernières années (voir Duncan Kennedy, « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law » dans Roger Brownsword et al, dir, *The Foundations of European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 185; Eric Engle, « The History of the General Principle of Proportionality: An Overview » (2012) 10:1 Dartmouth LJ 1 [Engle, « History of Proportionality »]; Thomas Poole, « Proportionality in Perspective » (2010) 16 LSE Law, Society and Economy Working Papers 1; Dobrinka Taskovska, « On Historical and Theoretical Origins of the Proportionality Principle » (2012) 3:1 Iustinianus Primus L Rev 1; Alec Stone Sweet et Jud Mathews, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism » (2008) 47:1 Colum J Transnat'l L 72; Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, traduit par Doron Kalir, Cambridge, Cambridge University Press, 2012).

²⁵ Voir pour une étude récente Antonio Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité : Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2014.

²⁶ Voir notamment Luc Chamberland, « La règle de proportionnalité : à la recherche de l'équilibre entre les parties? » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *La réforme du Code de procédure civile, trois ans plus tard*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, 1.

s'ajoute la diffusion de la proportionnalité dans de nombreuses disciplines relatives aux sciences humaines, dont la philosophie, la science politique et la sociologie²⁷. Dans un tel contexte, l'objectif de retracer la généalogie de la proportionnalité dans le contexte juridique se veut ambitieux, pour ne pas dire éminemment périlleux. Cependant, n'était-ce pas Claude Lévi-Strauss, ethnologue qui, rappelons-le, avait également une formation de philosophe et de juriste²⁸, qui expliquait :

La tâche essentielle de quelqu'un qui consacre sa vie aux sciences humaines, c'est de s'attaquer à ce qui semble le plus arbitraire, le plus anarchique, le plus incohérent, et d'essayer de découvrir un ordre sous-jacent ou du moins d'essayer de voir s'il existe un ordre sous-jacent²⁹.

Sensible à cette invitation lévi-straussienne, le présent travail se veut précisément proposer une possible histoire de la proportionnalité³⁰. Pour ce faire, nous adopterons une périodisation usuelle, souvent critiquée³¹, mais toujours reprise³², axée sur une flèche du temps en trois époques successives³³. Premièrement, la phase prémoderne marque les balbutiements de la proportionnalité, tant sur le plan philosophique que normatif (I). Deuxièmement, la phase moderne révèle une différence de réception de la proportionnalité entre le droit public et le droit privé (II). Troisièmement, la phase postmoderne se caractérise par une propagation exponentielle de la proportionnalité au sein de l'ensemble des branches du droit et des ordres juridiques (III). Un avertissement préliminaire

²⁷ Voir Vannes, *supra* note 7 à la p 48.

²⁸ Un de ses premiers ouvrages porte d'ailleurs sur certains aspects du droit de la famille : Claude Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, 2^e éd, Paris, Mouton & Co, 1967. Voir également Benoît Frydman, « Comment penser le droit global? » (2012) Centre Perelman de Philosophie du Droit, Document de travail No 2012/01.

²⁹ Claude Lévi-Strauss, « L'ethnologue est un bricoleur », *Le Nouvel Observateur* (hors série) (novembre-décembre 2009) 22 à la p 22.

³⁰ Eric Engle distingue, quant à lui, l'antiquité, le début de la modernité et l'époque contemporaine; cette périodisation ne recoupe pas entièrement la nôtre (voir Engle, « History of Proportionality », *supra* note 24).

³¹ Ces trois périodes sont relativement stables même si personne ne s'entend sur les dates approximatives de ces transformations (voir Bruno Latour, « Qu'est-ce qu'un style non moderne? » dans *La parenthèse du moderne : Actes du colloque 21-22 mai 2004 « L'art moderne : parenthèse ou rupture dans l'histoire de l'art? »*, Paris, Centre Pompidou, 2005 à la p 114).

³² Nous référons ici à l'ouvrage de Karim Benyekhlef qui étudie l'évolution de la « norme » en mobilisant le concept de modernité (et ses préfixes). Il distingue ainsi la norme prémoderne, la norme moderne et la norme postmoderne (ou émergente) (voir Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2008).

³³ Ce découpage est résolument heuristique et découle d'une lecture historique opérée *a posteriori*.

s'impose ici : cet article s'inscrit volontairement dans un paradigme alternatif du droit³⁴ — par opposition au paradigme dominant qui porte exclusivement sur le droit positif³⁵. L'objectif est bien de démontrer que la proportionnalité est un domaine de recherche éclaté, mais dont les fragments ont beaucoup en commun.

I. La proportionnalité prémoderne, l'impulsion

Le mot « proportionnalité » vient du bas latin *proportionalitas* (signifiant même sens³⁶) qui dérive lui-même de *proportio* (signifiant rapport, analogie³⁷). Ainsi, comme l'explique Vannes, la « proportionnalité » est « formée de la particule *pro* qui signifie “en échange de”, et de celle de *portio* qui se traduit par “part, rapport, portion”, ce qui amènerait à la signification, dans l'expression *pro portione* de “pour sa part” » [italiques dans l'original]³⁸. On peut même remonter plus loin en introduisant la racine grecque *analogia*. Par la suite, l'utilisation courante du terme « proportion » s'est perdue au XIII^e siècle (seules les mathématiques y faisaient référence) pour réapparaître au XVII^e siècle³⁹. À l'heure actuelle, de nombreuses locutions font partie du langage ordinaire, telles que « hors de proportion », « à proportion », « toutes proportions gardées », etc.⁴⁰ La professeure Vannes pousse plus loin l'analyse littérale et en vient à la conclusion suivante, à laquelle nous souscrivons entièrement :

Ces expressions ont une idée commune, celle d'équilibre qu'il faut respecter entre les différents éléments d'une chose unique ou multiple. La proportionnalité exprime le respect d'un rapport de grandeur entre deux éléments, rapport devant rester constant et que l'harmonie qui en découle est établie par la circonstance que, lors-

³⁴ Le professeur Kennedy parle quant à lui de « transnational genealogy of legal thought » pour décrire sa démarche, *supra* note 24 à la p 188.

³⁵ En ce sens, nous ferons référence à la procédure civile québécoise et à certaines décisions de principe (telles que *Marcotte*, *Hryniak*, *Oakes*, *Houle*, etc., citées *infra*), sans pour autant prétendre à l'exhaustivité. Cet aspect de la recherche sera traité dans le cadre de travaux ultérieurs (le droit positif au Québec en matière de proportionnalité, les différences de réception du principe de proportionnalité entre les pays civilistes et ceux de *Common Law*, le mouvement de réformes et les nouveaux principes directeurs, etc.).

³⁶ Voir *Trésor de la Langue Française informatisé*, *sub verbo* « proportionnalité ».

³⁷ Voir *TLFi*, « proportion », *supra* note 2.

³⁸ Vannes, *supra* note 7 à la p 46.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *TLFi*, « proportion », *supra* note 2.

qu'un élément change, l'autre change dans le même rapport de grandeur⁴¹.

À nos fins, ce détour étymologique vise à démontrer que l'expression « proportionnalité » remonte à des temps anciens et que son acception a évolué au fil du temps. Ceci se vérifie d'autant plus dans le contexte juridique; c'est tout l'objet de la présente partie. Selon nous, la période prémoderne rend compte de deux tendances principales en matière de proportionnalité : d'une part, les prémisses philosophiques sont jetées (A), d'autre part, les prémices normatives se révèlent (B). Que le lecteur nous pardonne le subtil recours aux homophones *prémisses* et *prémices* : alors que le premier réfère à « une proposition faite au début d'un exposé, dont on déduira des conséquences ou des conclusions »⁴², le second — toujours utilisé au pluriel — désigne plutôt « le début, le commencement de quelque chose »⁴³.

A. *Les prémisses philosophiques de la proportionnalité*

« Un homme sans ancêtres est un arbre sans racines, un ruisseau sans source ». Ce proverbe chinois prend davantage de sens dans le contexte de la proportionnalité. En effet, les travaux des Anciens baignent tous entiers dans un souci récurrent et systématique de proportionnalité à la manière d'un véritable *topos*⁴⁴. En ce sens, il serait déraisonnable de ne pas laisser Orphée se retourner en paix.

Durant la période prémoderne, on peut par exemple retracer les origines de la proportionnalité dans la distribution des biens, récompenses et honneurs (*just distribution*), dans la détermination d'une sanction (*just sentencing*) et dans la décision de mener une guerre (*just war*)⁴⁵. Les Anciens ont en commun cette même « détestation de l'*Ubris* » et le « rejet des extrêmes »⁴⁶. Il est toutefois possible de cibler trois auteurs particulièrement préoccupés par la proportionnalité, et ce, tant sur le plan intrinsèque que symbolique : Aristote (1), Cicéron (2) et Saint Thomas d'Aquin (3).

⁴¹ Vannes, *supra* note 7 à la p 47.

⁴² Office québécois de la langue française, *Banque de dépannage linguistique*, *sub verbo* « prémisses et prémices », en ligne : <bdl.oqlf.gouv.qc.ca/bdl/gabarit_bdl.asp?id=2221>.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Un *topos* est un sujet littéraire qui revient souvent jusqu'à constituer un thème récurrent et attendu dans la littérature.

⁴⁵ Voir en ce sens AE Ienilieieva, « Basic Approaches to the History of the Principle of Proportionality » (2013) 26 (65):2 Scientific Notes of TNU 10 à la p 12.

⁴⁶ Paul Martens, « Préface » dans Vannes, *supra* note 7, 9 à la p 12 [Martens, « Préface »].

1. La proportionnalité aristotélicienne

La proportionnalité doit à Aristote ce que l'enfant doit à son père; son traité *Éthique à Nicomaque* établit à lui seul le lien de paternité, sans que soit nécessaire le moindre test ADN. La proportionnalité est en effet au cœur de cet ouvrage et, plus généralement, de la pensée aristotélicienne.

Dans son article « The General Principle of Proportionality and Aristotle »⁴⁷, le professeur Engle établit clairement le lien unissant le principe de proportionnalité et le patrimoine aristotélicien⁴⁸. Selon une approche en entonnoir, il démontre ainsi que « *proportionality as a principle of law arose out of the Aristotelian concept of justice* »⁴⁹. Résumons les trois étapes principales de son raisonnement :

- La théorie du Droit : On doit à Aristote la célèbre distinction entre les normes conformes à la nature (*physikon*) et celles conformes à la loi (*nomikon*)⁵⁰. Autrement dit, le droit naturel (*dikē*) et le droit positif (*nomoi*). Selon lui, ces deux formes de droit coexistent et sont éminemment complémentaires⁵¹.
- La théorie de la Justice : Aristote envisage la justice par le prisme de nombreuses typologies. Il en est cependant une particulièrement intéressante à nos fins : la distinction entre la justice commutative et la justice distributive. D'un côté, la justice commutative « intervient dans les transactions, rapports ou échanges en fonction d'une égalité arithmétique ($A = B$) »⁵². De l'autre côté, la

⁴⁷ Eric Engle, « The General Principle of Proportionality and Aristotle » dans Liesbeth Huppes-Cluysenaer et Nuno M.M.S. Coelho, dir, *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, Dordrecht, Springer, 2013, 265 [Engle, « Proportionality and Aristotle »].

⁴⁸ Dans la droite ligne de son article précédent : Engle, « History of Proportionality », *supra* note 24.

⁴⁹ Engle, « Proportionality and Aristotle », *supra* note 47 à la p 274.

⁵⁰ Voir Aristote, *Éthique à Nicomaque*, traduit par Jules Tricot, Les Échos du Maquis, 2014 aux para 1134b19–b24 :

La justice politique elle-même est de deux espèces, l'une naturelle et l'autre légale. Est naturelle celle qui a partout la même force et ne dépend pas de telle ou telle opinion; légale, celle qui à l'origine peut être indifféremment ceci ou cela, mais qui une fois établie, s'impose : par exemple, que la rançon d'un prisonnier est d'une mine, ou qu'on sacrifie une chèvre et non deux moutons, et en outre toutes les dispositions législatives portant sur des cas particuliers, comme par exemple le sacrifice en l'honneur de Brasidas et les prescriptions prises sous forme de décrets.

⁵¹ Voir Engle, « Proportionality and Aristotle », *supra* note 47 aux pp 267–68.

⁵² Jocelyne Saint-Arnaud, « Les définitions aristotéliciennes de la justice : leurs rapports à la notion d'égalité » (1984) 11:1 *Philosophiques* 157 à la p 167.

justice distributive considère que le partage des biens et des honneurs doit être proportionnel au mérite, c'est-à-dire selon une égalité de rapport ($A \neq B$)⁵³. En prenant de la hauteur, la différence entre justice commutative et justice distributive⁵⁴ transpose l'opposition traditionnelle entre égalité et équité⁵⁵; il appartient au juge de naviguer entre ces deux pôles. Aristote est d'ailleurs on ne peut plus explicite sur le sujet :

Quand, par suite, la loi pose une règle générale, et que là-dessus survient un cas en dehors de la règle générale, on est alors en droit, là où le législateur a omis de prévoir le cas et a péché par excès de simplification, de corriger l'omission et de se faire l'interprète de ce qu'eût dit le législateur lui-même s'il avait été présent à ce moment, et de ce qu'il aurait porté dans sa loi s'il avait connu le cas en question⁵⁶.

- La théorie de la proportionnalité : Partant de ces postulats, on perçoit aisément la place déterminante de la proportionnalité dans la pensée aristotélicienne. Comme le relève Engle, « *[i]n Aristotle, proportionality is justice as the right ratio — the relationship between a distributive principle and the shares apportioned thereby* »⁵⁷. La proportionnalité est au cœur de la justice distributive⁵⁸

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Voir Loïc Cadet, dir, *Dictionnaire de la Justice*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004 aux pp 73–76.

⁵⁵ Voir Aristote, *supra* note 50 aux para 1106a27–b8 :

En tout ce qui est continu et divisible, il est possible de distinguer le plus, le moins et l'égal, et cela soit dans la chose même, soit par rapport à nous, l'égal étant quelque moyen entre l'excès et le défaut. J'entends par moyen dans la chose ce qui s'écarte à égale distance de chacun des deux extrêmes, point qui est unique et identique pour tous les hommes, et par moyen par rapport à nous ce qui n'est ni trop, ni trop peu, et c'est là une chose qui n'est ni une, ni identique pour tout le monde. Par exemple, si 10 est beaucoup, et 2 peu, 6 est le moyen pris dans la chose, car il dépasse et est dépassé par une quantité égale; et c'est là un moyen établi d'après la proportion arithmétique. Au contraire, le moyen par rapport à nous ne doit pas être pris de cette façon : si, pour la nourriture de tel individu déterminé, un poids de 10 mines est beaucoup et un poids de 2 mines peu, il ne s'ensuit pas que le maître de gymnase prescrira un poids de 6 mines, car cette quantité est peut-être aussi beaucoup pour la personne qui l'absorbera, ou peu : pour Milon ce sera peu, et pour un débutant dans les exercices du gymnase, beaucoup. Il en est de même pour la course et la lutte. C'est dès lors ainsi que l'homme versé dans une discipline quelconque évite l'excès et le défaut; c'est le moyen qu'il recherche et qu'il choisit, mais ce moyen n'est pas celui de la chose, c'est celui qui est relatif à nous.

⁵⁶ *Ibid* aux para 1137b20–b24.

⁵⁷ Engle, « Proportionality and Aristotle », *supra* note 47 à la p 268.

et vise à répartir les biens de manière proportionnelle en fonction des biens de chacun et de leur mérite. Au delà de l'égalité simple entre les biens et les personnes, il faut envisager une répartition proportionnelle selon les personnes, les biens, les charges partagées ou distribuées⁵⁹. On retrouve d'ailleurs cette idée dans le Digeste sous la formule « la Justice est la ferme et perpétuelle volonté de donner à chacun ce qui lui est dû » (en latin, *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*) [notre traduction]⁶⁰.

Dans la même veine, la proportionnalité est intimement liée à la théorie de la mesure de Platon et au *Dikaion* d'Aristote⁶¹. Selon ces conceptions, le droit est avant tout appréhendé en tant que phénomène sociétal et, partant, de proportion. Le *Dikaion* peut d'ailleurs se définir comme « une *proportion* (celle que [l'on] reconnaît [...] bonne) entre des choses partagées entre des personnes; un proportionnel (terme neutre), un “*analogon*” » [italiques dans l'original]⁶².

⁵⁸ Il faut ici souligner que la notion de « justice distributive » que nous présentons (c'est-à-dire celle aristotélicienne) est très différente de celle actuelle. Au terme d'un ouvrage passionnant, Samuel Fleischacker trace la généalogie de la « justice distributive » et démontre qu'il en existe deux conceptions : celle originelle qui est méritocratique et celle actuelle qui est plutôt samaritaine. Voir Samuel Fleischacker, *A Short History of Distributive Justice*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 2004 à la p 13 :

When Aristotle applies distributive justice to political goods rather than material goods, it is easy to say we differ only in conception : we apply the concept to different ranges of objects, but the same concept is at work in both applications. When Aristotle ties distributive justice to a notion of merit, however, that seems to me a deeper difference. Desert is essentially tied to merit for Aristotle, it makes no sense, in his framework, to think anyone could deserve something merely because she needs it. Even the concept of “distributive justice” with which Aristotle works seems best defined, not as the mere notion that “justice or fairness may apply to distributions”, but as the notion that “justice or fairness applies to the distribution of goods that one or more persons merit.” It is essential, that is, not accidental, to Aristotle’s concept of distributive justice that a notion of merit is at work—a notion by which people deserve something because of excellent actions they have performed. It is equally essential to the modern notion of distributive justice that people deserve certain goods regardless of their character traits or anything they have done [italiques dans l'original].

⁵⁹ Voir Vannes, *supra* note 7 aux pp 49–50.

⁶⁰ Voir Ienilieieva, *supra* note 45 à la p 12.

⁶¹ Voir Vannes, *supra* note 7 à la p 48.

⁶² Michel Villey, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1975 au para 41.

En définitive, Aristote est le premier à se rapporter à la proportionnalité en tant que norme de répartition entre les droits de l'un et de l'autre⁶³. Selon lui, « [l]a justice est à son tour une sorte de médiété, non pas de la même façon que les autres vertus, mais en ce sens qu'elle relève du juste milieu, tandis que l'injustice relève des extrêmes »⁶⁴.

2. La proportionnalité cicéronienne

La proportionnalité est également un *topos* qui irrigue l'ensemble des travaux de Cicéron. Bien au-delà d'une certaine conception de la justice, la proportionnalité serait inhérente à la Cité et, plus largement, au *cosmos*⁶⁵. Comme le résume Thomas Poole, dans l'œuvre de Cicéron, *proportionality lies at the heart of a dense set of relations, imbricated in a theory of distribution, a theory of justice, a theory of the city or state, a theory of social and political order, and ultimately a theory (or metaphysics) of cosmic harmony*⁶⁶.

Pour Cicéron, il y aurait donc un lien étroit entre l'ordre cosmique et les règles politiques. En évitant tout concept mathématique ou géométrique, peu approprié au public romain de l'époque, il parle plutôt d'*harmonia* et de *concordia* dans la conduite de la chose publique⁶⁷. Cependant, ne nous trompons pas, l'idée de proportionnalité est toujours on ne peut plus présente. L'extrait suivant, tiré de *La République*, est à cet égard des plus révélateurs :

De même que la flûte et la lyre, la mélodie et les voix, de la diversité de leurs accents forment un concert que les oreilles exercées ne pourraient souffrir s'il était plein d'altérations ou de dissonances, et dont l'harmonie et la perfection résultent pourtant de l'accord d'un grand nombre de sons dissemblables; ainsi de l'alliance des différents ordres de l'État et de leur juste tempérament résulte ce concert politique qui naît, comme l'autre, de l'accord des éléments les plus opposés. *Ce que l'on nomme harmonie dans la musique, dans l'État c'est la concorde, le lien le plus parfait de la société humaine, la garantie la plus sûre de la force des États* [nos italiques]⁶⁸.

Par ailleurs, Cicéron décrit la loi véritable comme la droite raison, qui s'accorde avec la nature, répandue en tous, immuable et impérissable (en

⁶³ Voir Vannes, *supra* note 7 à la p 49.

⁶⁴ Aristote, *supra* note 50 aux para 1133b30–1134a1.

⁶⁵ Voir Poole, *supra* note 24 à la p 9.

⁶⁶ *Ibid* à la p 14.

⁶⁷ *Ibid* à la p 10.

⁶⁸ Cicéron, « Traité de la République » dans Désiré Nisard, dir, *Œuvres complètes de Cicéron*, traduit par Désiré Nisard, t 4, Paris, Garnier, 1850 aux pp 319–20.

latin, *est quidem vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna*); concrètement il s'agit du juste ratio, de l'idéale proportion⁶⁹. Cette idée prend davantage de consistance, du moins sur le plan juridique, à deux égards. En premier lieu, la proportionnalité devrait toujours entrer en ligne de compte lors de la détermination d'une sanction (*just sentencing*)⁷⁰. Il s'agit là d'un principe bien connu à l'heure actuelle, selon lequel la peine infligée doit être proportionnelle au crime commis. En deuxième lieu, la proportionnalité devrait également guider la décision de mener une guerre (*just war*)⁷¹. La guerre s'apparente à un procédé de dernier recours et, par essence, vise le rétablissement ou la préservation de la justice. Il faut donc faire preuve de proportionnalité avant de déclarer la moindre hostilité.

Au bout du compte, Cicéron vient concrétiser et réaliser la conception aristotélicienne de la proportionnalité⁷². Loin de s'en tenir aux questions de répartition, il ébauche les théories de la peine proportionnelle et de la guerre juste, qui seront par la suite respectivement reprises en droit pénal et en droit international.

3. La proportionnalité aquinienne

Saint Thomas d'Aquin a également apporté une pierre substantielle à l'édifice. La pensée thomiste envisage le rapport à Dieu selon une analogie de la proportionnalité : Dieu et les hommes sont des êtres complètement différents, mais sont néanmoins analogues, parce que Dieu est au monde céleste ce que les hommes sont au monde terrestre⁷³. Selon une perspective plus juridique, la proportionnalité « *was further refined by Aquinas in the law of self-defense of states* »⁷⁴ dans la mesure où « *Aquinas presented the first decomposition of Aristotle's concept into the now known multi-step proportionality procedure* »⁷⁵.

En effet, dans son ouvrage *Somme théologique*, Saint Thomas d'Aquin vient poser trois conditions pour qualifier une guerre de « juste »⁷⁶. Pre-

⁶⁹ Voir Engle, « History of Proportionality », *supra* note 24 à la p 5.

⁷⁰ Voir Ienilieieva, *supra* note 45 à la p 14.

⁷¹ Voir généralement Engle, « History of Proportionality », *supra* note 24 à la p 5.

⁷² Voir Engle, « Proportionality and Aristotle », *supra* note 47 à la p 269.

⁷³ Voir notamment Bernard Landry, « L'analogie de proportionnalité chez Saint Thomas d'Aquin » (1922) 24:96 R néo-scolastique de philosophie 454.

⁷⁴ Engle, « History of Proportionality », *supra* note 24 à la p 5.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Saint-Thomas-d'Aquin, *Somme théologique*, t 8, 3^e éd, traduit par F Lachat, Paris, Louis Vivès, 1874 aux pp 178–80.

mièrement, seule la puissance publique dispose de l'autorité pour déclarer une guerre; un particulier n'a donc aucune prérogative (*auctoritas principis* — autorité). Deuxièmement, il faut toujours avoir une cause juste pour mener une guerre; l'ennemi doit avoir commis une faute préalable (*causa justa* — légitimité). Troisièmement, l'intention des hostilités doit être droite et ne dissimuler aucune haine personnelle; concrètement, les opérations doivent se limiter à réparer l'injustice, plutôt que punir l'ennemi (*intentio recta* — nécessité). S'agissant de ce dernier critère, on peut y voir une manifestation explicite de la proportionnalité : l'usage de la violence doit être proportionné à l'injustice commise par l'ennemi, sans être excessive⁷⁷.

Par la suite, Grotius reprend cette conception dans son traité *Droit de la guerre et de la paix*⁷⁸ et vient ériger la proportionnalité en matière de guerre juste en un véritable principe général de droit⁷⁹. La proportionnalité s'appliquerait non seulement aux rapports interétatiques (droit international), mais également à ceux intraétatiques (droit interne). Ce faisant, « *Grotius thus transitions the concept into modernity and links the idea of justice as proportion (ratio) to the idea of interest, balancing as a method for dispute resolution* »⁸⁰.

B. Les prémices normatives de la proportionnalité

Dans un contexte strictement normatif, les vestiges de la proportionnalité remontent à des temps anciens, avant même l'Antiquité. Le Code d'Hammourabi constitue l'un des plus vieux textes introduisant une dose de proportionnalité par le biais de la célèbre loi du talion (1). Par la suite, en droit romain, le *Corpus Iuris Civilis* édicte une forme de proportionnalité en matière de légitime défense (2). Enfin, en Angleterre, la *Magna Carta* vient assurer une proportionnalité des peines aux citoyens (3). Sans prétendre à l'exhaustivité, ces différents exemples témoignent plutôt des prémices pénales de la proportionnalité⁸¹.

⁷⁷ Voir *ibid.*

⁷⁸ Hugo Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, t 1, traduit par Antoine De Courtin, Paris, Arnould Seneuze, 1687 aux pp 21 et s.

⁷⁹ Pour aller plus loin, voir E Thomas Sullivan et Richard S Frase, *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, Oxford, Oxford University Press, 2008 aux pp 15–20.

⁸⁰ Engle, « History of Proportionality », *supra* note 24 à la p 5.

⁸¹ Voir notamment Martens, « L'irrésistible ascension », *supra* note 14 aux pp 51–52.

1. Le Code d'Hammourabi et la loi du talion

Comme certains ont déjà pu le relever⁸², le concept normatif de proportionnalité trouve ses premières traces dans le Code d'Hammourabi, sous le royaume de Babylone en 1750 av. J.-C. Plus précisément, la fameuse loi du talion⁸³ exige la proportionnalité entre l'infraction commise et la sanction à purger — le mot « talion » tire d'ailleurs son origine du latin *talis* signifiant « semblable »⁸⁴. Cette idée de proportionnalité entre le crime et la peine irrigue ainsi les plus de deux cents articles du Code d'Hammourabi. Qu'il nous suffise de citer successivement les articles 196 et 200 :

196. Si un homme a crevé l'œil d'un homme libre, on lui crèvera un œil.

200. Si un homme a fait tomber les dents d'un homme de même condition que lui, on fera tomber ses dents⁸⁵.

Au delà de la nature du crime, il faut également prendre en compte le rang de la victime. Le Code d'Hammourabi distingue en effet trois catégories sociales distinctes dans la population : l'*awiloum* (l'homme par excellence), le *moushkenoum* (l'homme du commun) et le *wardoum* (l'esclave). L'article 202 fait d'ailleurs nettement ressortir cette caractéristique :

202. Si un homme a frappé le cerveau d'un homme de condition supérieure à lui, il sera frappé en public de 60 coups de nerf de bœuf⁸⁶.

Dans le Code d'Hammourabi, la peine doit donc être proportionnelle, premièrement au crime, et deuxièmement au rang de la victime. Comme l'explique Franz Wieacker, la rationalité de cette règle ne vise pas tant à assouvir la soif de vengeance personnelle qu'à préserver l'ordre et la stabilité au sein de la société⁸⁷. Par la suite, la loi du talion a été transposée dans l'Ancien Testament sous la formule générique « œil pour œil, dent pour dent »⁸⁸. De même, le Coran fait plusieurs références explicites au talion⁸⁹.

⁸² Voir Moshe Cohen-Eliya et Iddo Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 à la p 24; Jonas Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden (Pays-Bas), Brill, 2009 à la p 33.

⁸³ Voir pour une étude approfondie William Ian Miller, *Eye for an Eye*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006. Voir aussi Morris J Fish, « An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment » (2008) 28:1 Oxford J Leg Stud 57.

⁸⁴ *Trésor de la Langue Française informatisé*, *sub verbo* « talion ».

⁸⁵ Traduction tirée de l'ouvrage de V Scheil, *La loi de Hammourabi (vers 2000 av. J.-C.)*, 2^e éd, Paris, Ernest Leroux, 1904.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Référence allemande citée par Christoffersen, *supra* note 82 à la p 33.

⁸⁸ Ex 21,23–25; Lv 24,19–20; Dt 19,21.

⁸⁹ Voir Sourate II 173–175, Sourate V 49.

2. Le *Corpus Iuris Civilis* et la légitime défense

Une forme de proportionnalité peut également être décelée en droit romain en matière de légitime défense. En effet, lorsqu'une agression violente et injuste est dirigée contre une personne, celle-ci peut, en cas de nécessité, repousser la force par la force; l'objectif est d'éviter un mal irréparable⁹⁰. Cependant, la défense n'est légitime que si elle est nécessaire, c'est-à-dire qu'il n'existe aucune possibilité d'échapper autrement à l'agression et au mal irréparable⁹¹. Par ailleurs, la défense ne doit jamais dégénérer en attaque⁹². L'ensemble de ces éléments montre que la défense, pour être qualifiée de légitime, doit être *nécessaire et proportionnée* à l'attaque. En cas d'agression dirigée contre un bien, une riposte corporelle serait disproportionnée puisque « la voie judiciaire suffit pour la réparation complète d'un mal qui concerne exclusivement les biens »⁹³. *A contrario*, en cas d'atteinte à l'intégrité de l'agressé, ce dernier pourrait défendre son existence par tout moyen, et il serait proportionné de tuer l'agresseur. Cette dernière situation s'assimile à la résurgence temporaire d'un état naturel antérieur à la société.

Le Digeste vient d'ailleurs codifier le principe de légitime défense et ses restrictions de la manière suivante :

On y rapporte aussi le droit de repousser la violence et les injures car ce droit autorise tout ce qui est fait pour la défense de son corps; et la nature ayant mis entre tous les hommes une certaine alliance, c'est un crime que d'attenter à la vie d'un autre homme⁹⁴.

Là encore, la défense à une attaque doit être nécessaire et proportionnée. Il est permis de « repousser la violence et les injures » car « c'est un crime que d'attenter à la vie d'un autre homme ». Ce qui revient de fait à adopter un comportement proportionné par rapport à l'assaut.

Dans le même sens, et cette fois de manière encore plus explicite, le Code de Justinien reconnaît le droit d'user de la force pour défendre sa propriété sous réserve de modération :

⁹⁰ Voir Polynice van Wetter, *Cours élémentaire de droit romain contenant la législation de Justinien*, vol 1, Paris, Marescq Aîné, 1893.

⁹¹ Voir *Ibid.*

⁹² Voir *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Dig 1.1.3 (voir *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, traduit par Henri Hulot, Paris, Rondonneau, 1803 à la p 127).

*A person lawfully in possession has the right to use a moderate degree of force to repel any violence exerted for the purpose of depriving him of possession, if he holds it under a title which is not defective*⁹⁵.

En droit romain, la proportionnalité trouve donc un terrain d'application dans le domaine spécifique de la légitime défense. Cependant, selon certains, les jurisconsultes du Code de Justinien percevaient plus largement la justice comme une volonté constante et perpétuelle d'attribuer à chacun son dû⁹⁶.

3. La *Magna Carta* et la proportionnalité des peines

La *Magna Carta* (1215) s'inscrit dans la droite ligne de la loi du talion et vient y rajouter une couche concernant la proportionnalité des peines. On peut ainsi y lire à son article 14 :

14. Un homme libre ne pourra être frappé d'amende (*amercietur*) pour un petit délit que proportionnellement à ce délit; il ne pourra l'être pour un grand délit que proportionnellement à la gravité de ce délit, mais sans perdre son fief (*salvo contenemento suo*). Il en sera de même des marchands auxquels on laissera leur négoce. Les paysans de seigneurs autre que nous-mêmes seront aussi frappés d'amende, s'ils viennent à l'encourir, sans perdre leurs instruments de labour; et aucune de ces amendes ne sera imposée que sur le serment de douze hommes probes et loyaux du voisinage. — Les comtes et barons ne pourront être frappés d'amende que par leurs pairs, et proportionnellement au délit commis. — Aucune personne ecclésiastique ne sera frappée d'amende, selon la valeur de son bénéfice ecclésiastique, mais selon sa tenure laïque et l'importance du délit⁹⁷.

Ces dispositions pénales témoignent en fait d'une double forme de proportionnalité :

« *Objective* », parce que contenue dans la loi, par un système d'échelle de peines, le juge peut déterminer la proportionnalité entre la sanction et la gravité de l'infraction ou du délit. « *Subjective* », parce que dans le système de l'échelle des peines, le juge apprécie l'importance de la sanction au regard de la personnalité de l'intéressé, de ses antécédents et du contexte de l'espèce⁹⁸.

Aujourd'hui, la plupart des systèmes pénaux reconduisent ce principe de proportionnalité des peines. À titre d'exemple, l'article 718.1 du *Code*

⁹⁵ Cod 8.4.1, tel que cité dans Lawrence G. Duggan, *Armsbearing and the Clergy in the History and Canon Law of Western Christianity*, Woodbridge (R-U), The Boydell Press, 2013 à la p 124.

⁹⁶ Voir Vannes, *supra* note 7 à la p 108.

⁹⁷ Ligue Internationale des droits de l'homme et de la démocratie nouvelle, *Textes Sacrés de la Liberté*, Éditions de la Maison Française, New York, 1942, aux pp 15–16.

⁹⁸ Voir *ibid* aux pp 58–61.

criminel du Canada⁹⁹ contient une dose de proportionnalité, quoiqu'il doit être interprété selon différentes formes de rétributivisme (la proportionnalité peut ainsi être vindicatoire, expiatoire, hégélienne, restauratrice ou symbolique)¹⁰⁰.

En substance, que faut-il en conclure? Essentiellement, deux éléments. Premièrement, la proportionnalité imprègne le droit depuis des siècles, voire des millénaires, quoique sous des appellations voilées et variées. Deuxièmement, la proportionnalité a fait ses premières dents en matière pénale, notamment en matière de détermination des peines et de légitime défense. En ce sens, la période pré-moderne marque les balbutiements de la proportionnalité en tant que principe de droit (*l'impulsion*). Nous allons voir que la période moderne s'inscrit dans la droite ligne de cette tendance, tout en conférant une nouvelle dimension à la proportionnalité (*la réception*).

II. La proportionnalité moderne, la réception

Le raisonnable, la prudence, le juste, la mesure et l'équité. Sans l'esprit vivifiant de ces abstractions, résolument fuyantes au demeurant, le droit ne serait que lettre morte. La proportionnalité appartient à ce même registre. Elle imprègne le droit depuis la nuit des temps, comme les développements antérieurs en témoignent. Cependant, elle se démarque également par son caractère éminemment protéiforme et insaisissable — comme nous le verrons, le terme en tant que tel n'est apparu que récemment dans le vocabulaire juridique¹⁰¹. La proportionnalité s'apparente donc à « l'ossature inapparente du droit »¹⁰² et inspire « le droit, en secret, à la manière dont les muses inspirent les poètes »¹⁰³.

Ceci étant, est-ce à dire que la proportionnalité a constamment suscité l'intérêt à travers les âges? La réponse tend plutôt vers la négative. Lors de la période féodale, tout comme le droit écrit et codifié, la proportionnalité est tombée en désuétude¹⁰⁴. Cependant, le Siècle des Lumières (XVIII^e

⁹⁹ *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art 718.1 : « La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant ».

¹⁰⁰ Voir notamment André Jodouin et Marie-Ève Sylvestre, « Changer les lois, les idées, les pratiques : réflexions sur l'échec de la réforme de la détermination de la peine » (2009) 50:3-4 C de D 519 aux pp 533-39.

¹⁰¹ Voir la partie II.A.2.

¹⁰² Pour reprendre la formule de Robert Latournerie, « Essai sur les méthodes jurisprudentielles du Conseil d'État » dans *Livre jubilaire du Conseil d'État*, Paris, Sirey, 1949 à la p 245.

¹⁰³ Martens, « Préface », *supra* note 46 à la p 11.

¹⁰⁴ Voir Vannes, *supra* note 7 à la p 108.

siècle) marque un regain de curiosité pour la proportionnalité. Il s'agit d'un moment charnière dans l'histoire de la proportionnalité et on peut y voir le passage vers une conception plus moderne. À tout le moins, c'est la position que nous défendrons dans cette partie. Pour ce faire, nous mobiliserons la traditionnelle *summa divisio* droit privé/droit public, qui souligne efficacement les différences de réception de la proportionnalité. Alors que la proportionnalité constitue un *principe explicite* de droit public (A), elle s'apparente plutôt à une *pratique implicite* en droit privé (B).

A. La proportionnalité comme principe explicite de droit public

À moins d'avoir le don de passer entre les gouttes, le publiciste aura nécessairement été confronté, à un moment ou à un autre de sa pratique, au principe de proportionnalité. Et ce, que ce soit en droit international, européen, de l'Union européenne, administratif ou constitutionnel. En substance, l'idée est toujours la même : « l'autorité publique [...] doit respecter au mieux les droits des personnes et, par conséquent, ne restreindre ceux-ci que dans la stricte mesure où cela est nécessaire à l'intérêt général »¹⁰⁵. Cette assertion générale a permis à la proportionnalité de s'imposer en principe incontournable du droit public.

Malgré ce succès, il serait erroné de déduire que la proportionnalité s'est infiltrée en droit public par effraction, sans frapper à la porte. Il est en effet possible de jalonner le développement du principe de proportionnalité en trois périodes successives. En premier lieu, le temps de *la gestation* : le Siècle des Lumières est irrigué par un désir de « modération » et représente un terreau favorable à la consécration juridique de la proportionnalité (1). En deuxième lieu, le temps de *la naissance* : les origines de la proportionnalité remontent au droit administratif prussien et, plus particulièrement, au juriste Carl Gottlieb Svarez (2). En troisième lieu, le temps de *la maturité* : la proportionnalité s'est propagée en droit public à la fois sur le plan matériel et territorial (3).

1. La gestation : le Siècle des Lumières et la soif de modération

L'avènement du principe de proportionnalité est indissociable à un contexte bien spécifique : le Siècle des Lumières. Lors de cette période, les philosophes érigent la modération en une vertu absolue qui devrait gagner les esprits et la politique¹⁰⁶. Madame de Staël note ainsi que « les ex-

¹⁰⁵ Michel Fromont, « Le principe de proportionnalité » (1995) *Actu jur dr admin* 156 à la p 165.

¹⁰⁶ Voir Guillaume Barrera, *Les Lois du monde : Enquête sur le dessein politique de Montesquieu*, Paris, Gallimard, 2009 à la p 15.

trêmes sont dans la tête des hommes, mais point dans la nature des choses »¹⁰⁷. Dans le même sens, et contre toute attente, Rousseau considère que « [c]’est moins la force des bras que la modération des cœurs, qui rend les hommes indépendants et libres »¹⁰⁸. Enfin, Montesquieu condamne sévèrement les extrêmes et, partant, introduit le sacro-saint principe de séparation des pouvoirs. Par ailleurs, il appréhende avant tout la justice comme un rapport de convenance entre deux choses. Nous reproduisons à cet égard un extrait de l’*Esprit des lois*, aussi élégant que saillant : « Si vous montez trop haut vous brûlerez la demeure céleste, si vous descendez trop bas, vous réduirez en cendres la Terre : n’allez point trop à droite, vous tomberiez dans la Constellation du Serpent; n’allez point trop à gauche vous iriez dans celle de l’Autel : tenez-vous entre les deux »¹⁰⁹.

À ce stade, nous renvoyons à l’ouvrage d’Aurelian Craiutu, *A Virtue for Courageous Minds: Moderation in French Political Thought*¹¹⁰, qui jalonne l’idée de modération de 1748 à 1830. À nos fins, nous retiendrons qu’il n’y a qu’un pas entre le concept politique de modération et le principe juridique de proportionnalité¹¹¹.

Dans la même veine, on peut établir un lien entre la notion de contrat social et le principe de proportionnalité. Comme l’indique le professeur Barak, « *these new developments viewed the relationships between citizens and their ruler in an entirely new light: It was the citizens who provided their ruler with powers — limited powers — and those powers were granted only if they would be used for the people’s benefit, not the ruler’s* »¹¹².

2. La naissance : Carl Gottlieb Svarez et le droit administratif allemand

Pour la plupart des publicistes, la conception moderne du principe de proportionnalité remonte au droit administratif prussien du XVIII^e

¹⁰⁷ Germaine de Staël-Holstein, *De l’influence des passions sur le bonheur des individus et des nations*, Lausanne, Jean Mourer, 1796 aux pp 222–23.

¹⁰⁸ Jean-Jacques Rousseau, *Émile, ou De l’éducation*, Paris, Librairie garnier frères, 1924 à la p 269.

¹⁰⁹ Charles de Secondat baron de Montesquieu, *De l’esprit des lois*, t 2, Genève, Barillot & fils, 1749 aux pp 379–80.

¹¹⁰ Aurelian Craiutu, *A Virtue for Courageous Minds: Moderation in French Political Thought, 1748–1830*, Princeton, Princeton University Press, 2012.

¹¹¹ Cela fera l’objet d’un travail ultérieur portant exclusivement sur la relation entre le concept politique de modération et le principe juridique de proportionnalité.

¹¹² Barak, *supra* note 24 à la p 176.

siècle¹¹³. Plus particulièrement, Carl Gottlieb Svarez y a joué un rôle de premier plan¹¹⁴.

Svarez est un des rédacteurs du Code civil prussien de 1794¹¹⁵, et il a exercé les fonctions de ministre de la Justice et d'enseignant auprès du roi en devenir, Frédéric Guillaume III¹¹⁶. Il est aujourd'hui considéré comme l'un des juristes les plus éminents de sa génération. Selon Svarez, qui écrivait à l'ère et à l'horizon du Siècle des Lumières, « *the state has the right to restrict the rights of an individual only to the extent that is necessary to protect the freedom and safety of all the others* »¹¹⁷. Par la suite, il formalise cette idée au sein du Code civil prussien en ces termes : « *the office of the police is to take the necessary measures for the maintenance of public peace, security, and order* »¹¹⁸. Concrètement, l'action policière doit nécessairement être guidée par la raison (en lien avec le concept de « mesures nécessaires »)¹¹⁹ et la liberté individuelle s'envisage comme un droit naturel¹²⁰. À ce stade, il convient de souligner que le terme « proportionnalité » n'a jamais été utilisé par Svarez¹²¹, même si l'ensemble de ses travaux y réfère implicitement.

Lors de la seconde moitié du XIX^e siècle, la conception svarezienne a pris davantage de consistance en droit administratif prussien. En effet, pour la première fois, on voit apparaître le terme « proportionnalité » (*Verhältnismäßigkeit*) dans la littérature administrative allemande¹²², toujours dans le contexte spécifique de l'intervention policière (*Polizei-recht*). Au delà de cette couverture doctrinale, la plus haute instance administrative prussienne (*Oberverwaltungsgericht*) a repris et raffiné la notion de « mesures nécessaires » en établissant un test *sui generis*¹²³. En

¹¹³ En ce sens, voir notamment Cohen-Eliya et Porat, *supra* note 82 aux pp 24 et s.

¹¹⁴ Voir à cet égard Sweet et Mathews, *supra* note 24 aux pp 98–106.

¹¹⁵ Voir notamment Milan Kuhli, « Power and Law in Enlightened Absolutism : Carl Gottlieb Svarez' Theoretical and Practical Approach » (2013) 21 J Max Planck Institute for European Legal History à la p 17.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Tel que cité par Ienilieieva, *supra* note 45 à la p 14.

¹¹⁸ Partie II, paragraphe 17, sous-paragraphe 10, tel que cité par Sweet et Mathews, *supra* note 24 à la p 100.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Voir Barak, *supra* note 24 à la p 178.

¹²¹ Voir *ibid.*, citant George Frumkin, *A Survey of the Sources of the Principle of Proportionality in German Law*, thèse de doctorat en droit, University of Chicago, 1991, à la p 18 [non publiée].

¹²² Voir Frumkin, *supra* note 121 à la p 17.

¹²³ Barak, *supra* note 24 à la p 179.

substance, la conduite policière est considérée illégale advenant qu'elle soit disproportionnée.

Dans l'article « *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism* »¹²⁴, les auteurs Sweet et Mathews s'intéressent à la généalogie de la proportionnalité en droit public. Au terme d'une analyse chronologique détaillée, ils démontrent que : « *By the end of the nineteenth century, the principle of proportionality enjoyed a secure place in administrative law, both in judicial decisions and scholarly treatises* »¹²⁵. À nos fins, retenons que le développement de la proportionnalité en droit administratif allemand est le résultat d'un double processus : d'une part, la translation d'un concept philosophique à un principe juridique (de la conception svarezienne au Code civil prussien), d'autre part, le passage d'une couverture doctrinale à une réception jurisprudentielle (de la littérature prussienne à la Cour administrative suprême).

Cependant, ce n'est pas tout. La proportionnalité s'est également propagée au droit constitutionnel allemand à la fin du XIX^e siècle. Même si la *Loi fondamentale* (*Grundgesetz*) n'y réfère pas expressément, la proportionnalité a en effet été perçue comme un véritable principe constitutionnel¹²⁶. Vu la nature relative de la plupart des droits de la *Loi fondamentale* (à l'exception du droit absolu à la « dignité humaine »), la proportionnalité devrait toujours se situer en trame de fond¹²⁷. Comme le résume Aharon Barak,

*in each case, the court must find a proper purpose and a rational connection between the means used by the limiting statute and the proper purpose, the absence of less intrusive means, and a proper balance between the limitation on the right and the benefit gained by the limiting statute*¹²⁸.

Sans prétendre à l'exhaustivité, ces différents éléments témoignent du long chemin parcouru par la proportionnalité en droit administratif allemand. Premièrement, la proportionnalité est reconnue en tant que concept philosophique. Deuxièmement, elle colore l'idée de « mesures nécessaires » en matière coercitive. Troisièmement, elle est reconnue comme principe de base en matière constitutionnelle. Quatrièmement, elle est inhérente à l'État de droit (*Rechtsstaat*).

¹²⁴ Sweet et Mathews, *supra* note 24.

¹²⁵ *Ibid* à la p 101.

¹²⁶ Voir Barak, *supra* note 24 aux pp 179–80.

¹²⁷ Voir *ibid* à la p 179.

¹²⁸ *Ibid* à la p 180.

En prenant de la perspective, on peut même dire que le principe a évolué d'une prohibition de disproportionnalité (*Ueberschussverbot* — l'État ne doit pas agir trop largement) à une obligation de proportionnalité (*Verhältnismässigkeit* — l'État doit mettre en œuvre des moyens proportionnés pour légitimer son action)¹²⁹.

3. La maturité : le principe de proportionnalité en droit public

La proportionnalité trouve ses origines en droit administratif allemand. Cependant, l'histoire ne s'arrête pas là, bien au contraire. En effet, la proportionnalité a progressivement gagné ses galons en tant que véritable principe de droit public. Cette promotion est le résultat d'un double processus : la proportionnalité s'est à la fois propagée sur le plan matériel et sur le plan territorial. Présentons successivement ces deux tendances.

Premièrement, depuis le début du XX^e siècle, la proportionnalité s'est étendue à de nombreuses branches du droit public (*ratione materiae*). Au delà du droit administratif et du droit constitutionnel, la proportionnalité s'est répandue à bien d'autres domaines. On parle ainsi de proportionnalité en droit européen, notamment pour interpréter la Convention européenne des droits de l'homme : « *According to the European Court of Human Rights, the concept of proportionality — with all its components, including proportionality stricto sensu (balancing) — is a central feature of human rights according to the Convention* »¹³⁰. De même, la proportionnalité est un principe de droit de l'Union européenne, repris du droit allemand par la Cour de justice de l'Union européenne¹³¹ et formalisée dans les termes suivants : « En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités »¹³². De surcroît, la proportionnalité trouve un champ d'application en droit international, notamment dans le cadre de la légitime défense¹³³. Enfin, dans le cadre du droit international humanitaire, la proportionnalité se cristallise ainsi : les opérations militaires doivent être réalisées en veillant à éviter de provoquer des pertes

¹²⁹ Voir Engle, « History of Proportionality », *supra* note 24 à la p 6.

¹³⁰ Barak, *supra* note 24 aux pp 183–84.

¹³¹ Voir *ibid* aux pp 184–85.

¹³² Art 5 § 4, CE, *Traité sur l'Union Européenne (version consolidée)*, [2012] JO, C 326/13 à la p 18.

¹³³ Voir notamment Thomas M Franck, « On Proportionality of Countermeasures in International Law » (2008) 102:4 AJIL 715.

ou des dommages parmi les personnes et les biens civils « qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu »¹³⁴.

Deuxièmement, lors de la seconde moitié du XX^e siècle, la proportionnalité s'est propagée au sein des ordres juridiques nationaux et supranationaux (*ratione loci*). Comme nous l'avons évoqué, la proportionnalité est un principe central en droit européen et de l'Union européenne. Mais ce n'est pas tout. Le principe de proportionnalité s'est également étendu à l'Europe de l'Ouest (France, Belgique, Espagne, Portugal, Suisse, etc.), aux membres du Commonwealth (Royaume-Uni, Nouvelle-Zélande, etc.), en Asie (Hong Kong, Corée du Sud, etc.) et en Amérique du Sud (Colombie, Pérou, etc.)¹³⁵. Plus particulièrement, au Canada, le principe de proportionnalité joue un rôle déterminant en droit constitutionnel depuis 1986¹³⁶ et a été largement couvert par la doctrine¹³⁷.

Compte tenu la nature du présent travail, nous n'approfondirons pas davantage sur ces différentes manifestations de la proportionnalité, pour tout aussi passionnantes les unes que les autres. Cependant, nous reproduisons ci-dessous un schéma d'Aharon Barak qui illustre aisément cette migration du principe de proportionnalité en droit public¹³⁸ :

¹³⁴ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux* (Protocole I), 8 juin 1977, 1125 RTNU 271 art 57(2)(a)(iii), 16 ILM 1391 1977.

¹³⁵ Voir Barak, *supra* note 24 aux pp 181–210.

¹³⁶ L'arrêt de principe en la matière, à l'origine du célèbre « test de Oakes », est *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103, 26 DLR (4^e) 200. Voir Luc B Tremblay et Grégoire CN Webber, dir, *La limitation des droits de la Charte : Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes*, Montréal, Thémis, 2009. Voir aussi Sullivan et Frase, *supra* note 79 aux pp 26–28.

¹³⁷ Voir notamment Luc B Tremblay, « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle » (2012) 57:3 RD McGill 429. Voir également Association du Barreau canadien, *Proportionnalité et accommodements : Actes des conférences 2010 de la section droit constitutionnel et droits de la personne de l'ABC-Québec*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010.

¹³⁸ Barak, *supra* note 24 à la p 182.

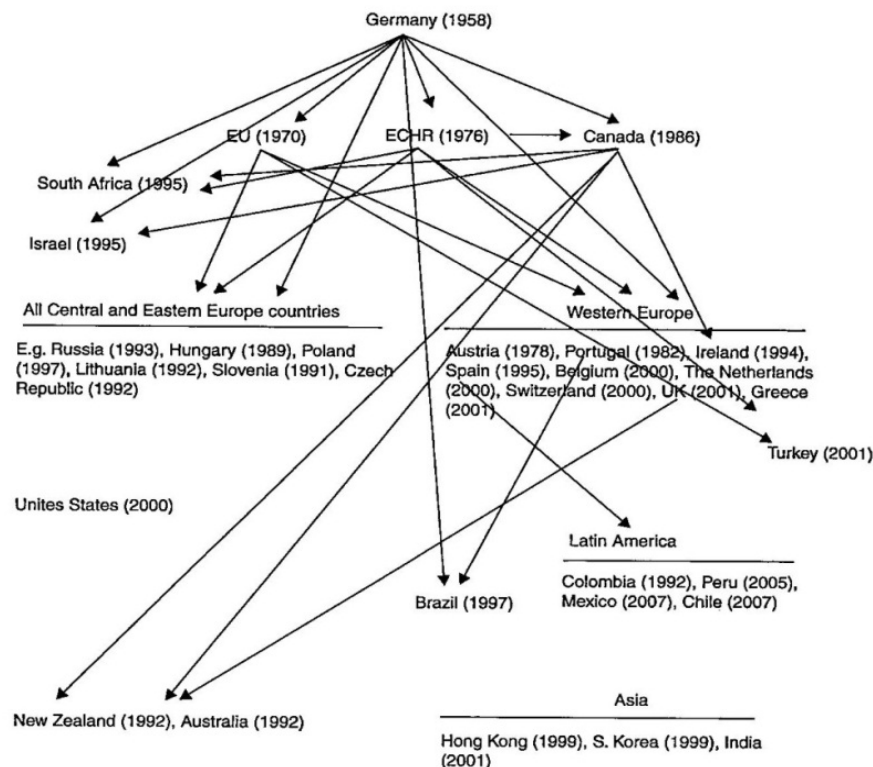


Figure 1 The migration of proportionality

B. La proportionnalité comme pratique implicite de droit privé

Comme nous l'avons démontré, à partir du XVIII^e siècle, la proportionnalité a progressivement acquis ses marques de noblesse en tant que véritable principe de droit public. La proportionnalité s'est en effet longtemps cachée dans l'ombre du droit privé, ce qui ne veut pas pour autant dire qu'elle était inexistante. Elle s'assimilait à une pratique non avouée — par opposition au principe véritable — pourtant belle et bien cruciale dans le développement du droit privé. En fait, d'appréhender la proportionnalité en droit public et en droit privé est un peu comme comparer l'époux légitime à l'amant clandestin : les deux jouent un rôle similaire, sans pour autant bénéficier de la même reconnaissance publique.

Ceci étant dit, tentons de caractériser la proportionnalité en droit privé. Premièrement, elle appartient au registre des notions juridiques variables (1). Deuxièmement, un lien de filiation peut être établi entre la proportionnalité et le principe du raisonnable (2). Enfin, la proportionnalité se laisse entrevoir au travers de plusieurs théories de droit civil, telles que l'abus de droit, les troubles de voisinage ou la lésion (3).

1. Une notion au caractère variable et protéiforme

Il n'y a aujourd'hui rien d'extraordinaire à affirmer que le droit repose souvent, pour ne pas dire systématiquement, sur des notions variables aux « contours multiples »¹³⁹. Qu'il nous suffise de référer à la personne raisonnable, aux circonstances exceptionnelles, à la bonne foi ou encore à l'ordre public; ce sont là des notions juridiques au « contenu ouvert »¹⁴⁰, qui permettent d'entourer d'un mur de mots un terrain vague d'idées. Leur principal avantage est de couvrir une matière « qu'il serait impossible d'appréhender intégralement par le procédé de la définition précise et rigide »¹⁴¹. Plus fondamentalement, ces notions permettent de faire évoluer le droit au rythme de la réalité sociale, au regard des « exigences changeantes et variées de la vie »¹⁴². Comme le dit si habilement Sébastien Van Drooghenbroeck, « à la règle de fer rigide [...] se substitue la règle de plomb, souple, infiniment respectueuse de l'irréductible singularité des situations et des êtres »¹⁴³.

La proportionnalité appartient précisément à cette catégorie des notions variables en droit¹⁴⁴. En jouant à peine sur les mots, elle s'apparente à la fois un concept *couvert* et *couvercle*. Couvert, car la proportionnalité se donne difficilement à voir et est rebelle à tout effort de définition. Couvercle, car toute disposition juridique contient par essence une dose de proportionnalité. À ce stade, il convient de préciser que même si la notion de proportionnalité ne recoupe pas nécessairement le « juste »¹⁴⁵, elle est toujours conforme à l'idée de « juste milieu »¹⁴⁶.

Face à un tel constat, on ne peut que s'interroger sur l'utilité d'une telle notion protéiforme, qui semble largement victime de son succès. On peut répondre à cette question ainsi : « La proportionnalité appartient au Code invisible de lois non écrites qui assouplit la rigueur du droit écrit ou qui comble ses lacunes »¹⁴⁷. Il y a donc essentiellement deux fonctions à la

¹³⁹ Vannes, *supra* note 7 aux pp 43–45.

¹⁴⁰ Aude Bouveresse, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010 à la p 46.

¹⁴¹ Jacques Verhaegen, « Notions floues en droit pénal » dans Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst, dir, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, 7 à la p 8.

¹⁴² François GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t 1, 2^e éd, Paris, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1932 à la p 129.

¹⁴³ Van Drooghenbroeck, *supra* note 16 à la p 14.

¹⁴⁴ Voir généralement Perelman et Vander Elst, *supra* note 141.

¹⁴⁵ Au sens aristotélicien.

¹⁴⁶ Voir Vannes, *supra* note 7 à la p 41.

¹⁴⁷ *Ibid* à la p 45.

proportionnalité : d'une part, elle permet d'adoucir la rigidité du droit (préventif), d'autre part, elle ouvre la possibilité de surmonter les failles du droit (curatif).

2. Une filiation avec le principe du raisonnable

La proportionnalité doit également s'appréhender par rapport au concept de « raison »¹⁴⁸. En substance, on peut dire que le raisonnable en droit « exprime essentiellement la modération, l'adaptation, et la proportionnalité — toute mesure récusant l'excès »¹⁴⁹. Une telle définition souligne efficacement le lien de proximité entre ces deux notions, soit la proportionnalité et le raisonnable. Dans le même sens, le professeur Philippe écrit : « Expression du concept de proportionnalité, le raisonnable correspond à une notion dynamique visant à déterminer le seuil de l'admissible »¹⁵⁰. Malgré cette contiguïté, faut-il en déduire que la proportionnalité recoupe parfaitement le principe du raisonnable? Cette question a partagé les privatistes au cours des dernières années.

D'un côté, la professeure Behar-Touchais perçoit une différence entre les deux concepts. Pour elle, « si les deux notions sont très proches, elles ne doivent pas être confondues », tout en considérant que « la proportionnalité est une application de la notion de raisonnable, mais [elle] n'est pas tout le raisonnable »¹⁵¹. Cette conclusion est essentiellement justifiée par une certaine conception de la proportionnalité, qui prend en compte sa composante mathématique. Ainsi, la proportionnalité est plutôt *arithmétique* (dans le sens aristotélicien) et n'implique pas nécessairement une différenciation entre les personnes. À l'inverse, le raisonnable commande une évaluation de la logique à l'aune des contingences.

De l'autre côté, la professeure Vannes voit une convergence inéluctable entre la proportionnalité et le raisonnable¹⁵². Dans ses mots, « [c]e qui est raisonnable est ce qui est proportionné et ce qui est proportionné est ce qui est raisonnable » et « c'est l'idée de modération ou de juste me-

¹⁴⁸ Nous référons aux travaux de Chaïm Perelman, notamment *Le raisonnable et le déraisonnable en droit : au-delà du positivisme juridique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984 [Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable*].

¹⁴⁹ Georges Khairallah, « Le “raisonnable” en droit privé français : Développements récents » (1984) RTD civ 439 à la p 445.

¹⁵⁰ Philippe, *supra* note 5 à la p 20.

¹⁵¹ Martine Behar-Touchais, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé? Rapport introductif » (1998) 117 Petites affiches 3 [Behar-Touchais, « Rapport introductif »].

¹⁵² Voir Vannes, *supra* note 7 à la p 64.

sure qui est le socle commun des deux concepts »¹⁵³. Selon cette approche, la proportionnalité relève du *géométrique* (dans le sens aristotélicien) et implique une prise en compte des individus. En ce sens, le raisonnable est on ne peut plus voisin.

Pour synthétiser, on peut donc déduire que la proportionnalité est très proche du principe du raisonnable, tout en étant sensiblement plus large. Très proche, car la proportionnalité géométrique s'envisage nécessairement comme un seuil à ne pas dépasser dans une société déterminée à un moment donné¹⁵⁴ (ce sont là les éléments de référence du raisonnable¹⁵⁵). *Plus large*, car la proportionnalité arithmétique n'intègre pas la dimension contextuelle et pourrait donc être déraisonnable, c'est-à-dire, selon Perelman et Foriers, « ce que l'opinion commune ne peut accepter, ce qu'elle ressent comme manifestement inadapté à la situation ou contraire à l'équité »¹⁵⁶.

3. Une manifestation au travers des théories de droit civil

Au risque de nous répéter, contrairement au droit public, la proportionnalité ne s'apparente pas à un véritable principe de droit privé. Cela ne veut cependant pas dire qu'elle n'ait aucun effet, bien au contraire. On retrouve en effet une multitude de manifestations de la proportionnalité en droit privé¹⁵⁷.

Ce constat s'est particulièrement révélé lors du colloque intitulé « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé? »¹⁵⁸ La question, aussi ambitieuse soit-elle, méritait d'être posée. Les intervenants ont tour à tour montré que la proportionnalité se manifeste en droit français sous forme de principe modérateur¹⁵⁹ ou correcteur¹⁶⁰, de principe subsi-

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Voir Philippe, *supra* note 5 à la p 20.

¹⁵⁵ Voir Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable*, *supra* note 148 à la p 15 : « Est déraisonnable ce qui est inadmissible dans une communauté à un moment donné ».

¹⁵⁶ Chaïm Perelman et Paul Foriers, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978 à la p 421.

¹⁵⁷ Voir Steven Lierman, « Law as a Complex Adaptative System: The Importance of Convergence in a Multi-Layered Legal Order » (2014) 21:4 Maastricht J 611 aux pp 621–24.

¹⁵⁸ Martine Behar-Touchais et al, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé? Colloque du 20 mars 1998 organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris-V » (1998) 117 *Petites affiches* 3 [Behar-Touchais et al, « Colloque »].

¹⁵⁹ Voir Martine Behar-Touchais, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé? Conclusion » (1998) 117 *Petites affiches* 68 [Behar-Touchais, « Conclusion »].

¹⁶⁰ Voir *ibid.*, citant Raymonde Vatinet, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés » (1998) 117 *Petites affiches* 58.

diaire¹⁶¹, d'exception de proportionnalité¹⁶² ou de simple contrôle de proportionnalité¹⁶³. Depuis des décennies, la proportionnalité irrigue manifestement de nombreux pans du droit privé, que ce soit en droit des contrats, en droit des sociétés, en droit social ou encore en droit de la concurrence. Toutefois, pour la plupart des privatistes, dont Antoine Mazeaud, « le principe de proportionnalité existe, mais il est à consommer avec modération »¹⁶⁴. On est loin du triomphe décomplexé de la proportionnalité en droit public. Pour sa part, la professeure Behar-Touchais concluait le compte-rendu de colloque en ces termes :

Le principe de proportionnalité n'est donc pas absent du droit privé. Bien sûr il a besoin d'être précisé et surtout d'être encadré, pour ne pas devenir, selon l'expression employée au début du siècle pour l'enrichissement sans cause, une "machine à hacher le droit", en d'autres termes, pour que l'on ne fasse pas d'application disproportionnée du principe de proportionnalité¹⁶⁵.

On voit donc bien que la proportionnalité relève davantage de la pratique que du principe en droit privé. Il est d'ailleurs possible de relever au moins trois théories de droit civil qui intègrent *nolens volens* une dose de proportionnalité : l'abus de droit, les troubles de voisinage et la lésion¹⁶⁶. Nous faisons référence ici au *Code civil du Québec*, pour être les plus explicites possible.

Premièrement, l'abus de droit est contenu à l'article 7 du C.c.Q. qui dispose :

Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

Ce principe général s'applique à tous les domaines. La Cour suprême du Canada voit en cette théorie « une importante fonction à la fois sociale et économique, celle d'un contrôle de l'exercice des droits [qui] s'inscrit dans la tendance actuelle à concevoir les droits et obligations sous l'angle de la justice et de l'équité »¹⁶⁷. En substance, l'abus se définit comme

¹⁶¹ Voir Behar-Touchais, « Conclusion », *supra* note 159, citant Hervé Lecuyer, « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat » (1998) 117 *Petites affiches* 31.

¹⁶² Voir Behar-Touchais, « Conclusion », *supra* note 159, citant Denis Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat » (1998) 117 *Petites affiches* 12.

¹⁶³ Voir Behar-Touchais, « Conclusion », *supra* note 159, citant Nicolas Molfessis, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat » (1998) 117 *Petites affiches* 21.

¹⁶⁴ Tel que cité par Behar-Touchais, « Conclusion », *supra* note 159.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Ce constat est partagé par Viviane Vannes, *supra* note 7 aux pp 83–98.

¹⁶⁷ *Houle c Banque canadienne nationale*, [1990] 3 RCS 122 à la p 124, 74 DLR (4e) 577 :

l'usage excessif d'une prérogative juridique, ou encore l'exercice d'un droit dans son intérêt personnel et en méconnaissance de ses devoirs sociaux. Il faut nécessairement évaluer la proportionnalité entre les moyens employés et les objectifs recherchés afin de déterminer la présence d'un « abus ». En quelque sorte, « le critère de la proportionnalité (ou plus précisément ici de la disproportion) va servir à affiner la théorie de l'abus de droit »¹⁶⁸. La proportionnalité s'apparente donc à un moyen pratique pour mettre en œuvre le critère générique de la théorie de l'abus de droit¹⁶⁹, comme l'ont remarqué certains auteurs¹⁷⁰. Certains considèrent même que « le principe de proportionnalité est plutôt invoqué par le particulier pour se protéger d'un législateur ou d'une administration "abusive", et relève donc plutôt du droit public, alors que l'abus de droit est davantage utilisé par un individu (ou un État) contre un particulier »¹⁷¹. Cependant, malgré quelques différences ponctuelles entre l'abus de droit du privatiste et la proportionnalité du publiciste¹⁷², l'objectif demeure toujours de tendre vers la juste mesure¹⁷³.

Deuxièmement, les troubles de voisinage sont visés par l'article 976 C.c.Q. qui se lit comme suit :

Les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage qui n'excèdent pas les limites de la tolérance qu'ils se doivent, suivant la nature ou la situation de leurs fonds, ou suivant les usages locaux.

La théorie de l'abus des droits contractuels fait partie du droit civil québécois. Cette théorie remplit une importante fonction à la fois sociale et économique, celle d'un contrôle de l'exercice des droits contractuels, et s'inscrit dans la tendance actuelle à concevoir les droits et obligations sous l'angle de la justice et de l'équité. La mauvaise foi et la malice dans l'exercice d'un droit contractuel ne sont plus les critères exclusifs pour apprécier s'il y a eu abus d'un droit contractuel. Le critère de l'individu prudent et diligent peut également servir de fondement à la responsabilité résultant de l'abus d'un droit contractuel. Il peut y avoir abus d'un droit contractuel lorsque celui-ci n'est pas exercé de manière raisonnable, c'est-à-dire selon les règles de l'équité et de la loyauté. L'abus d'un droit contractuel engendre une responsabilité contractuelle.

¹⁶⁸ Behar-Touchais, « Rapport introductif », *supra* note 151.

¹⁶⁹ Voir Paul-Alain Foriers, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle » (1994) 17 RCJB 189.

¹⁷⁰ Voir par ex Vannes, *supra* note 7 aux pp 84–96; Behar-Touchais, « Rapport introductif », *supra* note 151.

¹⁷¹ Strowel, *supra* note 18 à la p 295.

¹⁷² Voir *ibid* aux pp 301–302.

¹⁷³ Voir *ibid* à la p 303.

Loin de prétendre à l'exhaustivité¹⁷⁴, on perçoit aisément la place et le rôle de la proportionnalité à la lecture de cette disposition. Le devoir de tolérance s'applique entre les voisins lorsque l'inconvénient subi est qualifié de « normal ». Concrètement, cette qualification est le résultat d'un raisonnement proportionnel qui prend en compte trois critères d'appréciation (à savoir la nature des fonds, leur situation et les usages locaux). Comme la Cour d'appel l'a relevé il y a déjà longtemps, « la loi ne dit pas quels sont ces actes de tolérance, mais les usages de la vie journalière les font assez connaître »¹⁷⁵. Ultimement, un propriétaire doit exercer son droit de propriété en restant dans une « juste proportion » par rapport au droit de propriété du voisin¹⁷⁶, en continuité directe avec la théorie de l'abus de droit.

Troisièmement, la théorie de la lésion est cristallisée au sein de l'article 1406 C.c.Q. :

La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation.

Elle peut aussi résulter, lorsqu'un mineur ou un majeur protégé est en cause, d'une obligation estimée excessive eu égard à la situation patrimoniale de la personne, aux avantages qu'elle retire du contrat et à l'ensemble des circonstances.

La terminologie est explicite. La lésion résulte de ce qui est manifestement disproportionné et il faut nécessairement prendre en compte plusieurs facteurs contextuels (tels que l'ignorance, la faiblesse ou l'inexpérience de l'autre partie). La proportionnalité est donc à l'essence même de la théorie de la lésion. À cet égard, soulignons que la lésion en droit québécois est applicable à une catégorie limitée de personnes vulnérables (mineurs, majeurs protégés, consommateurs¹⁷⁷, emprunteur d'une somme d'argent¹⁷⁸, etc.); pour les autres, point de salut devant l'exploitation d'un contractant¹⁷⁹. Nous référons ici à un article de la professeure Grégoire¹⁸⁰ qui prône un élargissement du champ d'application

¹⁷⁴ Voir plutôt Pierre-Claude Lafond, « L'exercice du droit de propriété et les troubles de voisinage : petit Code (civil) de conduite à l'intention des voisins » (1999) 33 RJT 225.

¹⁷⁵ *St Charles c Dautre*, (1874) 18 LC Jur 253 à la p 255.

¹⁷⁶ Voir Vannes, *supra* note 7 à la p 97.

¹⁷⁷ Selon l'art 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ c P-40.

¹⁷⁸ Art 2332 CcQ.

¹⁷⁹ Voir Marie Annik Grégoire, « La lésion qualifiée : est-il possible de nuire impunément à autrui en droit québécois? » (2009) 50:2 C de D 301 à la p 319.

¹⁸⁰ Voir *ibid*, pour pousser l'analyse.

de la lésion qualifiée à tous les contractants, notamment pour mieux coller aux exigences de justice distributive en droit des contrats¹⁸¹.

Sur ce, soumettons-nous à un exercice de conclusion. La proportionnalité imprègne le droit depuis toujours, mais cette tendance s'est sensiblement accentuée à partir du XVIII^e siècle. En effet, à cette époque, les revendications convergent progressivement vers une condamnation de l'atteinte excessive portée aux droits d'autrui, et ce, qu'elle soit le résultat de particuliers ou de l'État. Plus concrètement, l'appréciation du caractère légitime de l'exercice d'un droit passerait nécessairement par une prise en compte des intérêts d'autrui¹⁸². Dans un tel contexte, le droit public et le droit privé ont progressivement intégré la proportionnalité pour respectivement limiter (et de fait légitimer) les prérogatives des autorités et les droits des citoyens. Dans les deux cas, il y a une volonté d'opérer une balance des droits et des intérêts¹⁸³. Cependant, malgré cette finalité commune, la proportionnalité s'est vu octroyer une reconnaissance sensiblement différente : d'un côté, un principe explicite de droit public, de l'autre, une pratique implicite de droit privé. Autrement dit, en droit public, elle est en pleine lumière et en droit privé, plutôt à l'ombre. En prenant davantage de hauteur, la période moderne témoigne d'un intérêt croissant pour la proportionnalité dans la sphère juridique (*la réception*) et, comme nous allons le voir, la période postmoderne intensifie drastiquement cette dynamique (*la diffusion*).

III. La proportionnalité postmoderne, la diffusion

Comme les développements antérieurs en témoignent, la proportionnalité irrigue l'ensemble des branches du droit (droit pénal, droit public et droit privé) et se manifeste dans toutes les disciplines (mathématiques, philosophie, science politique, etc.). En ce sens, force est de constater que la généalogie de la proportionnalité ne sera jamais complètement écrite¹⁸⁴. En adoptant une expression anglaise un peu plus heureuse, nous dirons plutôt qu'il s'agit d'un *work-in-progress*.

Ceci dit, détachons-nous du passé pour renouer avec le présent. Plus concrètement, il convient de s'interroger : quels sont les enjeux juridiques de la proportionnalité à l'ère et à l'horizon du XXI^e siècle? Cette question est

¹⁸¹ Voir *ibid.*

¹⁸² Voir Vannes, *supra* note 7 à la p 38.

¹⁸³ Voir Lierman, *supra* note 157 à la p 621.

¹⁸⁴ On retrouve de multiples études sur la généalogie du principe de proportionnalité (voir par ex Martin Luteran, « Towards Proportionality as a Proportion Between Means and Ends » dans Cian C Murphy et Penny Green, dir, *Law and Outsiders: Norms, Processes and 'Othering' in the Twenty-first Century*, Portland, Hart Publishing, 2011, 3 à la p 8).

bien moins simple à résoudre que sa brièveté pourrait laisser croire. Aussi, nous adopterons une méthode classique qui continue pourtant de faire ses preuves : dans un premier temps, nous dresserons l'état de la proportionnalité sous un angle descriptif (A), dans un deuxième temps, nous analyserons la proportionnalité dans tous ses états sous un angle critique (B).

A. *Un regard descriptif : l'état de la proportionnalité*

Encore récemment, la proportionnalité était brocardée de « fausse idée claire »¹⁸⁵, qui gagnerait à être ramenée à « de plus justes proportions »¹⁸⁶. On ne lui accordait pas le titre honorifique de « principe général de droit »¹⁸⁷. Cette époque est résolument révolue. La proportionnalité est prise au sérieux¹⁸⁸ et se voit accorder une attention croissante depuis plusieurs années¹⁸⁹. À nos yeux, on peut actuellement caractériser la proportionnalité à trois endroits. Premièrement, elle s'apparente à un véritable principe de droit, et ce, que ce soit en droit public ou privé (1). Deuxièmement, elle traduit juridiquement une recherche d'efficacité économique (2). Troisièmement, elle est un facteur non négligeable de convergence juridique (3).

1. Un principe général du droit

Est-il possible d'attribuer le titre de « principe » à la proportionnalité? Comme l'intitulé du présent travail le laisse suggérer, la réponse tend pour nous vers la positive. Du moins, c'est la position que nous soutenons.

Pour en venir à ce constat, il faut nécessairement se pencher sur la définition même du « principe » en droit. Les principes sont invoqués par les juristes sur une base quotidienne, sans pour autant qu'on ne sache exactement à quoi ils réfèrent. Jean Boulanger propose une des premières analyses complètes du concept et, en substance, lui attribue deux composantes¹⁹⁰. Sur le plan doctrinal, le principe « est choisi pour annoncer un

¹⁸⁵ Francis Delpérée, « Le principe de proportionnalité en droit public (Éléments d'analyse au départ de la jurisprudence du Conseil d'État) » dans *Rapports belges au X^e Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1978 à la p 503.

¹⁸⁶ Van Drooghenbroeck, *supra* note 16 à la p 9.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ Pour reprendre la célèbre formule de Ronald Dworkin.

¹⁸⁹ Voir sources cités *supra* note 24.

¹⁹⁰ Voir Étienne Verges, *Les principes directeurs du procès judiciaire : Étude d'une catégorie juridique*, thèse de doctorat en droit, Université d'Aix-Marseille III, 2000, à la p 19, citant Jean Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif » dans Georges Ri-

effort doctrinal de synthèse » et « traduit un effort de construction »¹⁹¹. À nos fins, le choix du vocable « principe » est en ce sens résolument délibéré. Sur le plan juridique, les principes « règnent sur le droit positif; ils en dirigent le développement » et « les règles juridiques sont des applications des principes »¹⁹², ce qui revient à dire que le droit se compose de principes et de règles¹⁹³. Dans notre contexte, nous avons vu que la proportionnalité irrigue toutes les branches du droit. Il s'agit d'une norme générale, écrite ou non écrite, explicite ou implicite, qui est respectée de manière constante en droit.

La proportionnalité s'apparente donc à un véritable principe juridique. Il n'y a cependant qu'un pas entre le « principe juridique » et le « principe général du droit »¹⁹⁴, que nous allons franchir allègrement. Selon nous, au-delà du principe juridique, la proportionnalité constitue une généralisation des normes juridiques¹⁹⁵ et gagne ses galons de principe général du droit. Sans entrer dans des considérations définitionnelles, nous mettrons l'accent sur deux points qui témoignent de ce phénomène.

En premier lieu, la proportionnalité se propage exponentiellement en droit public. Comme nous l'avons déjà évoqué, la proportionnalité s'est propagée et systématisée : premièrement, dans l'ensemble des branches du droit public (européen, international, administratif, constitutionnel, etc.), deuxièmement, au sein de tous les ordres juridiques (Union européenne, Europe de l'Ouest, Commonwealth, Asie, etc.). Sans revenir sur cette réalité¹⁹⁶, on peut reconnaître le caractère « général » du principe de proportionnalité en droit public.

En deuxième lieu, la proportionnalité se cristallise progressivement en droit privé. À la lumière des développements antérieurs¹⁹⁷, on a vu que la proportionnalité s'assimilait à une pratique prégnante, mais non avouée chez les privatistes. Elle se situait « en dehors d'un système stable, structuré et ordonné de référence »¹⁹⁸. Or, une tendance se dessine ces dernières années : ce qui s'assimilait à un concept — tout au plus — percole

pert, dir, *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle : Études offertes à Georges Ripert*, t 1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, 51 à la p 51.

¹⁹¹ Voir Boulanger, *supra* note 190 à la p 54.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ Voir Verges, *supra* note 190 à la p 57.

¹⁹⁴ *Ibid* à la p 20.

¹⁹⁵ Voir Henry Buch, « La nature des principes généraux du droit » (1962) 23 RIDC 55.

¹⁹⁶ Voir ci-dessus la partie II.A.3.

¹⁹⁷ Voir ci-dessus la partie II.B.

¹⁹⁸ Vannes, *supra* note 7 à la p 43.

vers le véritable principe de droit privé¹⁹⁹. À la fin des années 1990, un colloque s'intéresse ainsi à la question : « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé? »²⁰⁰ De même, Sophie Le Gac-Pech oriente ses recherches doctorales sur « la proportionnalité en droit privé des contrats »²⁰¹. Par ailleurs, Viviane Vannes circonscrit le principe de proportionnalité dans le contexte du droit de grève²⁰². Pour abréger cette énumération, notons que la proportionnalité fait également figure de principe en droit des sociétés²⁰³, en droit du travail²⁰⁴ ou, plus près de nous, en procédure civile²⁰⁵. Paul Martens résume élégamment cette situation :

[La proportionnalité] somnolait dans le non droit, mais non dans l'anti-droit; elle ne prétend pas s'opposer à lui; au contraire : elle fait partie de ces vertus, telles que la prudence, la sagesse, la mesure, l'équité, qui sont censées inspirer le droit, en secret, à la manière dont les muses inspirent les poètes. *Mais voici que les muses se révoltent : les règles vertueuses qui se cachaient dans les racines invisibles du droit prétendent aujourd'hui sortir de l'ombre exigeant qu'en leur nom, on corrige les normes qui leur seraient infidèles* [nos italiques]²⁰⁶.

La proportionnalité prend désormais des allures de principe *per se*, dotée de critères fixes et cohérents qui doivent déterminer si l'exercice d'un

¹⁹⁹ Voir à cet égard Vannes, *supra* note 7 aux pp 17–18 :

Le concept de proportionnalité est à distinguer du principe de proportionnalité. Le premier recherche le juste équilibre entre des variables à laquelle elle est appliquée. Le second est doté de critères fixes et cohérents qui doivent déterminer si l'exercice d'un droit est, au regard de l'exercice du droit de l'autre, équilibré; il agence les droits en conflit selon un mode opératoire rationnel qui repose sur des critères constants : aptitude, nécessité et proportionnalité intrinsèque de l'acte. Si la réponse à notre interrogation est affirmative, le principe de proportionnalité peut fixer la ligne de l'équilibre à respecter entre des droits en conflit. Le concept de proportionnalité fait l'objet de critiques liées à son caractère subjectif. Le principe de proportionnalité anéantit ces critiques en raison de son application structurée. Les objections faites par certains à la proportionnalité deviennent alors mineures comparées aux incontestables avantages qui résultent de l'application cohérente du principe de proportionnalité.

²⁰⁰ Behar-Touchais et al, « Colloque », *supra* note 158.

²⁰¹ Sophie Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000.

²⁰² Voir Vannes, *supra* note 7.

²⁰³ Voir par ex Philippe-Emmanuel Partsch et Isabelle Lebbe, « Principe de proportionnalité et droit des sociétés » (1996) 5813 J Tribun 609.

²⁰⁴ Voir par ex Benoît Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail : de l'exigence au principe*, Paris, Dalloz, 2009.

²⁰⁵ Voir notamment Chamberland, *supra* note 27.

²⁰⁶ Martens, « Préface », *supra* note 46 à la p 11.

droit est équilibré au regard de l'exercice du droit de l'autre²⁰⁷. Cette tendance se vérifie dans de nombreux domaines de droit privé et, en ce sens, la proportionnalité se hisse lentement mais sûrement au panthéon des principes généraux du droit.

En définitive, la proportionnalité se propage en droit public et se cristallise en droit privé, autant d'éléments qui militent pour une ascension au rang de « principe général de droit »²⁰⁸. Certains admettent même que le principe de proportionnalité participe du rapprochement entre le droit public et le droit privé et, partant, de la dilution de la traditionnelle *summa divisio*²⁰⁹. Les plus aventuriers verront en ces observations une invitation à conquérir un nouveau continent de recherche, la conquête collective devant assurément succéder à la découverte solitaire²¹⁰. Les plus réticents devront au moins admettre que la proportionnalité est une réalité en puissance à surveiller de près.

2. Un instrument d'efficience économique

Il est aujourd'hui acquis que la proportionnalité présente un lien de filiation étroit avec les sciences économiques, tant sur le plan de la méthode que sur la finalité. D'une part, la méthode s'appréhende nécessairement en termes de globalité — le plus de données possible doivent être prises en compte²¹¹. D'autre part, la finalité tend inexorablement vers la recherche d'un équilibre optimal entre les coûts et les avantages²¹². En ce sens, « il n'y a dès lors rien d'étonnant à ce que la règle juridique retranscrive ce

²⁰⁷ Voir Vannes, *supra* note 7 à la p 38.

²⁰⁸ Voir par ex Amaryllis Bossuyt, « Les principes généraux du droit en droit administratif et droit public, dans la jurisprudence de la Cour de cassation » dans Steve Gilson, dir, *Au-delà de la loi? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Louvain-la-Neuve (Belgique), Anthémis, 2006, 161 aux pp 169–72.

²⁰⁹ Voir Lierman, *supra* note 157 à la p 617.

²¹⁰ Voir *ibid* à la p 622 : « *There certainly is need for more comparative research on balancing in public and private law and on the mutual influence between both approaches* ». Voir également Kennedy, *supra* note 25 à la p 217 :

I have treated private law balancing more or less in isolation from the issue of proportionality in public law. The relationship between the two is a subject of great interest, and one that I intend to pursue in the future. For the moment, it seems worthwhile to try to present the four quite broad questions that concern me, and then to suggest in a tentative way my initial hypotheses, very much subject to confirmation or disconfirmation through further study.

²¹¹ Voir Philippe, *supra* note 5 aux pp 23–24.

²¹² Voir *ibid* à la p 24.

concept dérivé de l'analyse économique »²¹³, notamment lors de la rationalisation des choix budgétaires ou de la déréglementation²¹⁴.

Mais la comparaison ne s'arrête pas là. Au terme d'une récente thèse intitulée « Le principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne »²¹⁵, Aurélien Portuese a pu démontrer que le principe de proportionnalité est une traduction juridique de la recherche d'efficacité économique. Plus concrètement, le principe de proportionnalité impliquerait nécessairement une analyse coûts-bénéfices (dénommée ci-après « ACB »). La raison de l'ACB « *lies in the idea that things are worth doing if the benefits resulting from doing them outweigh their costs* »²¹⁶. Il s'agit essentiellement « *to maximize the present value of all benefits less that of all costs, subject to specified constraints* »²¹⁷. Cette idée peut être légitimée selon différentes conceptions de l'efficacité économique, que ce soit au sens de Pareto, Kaldor-Hicks ou Posner. Pour Vilfredo Pareto, l'efficacité correspond à une situation dans laquelle aucun individu ne peut accroître sa satisfaction sans qu'au moins un autre individu ne voie sa satisfaction diminuée²¹⁸ — concrètement, il faut satisfaire à un *critère d'unanimité* (personne ne doit être plus mal loti qu'il ne l'était). On comprend aisément une des difficultés inhérentes à cette conception : l'unanimité, souvent difficile à atteindre, conditionne le moindre changement. C'est essentiellement pour cette raison que le recours au critère de Kaldor-Hicks est privilégié par l'analyse économique du droit. Pour Nicolas Kaldor et John Hicks, l'efficacité est atteinte dès lors qu'un changement apporte aux gagnants un gain au moins égal à ce qui est nécessaire pour indemniser les perdants — sans qu'il soit nécessaire que la compensation soit versée²¹⁹. Loin de rechercher l'unanimité, l'efficacité répond plutôt à un *critère utilitariste* (un moindre mal pour un plus grand bien). Enfin, pour Richard Posner, l'efficacité recoupe la conception de Kaldor-Hicks à la différence près qu'elle doit répondre à un *critère de maximisation de la richesse* (et

²¹³ *Ibid* à la p 22.

²¹⁴ Voir *ibid* aux pp 24–32.

²¹⁵ Aurélien Portuese, *Le principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne*, thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, 2012 [Portuese, *Efficacité économique*]. Son œuvre est également publiée en 2014 : Aurélien Portuese, *Le principe d'efficacité économique dans la jurisprudence européenne*, Paris, Publibook, 2014.

²¹⁶ Amartya Sen, « The Discipline of Cost-Benefit Analysis » (2000) 29:2 J Leg Stud 931 à la p 934.

²¹⁷ AR Prest et R Turvey, « Cost-Benefit Analysis: A Survey » (1965) 75 Econ J 683.

²¹⁸ Voir Portuese, *Efficacité économique*, *supra* note 215 aux pp 35–36.

²¹⁹ Voir *ibid* aux pp 36–37.

non plus d'utilité)²²⁰. La richesse inclut tous les biens et services, tangibles et intangibles, et se mesure comme étant « *what people are willing to pay for something or, if they already won it, what they demand in money to give it up* »²²¹. Cette dernière définition est aujourd'hui largement acceptée et, en ce sens, on peut définir l'ACB ainsi : « [U]ne analyse économique qui agrège toutes sortes de bénéfices (qu'ils soient tangibles ou intangibles) et toutes sortes de coûts (également tangibles ou intangibles), afin que la solution adoptée maximise les bénéfices nets (les bénéfices cumulés moins les coûts cumulés) »²²².

Ceci étant, *quid* du principe de proportionnalité? Il serait en fait une simple transposition juridique de l'ACB²²³. En effet, quel que soit le domaine de droit, la proportionnalité exige la mise en balance de données divergentes afin de minimiser l'atteinte aux intérêts et droits d'autrui. Comme l'explique Aurélien Portuese, « ceci est équivalent, en langage économique, à la recherche par l'ACB de la réglementation qui maximise les bénéfices comparés à toutes les alternatives possibles »²²⁴. En somme, tout comme l'ACB, l'appréciation de la proportionnalité vise nécessairement à générer des bénéfices cumulés plus importants que les coûts cumulés, tout en maximisant les bénéfices nets²²⁵.

On voit donc que le principe de proportionnalité est loin d'être neutre : il est un instrument d'efficience qui traduit juridiquement une analyse économique coûts-bénéfices. Dans le contexte de la nouvelle gestion publique²²⁶, où le « management judiciaire »²²⁷ ne cesse de se propager, la proportionnalité joue incontestablement un rôle de premier plan. Elle porte certes *symboliquement une valeur d'équité* (dimension axiologique — prendre en compte les intérêts et les droits d'autrui), mais également *intrinsèquement une fonction d'efficience* (dimension utilitariste — maximi-

²²⁰ Voir *ibid* aux pp 38–39.

²²¹ Richard Posner, « Utilitarianism, Economics and Legal Theory » (1979) 8:1 J Leg Stud 103 à la p 119.

²²² Portuese, *Efficience économique*, *supra* note 215 à la p 182.

²²³ Voir *ibid* à la p 187.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ Voir Aurélien Portuese, « The Case for a Principled Approach to Law and Economics: Efficiency Analysis and General Principles of EU Law » dans Klaus Mathis, dir, *Law and Economics in Europe: Foundations and Applications*, Dordrecht, Springer, 2014, 275 à la p 297.

²²⁶ Voir notamment Dolorès Grossemey, « Virage client de la justice et évaluation de sa qualité » dans André Riendeau, dir, *Dire le droit : pour qui et à quel prix?*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, 141 à la p 143.

²²⁷ Voir notamment Loïc Cadet, « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure » (2008) 125 R française admin publ 133.

ser les bénéfices nets). Nous reviendrons sur cette question en conclusion du présent travail.

3. Un facteur de convergence juridique

La proportionnalité s'imisce progressivement dans tous les domaines de droit et l'ensemble des ordres juridiques. Évidemment, cette situation n'est pas sans effet; en l'occurrence, elle participe de la convergence des systèmes juridiques.

En effet, le principe de proportionnalité ne s'embarrasse pas des spécificités juridiques et se répand aussi bien dans les modèles civilistes que de common law²²⁸. Or, comme nous l'avons vu, la proportionnalité n'est pas neutre et véhicule un socle de valeurs communes²²⁹. En particulier, elle vise nécessairement à peser des intérêts conflictuels à l'aune d'un contexte donné (rapport moyens-finalités). C'est dans cette mesure que la proportionnalité rapproche les différents systèmes juridiques. Sans aller jusqu'à dire qu'elle ouvre la voie à l'unification, on peut raisonnablement affirmer qu'elle favorise une harmonisation juridique²³⁰. Cet élément a largement été mis en lumière dans le domaine constitutionnel²³¹. De même, dans le domaine des droits de l'Homme²³², certains ont ambitieusement assimilé la proportionnalité à une *Rule of Law*²³³. Ces éléments permettent à Eric Engle de formuler la conclusion suivante :

From police and administrative law, the principle then evolved into one of constitutional law arising as the dominant method of global legal convergence today. It became a vector for the formation of a

²²⁸ Voir à cet égard Engle, « History of Proportionality », *supra* note 24.

²²⁹ Voir ci-dessus la partie III.A.2.

²³⁰ Pour reprendre la distinction de Mireille Delmas-Marty, « Les processus de mondialisation du droit » dans Charles-Albert Morand, dir, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 63 à la p 72 :

Alors que l'unification suppose des règles précises auxquelles les États sont tenus de se conformer à l'identique, en application d'une stricte hiérarchie des normes, l'harmonisation implique un affaiblissement de la hiérarchie, imposant seulement un rapprochement autour de principes communs, qui ménage une sorte de droit à la différence, chaque État gardant une marge pour mettre en œuvre ces principes, à condition que la proximité soit suffisante pour être jugée compatible. La détermination d'un seuil de compatibilité est donc le corollaire de l'apparition d'une marge nationale d'appréciation.

²³¹ Voir par ex et de façon générale Cohen-Eliya et Porat, *supra* note 82.

²³² Voir Grant Huscroft, Bradley W Miller et Grégoire Webber, *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, New York, Cambridge University Press, 2014.

²³³ Voir par ex David M Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, ch 5.

*transnational jus commune, a hybrid of common law (inductive binding case law) and civil law (deductive general principles). Because the proportionality principle is a key vector for global norm convergence, future developments of the general principle of proportionality should seek: 1) A universally coherent terminology which avoids confusion. Means-end review with strict scrutiny for suspect classes and proportionality are methodologically synonymous. Interest balancing, in contrast, is a much broader term. 2) To clearly delineate the positive law versus natural right aspects of proportionality discourse. Economic interest balancing through cost/benefit analysis and similar economic tests are inappropriate for adjudication of fundamental inalienable rights [nous soulignons]*²³⁴.

Bien au-delà du Droit, ce rapprochement porte intrinsèquement une certaine conception de la Justice²³⁵. La Justice devrait nécessairement donner lieu à une balance d'intérêts configurée par une situation donnée. Plus fondamentalement, « [c]'est toute l'iconographie de la Justice qu'il conviendrait, dans cette perspective, de renouveler : ayant ôté le bandeau qui l'empêche de voir, Thémis, munie d'une balance d'apothicaire, brandirait pour seul glaive un couteau de peintre, ou à la limite, un bistouris »²³⁶. Cette situation a été amplement pointée du doigt par plusieurs auteurs. Elle s'apparente ainsi à une *Grundnorm* Outre-Rhin²³⁷ et à un *Diritto Mite* (droit « doux ») Trans-Alpes²³⁸. Walter Leisner va même plus loin en expliquant que l'État de droit (*Rechtsstaat*) évoluerait vers un « État de la pesée » (*Abwägungsstaat*)²³⁹, avec la proportionnalité au cœur de la justice et le juge comme figure de premier plan. En substance, toutes ces concep-

²³⁴ Engle, « History of Proportionality », *supra* note 24 à la p 10.

²³⁵ Voir Melchior Wathelet, « Principe de proportionnalité : utilisation disproportionnée? » (2007) 6265 J Tribun 313 :

En droit, cette juste mesure — ou la proportionnalité — s'impose aujourd'hui comme la boussole du législateur et de l'administration, comme l'instrument qui permet au juge, au-delà même de la loi, de respecter aux mieux les exigences d'une décision... juste. Désormais omniprésent, le principe de proportionnalité a non seulement acquis le statut de principe général de droit mais aussi celui de pierre angulaire du raisonnement juridique contemporain.

²³⁶ Van Drooghenbroeck, *supra* note 16 à la p 12.

²³⁷ Voir Walter Leisner, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit Als Gerechtigkeit?*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, à la p 33, tel que cité dans Van Drooghenbroeck, *supra* note 16 à la p 11.

²³⁸ Voir Gustavo Zagrebelsky, *Il Diritto Mite*, Turin, Einaudi, 1992, tel que cité dans Van Drooghenbroeck, *supra* note 16 à la p 12.

²³⁹ Vori Leisner, *supra* note 237 à la p 12.

tions confluent autour d'un dénominateur commun : la proportionnalité modifie le droit, mais également (et surtout) l'évènement de juger²⁴⁰.

À nos yeux, la convergence juridique est incontestablement une trame de fond intéressante pour penser la proportionnalité, mais elle ne se suffit pas à elle-même. En effet, ce principe est appréhendé et compris différemment selon le domaine de droit, l'ordre juridique et la terminologie légale²⁴¹, sans parler des différentes manières de systématiser la proportionnalité²⁴². En ce sens, l'étude de la proportionnalité ne pourra jamais faire l'économie des particularismes juridiques.

B. Un regard critique : la proportionnalité dans tous ses états

La proportionnalité est un principe de droit, participant de l'efficience économique et de la convergence juridique. Il convient maintenant de passer ce constat sous le crible de la Critique qui, pour rester dans le thème, se veut proportionnée. En ce sens, nous identifierons successivement les forces (1) et les faiblesses (2) du principe de proportionnalité. Enfin, nous reviendrons à notre point de départ, à savoir la procédure civile québécoise (3).

1. Les forces de la proportionnalité

Comme l'a relevé Sébastien Van Drooghenbroeck, le succès du principe de proportionnalité dans le droit et les esprits tient essentiellement en deux mots : *simplicité* et *sympathie*²⁴³.

Premièrement, la simplicité. La proportionnalité évoque nécessairement un certain sens de la « mesure », une relation particulière entre deux grandeurs, une évaluation de certains éléments par rapport à d'autres²⁴⁴ — sans qu'il ne soit besoin d'avoir tenu la tête de classe en mathématiques, encore moins d'avoir une formation en droit. La notion usuelle de la proportionnalité est tout bonnement désarmante de simplicité. Les expressions imagées y faisant référence sont à cet égard aussi révélatrices que truculentes : « tirer sur des moineaux avec un canon »²⁴⁵, « écraser une mouche avec un marteau », « utiliser une masse pour ouvrir

²⁴⁰ Voir notamment Antoine Garapon, *Bien juger : Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997 à la p 19 : « L'évènement de juger fait partie de la justice au même titre que le droit : il en est la fondation ».

²⁴¹ Voir Sullivan et Frase, *supra* note 79 à la p 171.

²⁴² Voir en ce sens Lierman, *supra* note 157 à la p 623.

²⁴³ Voir Van Drooghenbroeck, *supra* note 16 aux pp 13–14.

²⁴⁴ Piché, « Proportionnalité procédurale », *supra* note 3 à la p 554.

²⁴⁵ Cette phrase est régulièrement attribuée au juriste allemand Walter Jellinek.

une noix », « couper la tête pour soigner la migraine » ou encore « utiliser un remède de cheval pour traiter une souris ». En résumé, « [l]e premier atout de la proportionnalité serait donc cette profonde intimité qu'elle entretient avec le “bon sens” qui gouverne l'agir humain : qui oserait sérieusement s'étonner, et *a fortiori* contester, qu'il convienne, en Droit comme ailleurs, de se garder de l'excès, de peser le “pour et le contre” ? »²⁴⁶

Deuxièmement, la sympathie. La proportionnalité se présente comme un instrument adaptable et flexible, aussi bien auprès des justiciables que des juges. Elle assouplit la rigueur du droit écrit ou comble ses lacunes²⁴⁷. La proportionnalité permet au juge d'individualiser le droit aux faits d'espèce, de s'adapter aux « exigences changeantes et variées de la vie »²⁴⁸. Elle fait du droit le vêtement, sur mesure rigoureuse, des faits.

Dans le même sens, la proportionnalité est un outil juridique avantageux aussi bien pour le législateur que le juge. D'un côté, la proportionnalité s'apparente à une *technique législative du moindre effort*. Son introduction en droit écrit est condamnée à être éminemment flottante, quand bien même le législateur prendrait la peine de poser certains critères. La proportionnalité est en effet intrinsèquement factuelle et, en ce sens, il est impossible de la circonscrire précisément. En quelque sorte, en érigeant la proportionnalité en principe, le législateur « refile la patate chaude » au juge — qui s'en accommode d'ailleurs fort bien. De l'autre côté, la proportionnalité consiste en une *méthode jurisprudentielle du moindre excès*. Le juge peut ainsi mettre en perspective des intérêts en conflit afin de déterminer celui qui, dans une situation donnée et conformément au bon sens, doit avoir la priorité sur l'autre. De fait, il peut « réaliser, au grand jour, le vieux rêve d'équité qui, jusqu'alors, n'avait pu survivre que dans la clandestinité d'un droit dur et formel en se dissimulant sous les oripeaux trop ajustés du syllogisme judiciaire »²⁴⁹. Le droit général et impersonnel, qui pouvait parfois conduire à des situations excessives, peut désormais être humanisé grâce à la proportionnalité.

Ces éléments, pris ensemble, contribuent à l'« irrésistible ascension »²⁵⁰ du principe de proportionnalité.

²⁴⁶ Van Drooghenbroeck, *supra* note 16 à la p 13.

²⁴⁷ Voir Vannes, *supra* note 7 à la p 45.

²⁴⁸ Gény, *supra* note 142 à la p 129.

²⁴⁹ *Ibid* aux pp 13–14.

²⁵⁰ Martens, « L'irrésistible ascension », *supra* note 14 à la p 49.

2. Les faiblesses de la proportionnalité

Les reproches à l'encontre du principe de proportionnalité se polarisent généralement autour de deux éléments²⁵¹.

D'une part, la proportionnalité serait une porte ouverte au « gouvernement des juges »²⁵². En effet, par le biais du principe de proportionnalité, le juge aurait la faculté non seulement d'interpréter, mais également de créer le droit. Il privilégierait systématiquement le « Grand Style »²⁵³ (adéquation de la règle aux faits) au « style formel » (autorité, forme et logique), pour reprendre les termes de Karl N. Llewellyn²⁵⁴. Concrètement, le juge se demandera ouvertement si les règles en question sont acceptables et favorisent une solution satisfaisante au litige. Quel que soit le contexte, le juge se conformera à l'axiome suivant : où la proportionnalité s'arrête, là s'arrête la règle²⁵⁵. Dans ce contexte, on comprend aisément l'omnipotence du juge au détriment du législateur. Soulignons à cet égard que le rôle créateur du juge est un thème ni inédit, ni propre au principe de proportionnalité (l'éclairage pragmatique de l'école de la « sociological jurisprudence » et du mouvement réaliste américain est d'ailleurs particulièrement pertinent²⁵⁶). Sans approfondir davantage, retenons que le spectre du « gouvernement des juges » est souvent associé à la proportionnalité, car elle permet au juge d'assouplir, voire de suppléer à la rigueur du droit écrit²⁵⁷. Ainsi comprise, la proportionnalité met inévitablement au placard l'image réconfortante du juge « bouche de la loi ».

²⁵¹ Voir Van Drooghenbroeck, *supra* note 16 aux pp 16–17.

²⁵² En ce sens, voir Philippe, *supra* note 5 aux pp 491–92.

²⁵³ Françoise Michaut, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris, Harmattan, 2000 à la p 188 : Le grand style « permet à la règle d'écarter dans une large mesure l'arbitraire, tout en laissant au juge une marge d'appréciation qui lui offre la possibilité d'apporter une solution “juste et avisée”, qui prenne en compte les particularités de l'espèce et les changements de circonstances ».

²⁵⁴ Voir Karl N Llewellyn, « On the Current Recapture of the Grand Tradition » dans *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, Chicago, University of Chicago Press, 1962 à la p 217.

²⁵⁵ Voir *ibid*, traduction libre de l'expression de l'auteur.

²⁵⁶ Voir notamment Françoise Michaut, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la “sociological jurisprudence” et le mouvement réaliste américain : le juge et la règle de droit » (1987) 39:2 RIDC 43.

²⁵⁷ Wathelet, *supra* note 235 à la p 316 : « La question qu'il conviendrait de se poser aujourd'hui ne serait-elle pas celle de l'impact et du pouvoir d'une telle arme [le principe de proportionnalité] dans les mains du troisième pouvoir? Car son usage ne pourrait-il devenir, potentiellement et finalement, disproportionné? »

D'autre part, la proportionnalité présente des dangers en termes de sécurité juridique²⁵⁸. L'opération du principe de proportionnalité confère un pouvoir d'appréciation au juge qui pourrait s'apparenter à l'arbitraire, dépendamment des circonstances²⁵⁹. La proportionnalité se donne uniquement à voir à l'aune d'un contexte donné, ce qui donne « à la justice un degré d'incertitude qui rompt avec la prévisibilité indispensable à la sécurité juridique »²⁶⁰. Mieux encore, la proportionnalité ferait abdiquer au droit « sa fonction traditionnelle de stabilisation des attentes, de fixation de points de repère fermes et prévisibles en considération desquels se déterminent action et inaction »²⁶¹.

3. Un bilan préliminaire à l'aune de la proportionnalité procédurale

Il convient maintenant de boucler la boucle. Autrement dit, examinons le principe de proportionnalité en procédure civile québécoise à la lumière de l'ensemble de nos conclusions. Pour ce faire, et par souci de clarté, nous procéderons point par point.

Un principe général du droit. Dans le nouveau *Cpc*, la proportionnalité procédurale est codifiée au sein d'un chapitre spécifique intitulé « Les principes directeurs de la procédure »²⁶². Pour certains auteurs, « les principes directeurs distillent la science du procès »²⁶³ et tracent « l'essentiel des contours de l'office du juge et de la répartition des fonctions processuelles entre celui-ci et les parties »²⁶⁴. Sans pousser l'analyse davantage, on voit bien que ni le choix du vocable « principe directeur » ni l'emplacement au sein du nouveau *Cpc* ne sont anodins. Le législateur a assurément voulu conférer et confirmer²⁶⁵ la vocation ambitieuse de la proportionnalité procédurale. Elle est bien à la base de la culture judiciaire et du droit processuel québécois²⁶⁶. Cette volonté législative s'inscrit

²⁵⁸ Voir Van Drooghenbroeck, *supra* note 16 aux pp 16–17.

²⁵⁹ Voir Vannes, *supra* note 7 à la p 168.

²⁶⁰ Martens, « L'irrésistible ascension », *supra* note 14 à la p 60.

²⁶¹ Van Drooghenbroeck, *supra* note 16 à la p 17.

²⁶² Livre 1, titre 2, chapitre 3 du nouveau *Cpc*.

²⁶³ Gérard Cornu et Jean Foyer, *Procédure civile*, 3^e éd, Paris, Presse Universitaires de France, 1996 à la p 435.

²⁶⁴ Henri Motulsky, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 » dans *Écrits : Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, 275 aux pp 278–79.

²⁶⁵ Voir *Marcotte c Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43 au para 43, [2009] 3 RCS 65 [Marcotte].

²⁶⁶ Voir Québec, Ministère de la Justice, Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure civile : Une nouvelle culture judiciaire*, Québec, Publications du Québec, 2001.

d'ailleurs dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure. En 2009, le juge Lebel notait en effet que la proportionnalité ne pouvait se « réduire à un simple principe à valeur interprétative qui n'accorderait aucun pouvoir réel aux tribunaux à l'égard de la conduite de la procédure civile au Québec »²⁶⁷.

Un instrument d'efficience économique. Au terme des développements antérieurs, nous avons vu que la proportionnalité est un instrument d'efficience qui traduit juridiquement une analyse économique coûts-bénéfices²⁶⁸. Ce constat est particulièrement patent dans le contexte québécois où *proportionnalité* et *efficience* sont indissociables. Comme le résume le juge Lavoie, « la conception moderne de la procédure civile oblige aussi, plus que jamais, proportionnalité et efficience du système judiciaire (voir notamment l'article 4.2 du Code de procédure civile) »²⁶⁹. Les professeurs Ferland et Émery, quant à eux, reconnaissent que la proportionnalité comprend implicitement le principe d'économie²⁷⁰. Plus concrètement, la Cour suprême a établi que la proportionnalité procédurale doit s'appréhender tant sur le plan individuel (les parties au litige) que collectif (la population entière)²⁷¹. Autrement dit, le juge doit évaluer la proportionnalité à l'intérieur du dossier, tout en assurant une utilisation efficiente des ressources judiciaires²⁷². À nos yeux, cette recherche d'efficience constitue l'un des enjeux principaux de la proportionnalité.

Un facteur de convergence juridique. Comme nous l'avons vu, la proportionnalité procédurale est un principe directeur en droit judiciaire privé québécois. Le principe de proportionnalité défend également, voire surtout, une vocation pancanadienne. Ce constat peut se vérifier à au moins deux endroits. Premièrement, sur le plan territorial, la majorité des provinces canadiennes ont récemment élevé la proportionnalité procédu-

²⁶⁷ Marcotte, *supra* note 265 au para 42.

²⁶⁸ Voir ci-dessus la partie III.A.2.

²⁶⁹ Lavoie (*Auberge 5 Saisons*) c *Québec (Ville de)*, 2008 QCCQ 767 au para 19 (CanLII).

²⁷⁰ Denis Ferland et Benoît Émery, dir, *Précis de procédure civile du Québec*, vol 1, 4^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, à la p 17.

²⁷¹ Voir Piché, « Proportionnalité procédurale », *supra* note 3 aux pp 571–72.

²⁷² Voir Marcotte, *supra* note 265 au para 43 :

L'exigence de proportionnalité dans la conduite de la procédure reflète d'ailleurs la nature de la justice civile qui, souvent appelée à trancher des litiges privés, remplit des fonctions d'État et constitue un service public. Ce principe veut que le recours à la justice respecte les principes de la bonne foi et de l'équilibre entre les plaideurs et n'entraîne pas une utilisation abusive du service public que forment les institutions de la justice civile.

rale au statut de principe directeur de la procédure²⁷³. Par exemple, en Ontario, depuis la réforme du 1^{er} janvier 2010, le principe de proportionnalité est formellement codifié aux *Règles de procédure civile* en ces termes : « Lorsqu'il applique les présentes règles, le tribunal rend des ordonnances et donne des directives qui sont proportionnées à l'importance et au degré de complexité des questions en litige ainsi qu'au montant en jeu dans l'instance »²⁷⁴. De même, en Colombie-Britannique, la réforme des *Supreme Court Civil Rules* de 2009, entrée en vigueur en juillet 2010, est venue renforcer le principe de proportionnalité. On peut maintenant y lire :

*The object [of these Rules] is to secure the just, speedy and inexpensive determination of every proceeding on its merits [...] [which] includes, so far as is practicable, conducting the proceeding in ways that are proportionate to (a) the amount involved in the proceeding, (b) the importance of the issues in dispute, and (c) the complexity of the proceeding*²⁷⁵.

Deuxièmement, sur le plan matériel, la proportionnalité est aujourd'hui un principe qui déborde les limites du droit privé et se propage à de nouvelles branches du droit. À titre d'exemple, le Tribunal administratif du Québec s'est récemment inspiré de la proportionnalité en matière civile pour l'appliquer au droit administratif²⁷⁶. Dans le même sens, le juge de paix Simon s'est explicitement fondé sur la proportionnalité civile pour l'appliquer à une affaire criminelle²⁷⁷. En somme, la proportionnalité ne serait pas seulement un principe de *procédure civile québécoise*, mais éga-

²⁷³ Ce principe a été expressément codifié au Québec, en Ontario et en Colombie-Britannique (nous y reviendrons). Certaines dispositions des règles de procédure de l'Alberta et de la Nouvelle-Écosse ont également été considérées comme illustrant la proportionnalité (voir *Medicine Shoppe Canada Inc v Devchand*, 2012 ABQB 375 au para 11, [2012] 541 AR 312; *Saturley v CIBC World Markets Inc*, 2011 NSSC 4 au para 12, [2011] 297 NSR (2e) 371).

²⁷⁴ Règl de l'Ont 193/15, art 1.04 (1.1).

²⁷⁵ BC Reg 168/2009, Rule 1-3.

²⁷⁶ Voir par ex 9056-5425 *Québec inc c Québec (Régie des alcools, des courses et des jeux)*, 2010 QCTAQ 11154, 2010 CanLII 67836. Dans cet arrêt, les procureurs de la Régie plaident que « [l]e Tribunal devrait s'inspirer du principe de proportionnalité de l'article 4.2 Cpc pour recevoir ces enregistrements audio » (para 4). Le tribunal administratif du Québec accepte implicitement cet argument et relève : « Bien qu'il n'existe pas nommément de règle de la proportionnalité dans la LJA [Loi sur la justice administrative], l'idée de ce principe de proportionnalité se dégage de l'objet de la justice administrative que l'on retrouve à l'article 1 LJA ainsi que des règles de conduite applicables au Tribunal en vertu de l'article 11 précité et de l'article 12 LJA » (para 16).

²⁷⁷ Voir *Directeur des poursuites criminelles et pénales c Hamelin*, 2014 QCCQ 9790 au para 27, [2014] JQ n°11484 : « En l'instance, le Tribunal considère que le principe de proportionnalité introduit dans les procédures civiles se doit de trouver application en matière pénale pour tenir compte de l'économie du système judiciaire et en assurer la bonne marche » [notes omises].

lement un principe du *procès judiciaire canadien*. En ce sens, elle participerait de la convergence juridique pancanadienne. Pour les plus réticents, nous reproduisons un extrait significatif de la récente décision *Hryniak*²⁷⁸ de la Cour suprême : « Un virage culturel s'impose. Le principe de la proportionnalité trouve aujourd'hui son expression dans les règles de procédure de nombreuses provinces et peut constituer la pierre d'assise de l'accès au système de justice civile »²⁷⁹.

Entre forces et faiblesses. La proportionnalité procédurale est aussi riche de promesses que lourde de menaces. Riche de promesses, car elle adoucit la rigidité du droit ou surmonte ses failles²⁸⁰. Elle permet ainsi de limiter la preuve pour qu'elle soit raisonnable, de mettre fin à des interrogatoires préalables, de transférer un dossier dans un autre district judiciaire, etc.²⁸¹ Selon une perspective plus large, elle favorise la culture managériale des juges au détriment de la culture « adversariale » des parties²⁸². Lourde de menaces, car elle affecte inévitablement la sécurité juridique. En effet, malgré certains critères à prendre en compte (à savoir, les coûts et le temps exigé, la finalité de la demande, la nature et la complexité de l'affaire)²⁸³, l'évaluation est par essence contextuelle et subjective. La proportionnalité confère aux juges un large pouvoir d'appréciation²⁸⁴, et

²⁷⁸ *Hryniak c Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 RCS 87.

²⁷⁹ *Ibid*, *in limine* à la p 88.

²⁸⁰ Voir Vannes, *supra* note 7 à la p 45.

²⁸¹ Voir Guillemard et Menétrey, *supra* note 11 à la p 28.

²⁸² Voir notamment Yves-Marie Morissette, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions » (2009) 50:2 C de D 381 aux pp 395 et s.

²⁸³ L'article 18 du nouveau Cpc dispose en ce sens :

Les parties à une instance doivent respecter le principe de proportionnalité et s'assurer que leurs démarches, les actes de procédure, y compris le choix de contester oralement ou par écrit, et les moyens de preuve choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigé, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande. Les juges doivent faire de même dans la gestion de chacune des instances qui leur sont confiées, et ce, quelle que soit l'étape à laquelle ils interviennent. Les mesures et les actes qu'ils ordonnent ou autorisent doivent l'être dans le respect de ce principe, tout en tenant compte de la bonne administration de la justice.

²⁸⁴ Voir *Corbeil c Gatineau (Ville de)*, 2009 QCCQ 10, [2009] RJQ 455, qui s'agit d'une décision des plus intéressantes. Le juge Gosselin plante immédiatement le débat en se demandant : « Le principe de la proportionnalité, maintenant codifié à l'article 4.2 C.p.c., peut-il contribuer à la résurgence de l'irrecevabilité partielle? » (para 1). Ensuite, il note que la prise en compte de la proportionnalité « se manifeste de plus en plus par l'introduction de critères additionnels qui s'inspirent de la philosophie de contrôle des coûts et des délais sous-jacente aux articles 4.2 et 4.1 al.2 C.p.c. » (para 86). Le juge conclut que

[l']ensemble des considérations qui précèdent incitent dès lors le Tribunal à ajouter, aux critères qui étaient déjà envisagés par les tribunaux lorsqu'il s'agissait de statuer sur une irrecevabilité partielle avant le 1^{er} janvier 2003,

ce, en conformité avec la tradition civiliste québécoise²⁸⁵ et les enseignements de la décision *Lac d'Amiante*²⁸⁶.

Bilan? La proportionnalité procédurale est un principe général du droit, portant une recherche d'efficacité économique et favorisant une convergence juridique pancanadienne. Par ailleurs, malgré son succès unanime dans le contexte canadien²⁸⁷, il n'en demeure pas moins que le principe de proportionnalité présente également un envers de la médaille (notamment en matière de sécurité juridique). Il ne s'agit pas tant de désapprouver cette tendance que de la questionner. Au bout du compte, ces différentes observations n'ont pas la prétention de faire le tour de la question²⁸⁸, mais simplement de replacer la proportionnalité procédurale dans

un critère additionnel dérivé du principe de la proportionnalité et du devoir de proaction du juge : le fait que la composante irrecevable du débat mû devant le tribunal heurterait ou non le principe de la proportionnalité si le moyen d'irrecevabilité partielle devait être relégué au statut de moyen de défense et déferé pour ce motif au juge du fond (para 90).

²⁸⁵ La Disposition préliminaire du nouveau Cpc, à son alinéa 3, suggère explicitement une lecture « civiliste » du Code, de ses principes et de ses institutions. Elle se lit comme suit : « Enfin, le Code s'interprète et s'applique comme un ensemble, dans le respect de la tradition civiliste ».

²⁸⁶ *Lac d'Amiante du Québec Ltée c 2858-0702 Québec Inc*, 2001 CSC 51, [2001] 2 RCS 743 :

D'origines fort diverses, les règles de la procédure civile québécoise font partie d'un Code de procédure. À ce titre, elles s'inscrivent dans une tradition juridique différente de la common law. Le droit fondamental en matière de procédure civile demeure celui qu'édicte l'Assemblée nationale. Ses règles se retrouvent dans un code rédigé en termes généraux. La création des règles de droit appartient ainsi principalement au législateur (para 35).

La loi prime. Les tribunaux doivent baser leurs décisions sur celle-ci. Sans nier l'importance de la jurisprudence, ce système ne lui reconnaît pas le statut de source formelle du droit, malgré la légitimité d'une interprétation créatrice et ouverte sur la recherche de l'intention du législateur telle que l'expriment ou l'impliquent les textes de loi (para 37).

Un tribunal québécois ne peut décréter une règle positive de procédure civile uniquement parce qu'il l'estime opportune. À cet égard, dans le domaine de la procédure civile, le tribunal québécois ne possède pas le même pouvoir créateur qu'une cour de common law, quoique l'intelligence et la créativité de l'interprétation judiciaire puissent souvent assurer la flexibilité et l'adaptabilité de la procédure. Bien que mixte, la procédure civile du Québec demeure un droit écrit et codifié, régi par une tradition d'interprétation civiliste (para 39).

²⁸⁷ Voir Colleen M Hanycz, « More Access to Less Justice: Efficiency, Proportionality and Costs in Canadian Civil Justice Reform » (2008) 27:1 CJQ 98.

²⁸⁸ En particulier, l'histoire processuelle de la proportionnalité (avec une analyse comparée tradition civiliste/*common law*) pourrait faire l'objet de nombreux développements. Pour un avant-goût, nous référons à Catherine Piché, « Figures, Spaces and Procedural Proportionality » (2012) 2:1 Intl J Procedural L-R intl dr processuel 145.

un contexte de réflexion plus large. C'était d'ailleurs tout l'objet de notre contribution — partir sur les traces plutôt que penser les voies pour l'avenir.

Conclusion

La proportionnalité est une formidable machine juridique à voyager dans le temps et l'espace. Le lecteur en est le premier témoin. La proportionnalité nous a fait plonger des millénaires avant notre ère (du Code d'Hammourabi à nos jours), dans les domaines les plus variés (droit, mathématiques, philosophie, économie ou science politique) et à travers le monde entier (Québec, Canada, Europe, etc.). Cet article aurait aussi bien pu s'appeler « L'odyssée du principe de proportionnalité ».

Ceci étant dit, il nous faut maintenant prendre de la hauteur et tenter de « rompre l'os pour en sucer la substantifique moelle ». Essentiellement, nous dirions que toute l'histoire de la proportionnalité se résume en une dialectique entre deux valeurs de nature fort différente : *l'équité* et *l'efficience*.

- Lors des périodes prémoderne et moderne, la proportionnalité se dissocie difficilement de l'équité. Pour Aristote, l'équité est une force qui corrige les éléments d'injustice du droit strict. Tout comme la proportionnalité, il s'agit donc de peser des intérêts en présence en fonction de circonstances données. Plus précisément, l'appréciation du caractère légitime de l'exercice d'un droit passerait nécessairement par une prise en compte des intérêts d'autrui. Il s'agit là d'une justice à la Salomon ou à la Saint Louis²⁸⁹.
- Lors de la période postmoderne, la proportionnalité se situe dans le prolongement direct de l'efficience. Selon Cécile Castaing, « l'efficience désigne le fait de réaliser un objectif (efficacité) avec le minimum de moyens engagés possibles »²⁹⁰. Comme nous l'avons vu, la proportionnalité est un instrument d'efficience qui traduit juridiquement une analyse économique coûts-bénéfices. Il ne s'agit pas tant de s'intéresser aux intérêts privés qu'à l'intérêt général. Comme l'indique Adrian A. Zuckerman,

the only reasonable demand that members of the community can make with respect to any public service is that its funding should be commensurate with available public resources and with the importance of the benefits that it has to deliver. In addition, members of the community have a

²⁸⁹ Voir Loïc Cadiet, « Efficience versus équité? » dans Gilberte Closset-Marchal et al, dir, *Mélanges Jacques Van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 25 à la p 32.

²⁹⁰ Cécile Castaing, « Les procédures civile et administrative confrontées aux mêmes exigences du management de la justice » (2009) 17 *Actu Jur Dr Admin* 913.

*right to expect that, within available resources, the service should provide adequate benefits to the community*²⁹¹.

À nos yeux, le principe de proportionnalité se situe donc à la croisée du vieux rêve d'équité (dimension axiologique et individuelle) et de la nouvelle quête d'efficacité (dimension utilitariste et collective). Il appartient aux tribunaux de garder à l'esprit cette propriété et de préserver un juste équilibre entre ces deux dimensions. Le lecteur nous pardonnera le jeu de mots, mais il faudra toujours appliquer le principe de proportionnalité en gardant une juste proportion entre équité et efficacité. Pour finir, permettons-nous un dernier clin d'œil à Montesquieu, ce grand penseur de la « modération », qui écrivait : « Il ne faut pas toujours tellement épuiser un sujet, qu'on le laisse rien à faire au lecteur. Il ne s'agit pas de faire lire, mais de faire penser »²⁹².

²⁹¹ Adrian Zuckerman, « Civil Litigation: A Public Service for the Enforcement of Civil Rights » (2007) 26 CJK 1 à la p 3.

²⁹² Charles de Secondat baron de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, t 1, Genève, Chez Barillot & fils, 1748 à la p 294.