

***Cours suprêmes nationales et Convention européenne des droits de l'homme
Nouveau rôle ou bouleversement de l'ordre juridique interne ?***

Monsieur le Président,
Mes chers collègues,
Mesdames et Messieurs les Professeurs,
Mesdames, Messieurs,

Je ne puis commencer cette intervention sans dire tout l'honneur que je ressens à m'exprimer devant votre Cour, dans le cadre de ce débat organisé à l'occasion de sa séance solennelle.

Introduction

Ayant été libre de l'interprétation à donner au sujet du thème de cette modeste contribution au dialogue entre juges, "*Cours suprêmes nationales et Convention européenne des droits de l'homme : nouveau rôle ou bouleversement de l'ordre juridique interne ?*" il m'a semblé utile d'évoquer devant vous le rôle d'une Cour suprême nationale, comme la Cour de cassation, en tant qu'agent de la transformation du système juridique et juridictionnel national, lorsque ces transformations sont commandées par l'application de la Convention et, surtout, de mettre en évidence, à mon point de vue, les conséquences que cela implique - ou impliquerait - dans la relation entre les juridictions suprêmes nationales et la Cour européenne des droits de l'homme.

En préliminaire, il n'est pas inutile de préciser que la problématique générale de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme par la juridiction supérieure d'un Etat partie à la Convention est particulière en France. Le système juridique français est dit "*moniste*", d'une part, en ce qu'il ne sépare pas l'ordre interne et l'ordre international puisqu'il prévoit à l'article 55 de la Constitution que "*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois,....*" d'autre part, parce qu'il n'existe pas de recours spécifique de "*conventionnalité*" de la loi devant l'organe de contrôle de la constitutionnalité, le Conseil constitutionnel.

En outre, selon notre organisation judiciaire, à défaut d'un recours direct à un juge constitutionnel, qui examinerait la conformité des lois et règlements internes à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, regardée comme une norme à valeur supra législative, il incombe à tout juge, judiciaire ou administratif, à quelque niveau qu'il se trouve, de procéder à ce contrôle de "*conventionnalité*" qui peut aller jusqu'à l'éviction de la loi nationale non conforme à la Convention. Il le fait évidemment, dans l'ordre interne, sous le contrôle de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat, dans le cadre des voies de recours nationales et, dans l'ordre supranational, sous celui de la Cour européenne des droits de l'homme saisie par voie de recours direct.

Dans l'ordre judiciaire interne français, la Cour de cassation est donc l'organe premier d'ajustement du droit national à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Elle procède à cette adaptation au regard des dispositions de la Convention telles qu'interprétées par la Cour européenne aux décisions de laquelle elle reconnaît dans tous les cas, au moins une autorité interprétative.

Il résulte de ce mécanisme que le juge de cassation français a un rôle classique d'adaptation, par la jurisprudence, du droit interne aux garanties de la Convention, ce qui ne va toutefois pas sans créer des difficultés dans les relations institutionnelles avec les autres pouvoirs de l'Etat (I) mais qui, de manière plus inattendue, conduit à un bouleversement de l'ordre juridique et juridictionnel national, allant jusqu'à une remise en cause des mécanismes d'interprétation de la loi (II).

§ 1 - Le nouveau rôle du juge national - Du maintien du système juridique à sa transformation

Le rôle de la Cour de cassation d'adaptation du droit interne à des normes supérieures, est, selon la théorie juridique française, on ne peut plus classique. Il procède de la Constitution elle-même. Mais, dans un système fortement imprégné par le principe de la séparation des pouvoirs et la suprématie de la loi, qui, culturellement au moins, depuis la Révolution, ne concède au juge qu'un rôle d'interprétation encadré et contrôlé de la loi, sa mise en oeuvre n'en provoque pas moins des difficultés à l'égard de l'exécutif et du législatif.

Ceux-ci n'acceptent pas en effet sans réticence que le juge puisse avoir prise sur des dispositions législatives ou réglementaires nationales et a fortiori qu'il puisse en écarter l'application.

Ces difficultés peuvent provoquer des situations de crise lorsque le juge est conduit à contrôler l'intention même du législateur au regard de l'intérêt général¹, contrôle que peut avoir déjà fait le juge constitutionnel. C'est pourtant ce que lui impose, par exemple, la jurisprudence de la Cour européenne sur les lois de validation. On imagine les réactions du Parlement lorsque sa vision de l'impérieux motif d'intérêt général est contredite par le juge et les désordres provoqués par les analyses divergentes de la même notion faite par les juridictions, constitutionnelle, administratives puis judiciaires, qui interviennent successivement.

1- L'intégration des nouvelles sources de droit et des nouvelles méthodes de raisonnement

Le premier stade de la démarche est cependant classique : il conduit la Cour de cassation à assurer la mise en cohérence de l'ordre juridique en supprimant toute contradiction entre les normes internes et les garanties de la Convention, mais la particularité est que, ce faisant, la juridiction nationale modifie sa propre méthode juridictionnelle.

¹Cf la jurisprudence de la Cour de cassation résultant des arrêts d'Assemblée plénière du 24 janvier 2003, bull. n°3, p.4 et du 23 janvier 2004, bull. n°2, p.2.

- L'élargissement et la mise en cohérence des sources de l'Etat de droit

Le modèle juridique français permet, en effet, l'adaptation, par les juridictions, du droit national aux sources internationales auxquelles s'est lié ou rallié notre pays et, en particulier, la Convention européenne des droits de l'homme. Il revient naturellement à la pratique juridictionnelle de discerner les incompatibilités et, de ce fait, avant que n'intervienne éventuellement la correction légale, de procéder d'abord à l'ajustement des normes². La jurisprudence de la Cour de cassation tend donc à la reconstruction permanente d'un nouvel ordre cohérent à partir d'un pluralisme et d'une diversité voulus et assumés des sources de droit.

D'autres éléments d'incertitude sont à considérer du fait de la coexistence d'ordres juridictionnels distincts dans l'espace européen : communautaire, avec la Cour de justice des communautés européennes, ou conventionnel, avec la Cour européenne des droits de l'homme. La raison des juges, internes ou internationaux, commande évidemment que, dans le respect des décisions qui font autorité, soit recherchée l'harmonisation des jurisprudences.

- La transformation des méthodes de jugement

Ce qui semble moins classique, c'est que dans cette oeuvre de mise en cohérence, la Cour de cassation applique les garanties de la Convention selon les principes d'application et les méthodes d'interprétation fixés par la jurisprudence de la Cour. Ainsi, par exemple, elle doit examiner si les restrictions admissibles des libertés garanties par la Convention répondent au but poursuivi par la loi et lui sont proportionnées. Tel a été le cas d'une décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation³ qui a estimé non conforme à l'article 8 de la Convention la loi française limitant la liberté d'expression en interdisant la publication des sondages d'opinion pendant la dernière partie de la campagne des élections politiques.

Cet exemple montre la triple difficulté qu'une telle décision peut provoquer dans un régime de séparation des pouvoirs : la première est de comprendre que le juge met en oeuvre des principes de jugement qui ne lui sont pas habituels, la seconde est de soumettre la loi à la vérification de nécessité et de la proportionnalité de son objet, c'est-à-dire que le juge contrôle, en définitive, les finalités de la loi, la troisième est la destruction par un juge d'un appareil légal estimé indispensable au fonctionnement des institutions et obligeant le législateur à intervenir à un moment et selon des circonstances commandés par l'autorité judiciaire.

Pour cette raison, dans l'opinion publique ou politique, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation sont ensemble regardées comme des facteurs de subversion

²Pour des exemples de cet ajustement, en matière d'état civil des transsexuels, Assemblée plénière du 11 décembre 1992, bull.n°13, p.27, faisant suite à l'arrêt de la Cour du 25 mars 1992 rendu dans l'affaire B c/ France, ou, en matière pénale, l'arrêt de l'Assemblée plénière du 2 mars 2001 faisant suite à l'arrêt de la Cour du 23 mai 2000 rendu dans l'affaire Van Pelt c/France

³Crim, 4 septembre 2001, n°170, p.562

du droit national, a fortiori lorsqu'elles interviennent dans un domaine éminemment souverain, comme celui des élections politiques.

En ce cas, la Cour européenne et le juge suprême national partagent une responsabilité dont il faut avoir conscience.

En pareil cas, le juge interne est d'autant plus exposé que l'exercice de mise en conformité du droit interne avec la Convention n'est pas exempt d'incertitude. La part d'aléa dans l'interprétation des dispositions conventionnelles par la Cour européenne qui statue *in concreto* peut conduire le juge national à se montrer soit trop timoré, ce qui l'expose à un constat ultérieur de violation, soit trop audacieux, ce qui l'expose à la critique d'abus de "l'abrogation judiciaire de la loi". Ainsi s'est développée la dérision du "droit de l'hommissme" que nous connaissons bien.

2 - La transformation des relations institutionnelles entre l'autorité judiciaire et le pouvoir législatif

En tout cas s'instaure un nouveau mode de relations institutionnelles entre le juge et les pouvoirs de l'Etat qui peut être source de vives tensions lorsque, par application de la Convention, le juge de cassation invalide des institutions en obligeant les pouvoirs législatif et exécutif à une oeuvre de reconstruction imposée.

- Les risques de tension

Tel a été, par exemple, le cas des juridictions de l'incapacité, chargées de trancher des litiges relatifs aux droits à pensions pour cause d'invalidité civile, dont la composition et la procédure ont été jugées contraires au principe d'impartialité et qui, par conséquent, à partir du constat d'incompatibilité fait par la Cour de cassation⁴ se sont trouvées dans l'impossibilité de fonctionner.

Dans de telles hypothèses, les constats d'incompatibilité de procédures ou d'institutions nationales avec la Convention provoquent évidemment des désordres, facteurs de réactions hostiles, en ce qu'ils contraignent à reconstruire, sous la contrainte et dans l'urgence, des procédures ou institutions créées par la loi.

- La nécessité d'une collaboration

Ces cas particuliers rendraient nécessaire une collaboration effective, parfois difficile à instaurer, entre le législateur et la Cour suprême nationale qui, soit de sa propre initiative, soit en relayant une jurisprudence de la Cour européenne, invalide un organisme légal ou une procédure et oblige à les reconstruire sans délai. Or, les institutions françaises ne prévoient pas de tels mécanismes. Il a donc fallu créer des instruments qui, en l'état, ont la modestie et la fragilité d'avertissements informels ou de suggestions plus ou moins directes et précises.

⁴Ass.Plen, 22 décembre 2000, bull. n°12, p.21

Ainsi, par l'effet de la Convention européenne des droits de l'homme, la mission du juge national s'est modifiée. Dans l'ordre institutionnel national, sa position a changé en déplaçant l'équilibre de ses relations avec les autres pouvoirs, en particulier avec le pouvoir législatif. Au-delà de ce constat, qu'il faut avoir présent à l'esprit si l'on veut comprendre les phénomènes de résistance sinon de rejet que provoque parfois l'application de la Convention, on doit, au surplus, admettre que ce phénomène subvertit la nature même de la juridiction suprême nationale et ses principes de fonctionnement.

§ 2 - Le bouleversement de l'ordre juridique national - Du changement de nature de la juridiction suprême nationale à la remise en cause du mécanisme d'interprétation de la loi

Le bouleversement des sources du droit qu'opère la Convention affecte d'abord la nature de la juridiction suprême nationale et, en définitive, risque de contrarier le mécanisme traditionnel d'interprétation de la loi.

1 - Le changement de nature de la juridiction suprême nationale

S'agissant de la nature de la juridiction nationale, le renversement est considérable puisqu'il lui fait perdre sa souveraineté et qu'il conduit même, dans certains cas, à une remise en cause de l'autorité juridictionnelle de ses décisions dans l'ordre interne.

a) La perte de souveraineté

Il y a incontestablement une perte de souveraineté des juridictions supérieures des Etats parties dès lors que leurs décisions sont, fût-ce indirectement, soumises au contrôle *a posteriori* de la Cour européenne des droits de l'homme.

Lorsqu'il s'agit d'interpréter la Convention elle-même, le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme sur les décisions des juges nationaux ne peut être discuté. Il est normal, logique et souhaitable que les interprétations données par la Cour européenne du texte qui la fonde, priment sur celles que formulent les juridictions des Etats parties. La primauté d'interprétation de la Cour européenne est indispensable à l'application uniforme de la Convention. La contester serait une aberration politique autant que juridique.

Le contrôle est plus discutable et, à vrai dire, plus mal ressentie la perte de souveraineté, dans les cas, non rares, où la Cour européenne procède à des interprétations différentes d'éléments factuels nécessaires à la mise en oeuvre de notions de pur droit national.

Est-il, par exemple, nécessaire et raisonnable, surtout si elle entend se comporter elle-même comme une juridiction quasi-constitutionnelle, que la Cour européenne contredise, comme elle vient de le faire, il y a quelques jours, le juge national sur l'appréciation des conséquences manifestement excessives qu'emporterait l'exécution de la décision soumise à pourvoi en cassation?⁵ Il est vrai que ces éléments de fait commandent l'accès au juge par une décision de retrait du rôle mais faut-il, pour autant, au niveau de votre Cour, aller

⁵Arrêt du 18 janvier 2005, affaire Carabasse c/ France

jusqu'à refaire la pesée des équilibres de fait déjà débattus devant le juge interne?

Les juridictions qui ne procèdent qu'à un contrôle de légalité comprennent assez mal qu'*a posteriori* la CEDH se prononce sur ce qu'elles estiment, elles-mêmes, relever d'une souveraineté d'appréciation du juge du fond, même si l'application concrète des garanties de la convention impose évidemment l'examen d'éléments de fait. Il y a dans notre système un partage des rôles entre juge du fond et juge du droit qui est un des fondements les plus essentiels de notre organisation, j'allais dire, de notre culture judiciaire.

J'ajoute, au risque de sembler irrespectueux, que la Cour européenne engage son crédit, lorsque dans l'appréciation de tels éléments de fait, sa décision est contestable. C'est un risque auquel elle est naturellement exposée dès lors qu'elle ne dispose pas toujours de l'ensemble des éléments probatoires soumis aux juges nationaux.

La situation particulière des cours qui ne statuent qu'en droit, comme la Cour de cassation française, est à cet égard particulière puisqu'elles se trouvent placées entre deux juridictions qui se prononcent en fait autant qu'en droit, les juridictions nationales subordonnées, d'un côté, la Cour européenne, de l'autre. Il n'est donc pas rare que des violations de la Convention soient constatées par la Cour européenne, à partir d'éléments de fait relevés par une juridiction nationale sur lesquels la Cour de cassation, juge du droit, n'a aucun contrôle. Certains y voient une forme d'incompatibilité. Même si elle n'est qu'apparente, il en résulte que la situation des cours dites "de cassation" semble paradoxale.

Sur les appréciations de fait opérées par la Cour européenne, après les juridictions nationales, il y aurait, incontestablement, une réflexion à mener, comme il pourrait y en avoir une aussi sur l'interprétation du droit national à laquelle se livre quelquefois la Cour européenne.

Est-il nécessaire et raisonnable que la Cour européenne apprécie, à l'inverse de la juridiction nationale, la nouveauté d'un moyen de cassation pour discerner une violation du droit d'accès à la juridiction dans une décision d'irrecevabilité d'un pourvoi⁶ ? Elle s'immisce alors, avec maladresse, dans une technique procédurale complexe que, manifestement, elle ne connaît pas au risque de commettre des contre-sens qui compromettent l'autorité de ses décisions.

Faire du recours direct à la Cour européenne une voie de recours devenue habituelle contre les décisions des cours supérieures des Etats n'est pas dans la nature de l'ordre conventionnel. Une telle pratique porte atteinte à l'autorité de ces juridictions dans les ordres internes, autorité qu'il faudrait au contraire renforcer si l'on veut décentraliser efficacement l'application de la Convention.

b) L'atteinte à la chose jugée

La perte de souveraineté des juridictions suprêmes nationales va jusqu'à une remise en cause de l'autorité de leurs décisions. Tel est le cas, en France, en matière pénale. A la suite d'un

⁶Arrêt du 21 mars 2000, affaire Dulaurans c/France

long conflit entre les autorités françaises et le Conseil de l'Europe a été instaurée, par une loi du 15 juin 2000, une procédure⁷ qui permet de soumettre à un nouveau jugement une affaire qui avait cependant épuisé les voies de recours internes, lorsque la violation de la Convention constatée par votre Cour, entraîne par, sa nature ou sa gravité, des conséquences dommageables qui ne peuvent être réparées par une indemnité.

Une telle voie procédurale est logique et à vrai dire indispensable ; il est difficilement admissible de laisser produire effet dans l'ordre juridique une décision de justice affectée d'une violation de la Convention qui anéantit son fondement de fait ou de droit. Mais il faut comprendre que le système juridictionnel de la Convention a franchi une étape décisive puisque, par ce biais, les arrêts de la Cour européenne produisent des effets sur l'autorité de la chose jugée par les juridictions internes. La Cour s'imisce ainsi dans les mécanismes de jugement internes.

La logique commanderait d'ailleurs de ne pas cantonner ce mécanisme à la matière pénale. Les jugements civils pris en violation de la Convention peuvent produire des effets aussi graves et intolérables qu'en matière pénale, lorsque, par exemple, ils conduisent à dénier une filiation, un état civil, voire une vocation successorale.

Cette extension sera d'autant plus nécessaire lorsque les procédures de réparation des conséquences de la violation d'une stipulation conventionnelle seront elles-mêmes soumises au contrôle de la Cour européenne, ce qui engendrera un nouveau contentieux né des suites données aux arrêts de la Cour.

On peut comprendre, même si on ne les partage pas, les réactions souverainistes que provoque l'immixtion des décisions d'une Cour supranationale dans le jugement d'affaires internes. La remise en cause de la souveraineté de la justice nationale est évidente.

2 - La remise en cause du mécanisme d'interprétation de la loi

La Convention européenne des droits de l'homme conduit par conséquent à un bouleversement de l'ordre juridictionnel. Il peut aussi provoquer un renversement de l'ordre juridique lorsqu'il conduit à la remise en cause des mécanismes d'interprétation de la loi.

La jurisprudence se forme dans l'ordre interne français selon un modèle original qui instaure un dialogue entre la Cour de cassation et les juges du fond et qui donne, dans un premier temps, un pouvoir de résistance aux juridictions subordonnées. Lorsqu'elle casse une première fois un arrêt d'une cour d'appel sur une question d'interprétation de la loi, la Cour de cassation, qui ne juge normalement pas les affaires⁸, renvoie devant une autre cour d'appel. Cette juridiction n'est pas obligée de respecter la doctrine de la Cour de cassation, elle peut reprendre la solution qui a été désapprouvée. Si tel est le cas et qu'un nouveau pourvoi est formé, l'affaire est examinée par une formation solennelle de la Cour de cassation :

⁷ réglée par les articles 626-1 à 626-7 du Code de procédure pénale

⁸ L'article L11-2 du Code de l'organisation judiciaire dispose à cet égard que la Cour de cassation "ne connaît pas du fond des affaires"

l'assemblée plénière⁹, qui peut, soit reprendre la solution initiale donnée par la chambre de la Cour de cassation initialement saisie, soit finalement la désavouer en retenant celle des deux cours d'appel qui ont successivement statué dans le même sens. Or, l'assemblée plénière de la Cour de cassation comprend trois membres de chaque chambre, le président, le doyen et un conseiller¹⁰. Evidemment, par construction, ces magistrats ont ou peuvent avoir siégé lors de l'examen du premier pourvoi formé dans la même affaire.

Incontestablement, ils statuent une seconde fois dans le même litige et sur la même question. Est-ce contraire au principe d'impartialité objective ? La question ne manquera pas de vous être posée lorsqu'on observe la multiplication des recours fondés sur le principe d'impartialité. C'est, en définitive, le mécanisme français de création de la jurisprudence qui est fondamentalement mis en cause puisque le délibéré de l'assemblée plénière consiste précisément dans un dialogue entre les trois juges de la chambre qui a rendu la première décision et leurs 16 collègues qui apportent un regard nouveau sur la question de droit examinée. Le débat interne qui s'instaure au sein de la Cour de cassation n'est pas formel puisque dans plus d'un tiers des cas, la Cour de cassation consacre la rébellion des juges du fond.

Constater une violation de la Convention en ce cas créerait une contradiction flagrante entre notre tradition juridique de l'interprétation de la loi et le respect d'un principe d'impartialité poussé dans ses extrêmes conséquences.

La notion d'identité d'affaire a-t-elle un sens pour un juge du droit ? Y a-t-il une différence de nature entre le fait de statuer deux fois dans le même litige sur le même point de droit et dans celui de se prononcer dans des affaires distinctes qui posent la même question juridique ?

C'est, en définitive, la spécificité, l'identité même du juge du droit qui est niée, puisque son rôle est précisément d'assurer la permanence de l'ordre juridique en se prononçant, en principe, de la même manière sur des questions identiques. La sécurité juridique s'opposerait alors à l'impartialité puisque la position du juge est présumée constante. Il faut donc y regarder à deux fois avant de détruire un tel mécanisme d'unification dans l'interprétation de la loi.

D'ailleurs, devant votre Cour elle-même, ce principe du dialogue se retrouve à la CEDH dans le mécanisme du renvoi en grand chambre ou dans la participation des mêmes juges, lors de l'examen de la recevabilité de la requête puis de son examen au fond. Que dire, encore, de la participation du juge représentant un Etat signataire de la Convention dans les affaires qui intéressent la législation de son Etat ?

Conclusion :

Aucune des conséquences qui viennent d'être décrites ne s'infère nécessairement de la Convention elle-même. Elles résultent de l'articulation d'une organisation juridique et

⁹ En application de l'article L131-2 du Code de l'organisation judiciaire

¹⁰ Conformément à l'article L121-6 du Code de l'organisation judiciaire

judiciaire nationale avec l'ordre juridique et judiciaire de la Convention.

Il ne s'agit évidemment pas de le déplorer ; mon propos ne vise certainement pas à critiquer la jurisprudence de votre Cour, dont les apports sont indispensables à l'amélioration de nos méthodes de jugement. En ce sens, on ne peut que se réjouir que quelques-unes des procédures ou pratiques judiciaires inacceptables et manifestement incompatibles avec les garanties de la Convention aient été réformées.

Mais l'articulation des juridictions suprêmes nationales ne comprend aucun mécanisme de coopération formelle entre les deux ordres juridictionnels, donc aucune expression individuelle ou collective des juridictions nationales devant la Cour européenne des droits de l'homme, hors la relation purement contentieuse. C'est, me semble-t-il, une lacune dans une décentralisation bien comprise de l'application de la Convention. Le dialogue des juges nationaux avec ceux de la Cour européenne mériterait, me semble-t-il, d'être institutionnalisé.

On l'a dit souvent, le mécanisme du recours préjudiciel en interprétation devant la Cour de justice des communautés européennes est, à cet égard, bien préférable. Il instaure une véritable relation de collaboration juridictionnelle. On comprend que, pour des raisons structurelles, il ne puisse être reproduit devant la CEDH, mais il me semble que, d'une manière ou d'une autre, un mode de coopération formelle soit à organiser.

De la situation actuelle, et ce sera ma seconde et dernière observation conclusive, il résulte des tensions qui peuvent aller jusqu'au développement de stratégies d'opposition ouverte et de rupture tant de la part des juridictions que des autorités politiques. Cela n'est pas sain et doit, me semble-t-il, être corrigé si l'on entend promouvoir l'application de la Convention dans les Etats qui y ont adhéré. Si la progression des droits garantis par la Convention doit se faire d'abord par le juge national, premier juge de la Convention, il faut lui donner les moyens d'assurer cette mission.

La bonne application des garanties de la Convention ne se fera sûrement pas par la guerre des juges mais dans la sérénité d'une coopération permanente entre la CEDH et les juridictions suprêmes nationales. De ce dialogue, le lieu et les méthodes restent à construire, le colloque d'aujourd'hui en est l'heureuse prémisse.