

Le juge et les valeurs fondamentales : pour une éthique de la discussion

par Christophe Soulard

Christophe Soulard, Président de la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Mots clés | VALEURS – Interprétation – Discussion – Consensus – Délibéré – Légitimité – Prudence

Les juges sont chargés d'assurer le respect d'un certain nombre de valeurs fondamentales, mais ces valeurs sont évolutives et peuvent entrer en concurrence les unes avec les autres. Seul un processus décisionnel fondé sur la discussion et obéissant à des conditions méthodologiques strictes rend légitimes les choix qu'ils opèrent. Ce processus s'inspire d'un « droit naturel pragmatique » lié à une éthique de la discussion selon une « procédure interactive ouverte » que l'auteur appelle de ses vœux.

The judge and fundamental values: creating an ethics of discussion

Judges are responsible for ensuring respect for a certain number of fundamental values, but these values are liable to change and come into conflict with each other. Only a decision-making process based on discussion and meeting strict methodological conditions can give legitimacy to the choices they make. This process is inspired by a «pragmatic natural law» which is bound to an ethics of discussion by an «open interactive procedure» advocated by the author.

La question des valeurs revêt, pour le juge, un double aspect : Il peut d'abord l'envisager sous l'angle des valeurs qu'il a pour mission de faire respecter : libertés individuelles, égalité, dignité, solidarité, droits de la défense, etc. Mais il peut aussi la comprendre comme visant les valeurs qu'il doit lui-même respecter dans son comportement professionnel et qui constituent son éthique : impartialité, pondération, sérénité, attention aux autres, etc.

La première acception nous confronte immédiatement à la question préalable de savoir s'il appartient au juge de faire respecter des valeurs. Dans l'approche positiviste de Kelsen, qui s'attache à la structure formelle des systèmes juridiques et se désintéresse du contenu des lois, le juge se borne à appliquer ces dernières en considérant que le processus qui a conduit à leur adoption suffit à asseoir leur légitimité. La question de la valeur ne se pose pas à lui.

Depuis la Seconde guerre mondiale et pour les raisons que chacun connaît, cette conception a été battue en brèche tant par les auteurs des grands textes internationaux et nationaux qui consacrent des droits fondamentaux que par les juridictions chargées de les interpréter et de les appliquer. Ces juridictions sont aussi bien les cours européennes que les juridictions nationales, lesquelles peuvent être conduites à écarter des lois parce qu'elles ne sont pas conformes à ces droits fondamentaux ou, tout au moins, à les interpréter dans un sens conforme à ces derniers.

Ces droits fondamentaux étant l'expression d'un certain nombre de valeurs, le juge qui les interprète et les applique est nécessairement amené à s'interroger sur ces dernières.

Mais, précisément parce que ces valeurs sont le fruit de l'histoire, leur contenu et leur portée sont indissociables d'une époque et sont donc appelés à évoluer. Ce qui paraît évident aujourd'hui n'était pas nécessairement reconnu hier et sera peut-être négligé demain. Même si l'on borne la perspective au temps présent, on ne peut que constater que la sensibilité à des valeurs qui sont *a priori* communes varie. En témoigne notamment le fait que les valeurs prônées par les cours européennes ne sont pas défendues avec la même ardeur d'un pays à l'autre, alors même que ces pays partagent une culture largement commune.

Le fait que les valeurs dont le juge assure le respect ne découlent pas d'un droit naturel au sens qui a été donné à cette expression à certaines époques mais s'inscrivent

dans l'histoire ne leur fait pas perdre leur raison d'être ni leur force. Leur fondement résidant notamment dans le consensus qu'elles suscitent, elles sont une condition du « vivre-ensemble ». Elles doivent donc être défendues sans réserves.

Mais se pose alors la question de la méthode qui permet au juge de définir et mettre en œuvre ces valeurs.

Le juge ne peut juger selon ses propres valeurs. Il doit au contraire, d'une part, s'en déprendre, d'autre part, chercher à déterminer les valeurs qui font consensus. La tâche est donc double mais le moyen d'y parvenir est le même. C'est l'échange d'idées, que cet échange prenne la forme du délibéré ou qu'il prenne la forme d'un dialogue élargi avec d'autres juridictions ou avec l'ensemble de la société.

Autant dire que la question des valeurs que le juge fait respecter et celle de son éthique personnelle sont nécessairement liées.

I – Discussion de la valeur et place de l'interprétation

Il suffit de procéder à un bref recensement des arguments échangés depuis plusieurs années tant devant les juridictions nationales que devant les juridictions européennes et des réponses que celle-ci leur apportent pour se convaincre de ce que le débat sur les valeurs qui fondent les principes généraux du droit se renouvelle en permanence et que les solutions qui s'en dégagent ne cessent d'évoluer.

Des mêmes valeurs appréhendées de manière variable

Souvent, les parties qui s'opposent revendiquent les mêmes valeurs mais les appréhendent de manière différente. Ainsi, partisans et adversaires de la gestation pour autrui se prévalent tous de l'intérêt supérieur de l'enfant mais n'en tirent pas les mêmes conclusions, certains considérant qu'un enfant a « intérêt » à naître à la suite d'une gestation pour autrui plutôt qu'à ne pas naître du tout, tandis que d'autres ont l'opinion inverse. De même tous reconnaissent la nécessité de protéger la vie privée et familiale ainsi que la dignité de la femme qui porte l'enfant mais soit ils n'accordent pas le même coefficient respectif à chacune de ces valeurs soit ils contestent qu'il y ait été porté atteinte. Enfin, même si l'on tranche le débat en faveur de l'interdiction de la gestation pour autrui, se pose la question de savoir si, une fois l'enfant né malgré cette interdiction, il faut, dans son intérêt, lui reconnaître l'ensemble des droits qu'on reconnaît aux autres enfants ou s'il faut, dans le but de dissuader d'autres personnes de recourir à cette pratique, lui faire subir un traitement défavorable. Sur toutes ces questions, on le sait, les réponses des juges évoluent.

Des valeurs concurrentes dont le point d'équilibre change

De manière générale, c'est souvent la confrontation entre plusieurs valeurs concurrentes qui conduit à porter un nouveau regard sur chacune d'elles. Il suffit de

songer à cet égard à l'appréciation qui est portée aujourd'hui sur l'euthanasie et sur le suicide assisté dans une confrontation entre la dignité, le droit à la vie et le respect de la vie privée. La solution dépend du coefficient de pondération que l'on accorde à chacune de ces valeurs et qui est sujet à variations. De même l'équilibre entre protection de la vie privée et droit à la réputation, d'une part, libertés d'expression et de communication, d'autre part, est un équilibre instable qui, en France, a évolué au profit des secondes au cours des dernières années.

« La solution dépend du coefficient de pondération que l'on accorde à chacune de ces valeurs et qui est sujet à variations. »]

Des valeurs qui se renouvellent

Il peut arriver que la valeur qui est opposée à une valeur ancienne soit elle-même nouvelle, au moins dans son expression. C'est ainsi qu'à propos de l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public, la valeur du « vivre-ensemble » a été récemment opposée au respect de la vie privée et familiale et à la liberté de manifester sa religion. De même le droit de propriété se voit aujourd'hui confronté à la nécessité de protéger l'environnement, devenu un enjeu majeur des sociétés modernes. Dans les deux cas de nouvelles valeurs sont apparues, sinon dans leur principe au moins dans leur expression. Mais si la nécessité d'exprimer une valeur trouve sa raison d'être dans la

volonté de lui conférer une portée juridique, l'expression de cette valeur a, en retour, pour conséquence de lui donner une portée toujours plus grande.

Des valeurs dont le contenu, non déterminé a priori, évolue

Certaines valeurs apparaissent au contraire anciennes, y compris dans leur formulation générale. Mais cette formulation générale peut être illusoire dans la mesure où elle ne dit rien de la portée de cette valeur, qui n'existe en réalité que par les déclinaisons qui lui donnent corps.

Soit, par exemple, la valeur d'égalité. Il est impossible d'en donner un contenu *a priori*. La définition tautologique selon laquelle ce principe implique qu'on ne traite pas de manière différente des personnes qui se trouvent dans des situations semblables n'est d'aucun secours puisqu'elle ne règle pas la question essentielle de savoir ce qu'il faut entendre par "situations semblables", notion dont la mise en œuvre suppose que soient énoncés les éléments de la comparaison. Certaines distinctions ou inégalités sont admises, d'autres sont prohibées, par le jeu de critères dont la définition n'est ni absolue ni définitive mais découle de l'existence de valeurs qu'une société donnée entend promouvoir ou d'objectifs qu'elle poursuit. Aussi la liste des motifs de discrimination considérés comme inadmissibles évolue-t-elle, comme en témoignent les ajouts successifs qui ont abouti à la version actuelle des articles 225-1 et suivants du code pénal. Les discriminations fondées sur l'état de grossesse,

l'apparence physique, la particulière vulnérabilité résultant d'une situation économique, le patronyme ou le lieu de résidence n'ont pas toujours été prohibés.

De manière plus inattendue, le fondement même de certaines prohibitions de discrimination peut changer sans que les dispositions qui les édictent soient elles-mêmes modifiées. Ainsi l'article 119 du traité CEE (devenu l'article 153 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), relatif à l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, qui avait été imposé pour des raisons purement économique par la France, en 1957, est devenu, au fil de la jurisprudence de la Cour de justice, l'expression particulière d'un principe général du droit, de portée plus large, expression d'une valeur fondamentale. Cette valeur, qui fut dans un premier temps cantonnée à l'égalité entre hommes et femmes a été ensuite étendue et conduit aujourd'hui à interdire également les discriminations fondées sur l'orientation ou l'identité sexuelle.

Le renforcement de valeurs anciennes

Mais ce n'est pas seulement la liste des valeurs consacrées qui change. Cela peut être également l'attention qu'on leur porte. Ainsi la valeur d'intégrité physique et psychique, qui fonde la prohibition du viol, n'est-elle pas nouvelle. Mais l'appréciation du consentement propre à exclure la constatation d'un viol a, quant à elle, été renouvelée dans le sens d'une exigence plus grande et donc d'un plus grand respect de la valeur. Il en va

de même de la prohibition des traitements inhumains et dégradants, qui trouve son fondement dans la nécessaire préservation de la dignité. Elle n'est pas nouvelle mais en l'appliquant à des catégories nouvelles de personnes, tels les détenus ou les étrangers en situation irrégulière, le juge a été conduit à en préciser les contours.

L'attention plus grande portée à certaines valeurs peut aussi conduire le juge, précédé ou suivi par le législateur, à modifier les règles de preuve afin de faciliter la constatation d'une violation. L'exemple de la prohibition des discriminations est, à cet égard, particulièrement éclairant. Si l'on se borne à proscrire les discriminations directes, on rend leur preuve difficile, voire impossible. D'où la nécessité, qui a été progressivement admise, de proscrire également les discriminations indirectes, c'est-à-dire celles qui, bien que fondée sur un critère en apparence neutre et admissible, aboutissent en réalité à une discrimination prohibée. Le changement ressortit ici à la charge de la preuve et non au fond puisque l'auteur présumé de la discrimination a toujours la possibilité de démontrer que l'inégalité constatée n'est pas due à une discrimination prohibée. Ce n'est donc pas la liste des critères de discrimination interdits qui est modifiée mais seulement la mise en œuvre de l'interdiction. L'exemple du traitement défavorable des salariés à temps partiels permet de bien comprendre la nuance. Un tel traitement défavorable n'est pas interdit en lui-même. Mais s'il apparaît que la proportion de femmes ou d'hommes est beaucoup plus

importante parmi les salariés à temps partiel qu'elle ne l'est parmi l'ensemble des salariés, on peut présumer que les salariés du sexe surreprésenté dans la catégorie des salariés à temps partiel sont victimes d'une discrimination à raison de leur sexe. Or une telle discrimination est proscrite. À l'employeur de prouver que le traitement défavorable des travailleurs à temps partiel est dicté par des considérations objectives indépendantes du sexe des salariés.

II – Valeur de la discussion et enrichissement du dialogue

Les fondements de la légitimité du juge

On vient de le constater, les valeurs que le juge doit faire respecter sont évolutives, parfois dans le principe même de leur reconnaissance, souvent dans leur portée et les modalités de leur mise en œuvre. Nombreuses sont les lois qui leur donnent force obligatoire. Que l'on songe à la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, à l'article 225-1 du code pénal, déjà mentionné, qui incrimine certaines atteintes au principe de non-discrimination ou, plus généralement à toutes les lois qui assurent le droit à la vie et à l'intégrité physique des personnes ! Par ailleurs le juge peut être amené à écarter une loi qui est contraire à une valeur fondamentale. Au nom de quel principe s'y autorise-t-il, alors que la loi, qui émane indirectement du suffrage universel, est supposée, à ce titre, exprimer la volonté générale ?

Il convient d'observer en premier lieu que la représentation nationale a accepté le principe même d'un contrôle des lois par le juge au regard de principes supérieurs en autorisant la ratification de traités internationaux qui contenaient en germe la possibilité d'un tel contrôle, puis en instituant la procédure des questions prioritaires de constitutionnalité. Certes la primauté et l'effet direct de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit communautaire n'étaient pas inscrits dans les traités mais ils ont été très vite posés en principe par la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme. Loin de les remettre en cause, le Parlement français en a même facilité largement la mise en œuvre en autorisant notamment les recours individuels devant la Cour de Strasbourg.

Plus fondamentalement, la subordination des lois à des normes supérieures exprimant des valeurs fondamentales n'est pas incompatible avec l'abandon d'une conception qui faisait une place à un droit naturel universel, extérieur à la volonté humaine. Une valeur ne perd pas son caractère fondamental au prétexte qu'elle résulte d'une volonté humaine et qu'elle est susceptible d'évoluer. Tout est question d'ampleur du consensus et de rythme. Par essence, les principes fondamentaux recueillent un assentiment plus large et ont une durée de vie plus longue que les lois qui doivent s'y conformer. Ils s'imposent « naturellement » à une population et une époque données sans constituer pour autant un droit naturel qui transcenderait l'histoire. Si l'on ne craignait pas de recourir à un oxymore, on dirait qu'ils

constituent un *droit naturel pragmatique*. Sur le plan procédural cette singularité s'exprime par le fait qu'ils ne peuvent résulter d'un simple vote majoritaire. Sur le fond elle explique que des textes internationaux, tels l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ou l'article 2 du traité sur l'Union européenne, prescrivent de respecter les droits des personnes appartenant à des minorités.

Reste que, s'il est aisé, pour le pouvoir politique, d'acter un consensus par une procédure de vote, il est plus difficile, pour le juge, de le constater. Et pourtant nombreux sont les cas dans lesquels les textes lui laissent une large marge d'appréciation à l'égard des valeurs qu'il doit faire respecter. Seule une éthique de la discussion peut alors légitimer ses décisions.

Les échanges du juge avec les parties et entre les parties

Le premier niveau de la discussion est celui de la discussion qui existe entre les juges et les parties et entre les parties elles-mêmes. On ne s'attardera pas sur ce point, tant il saute aux yeux que, si le principe du contradictoire irrigue toutes les procédures juridictionnelles, selon des modalités que les exigences résultant des textes nationaux et européens et de la jurisprudence n'ont fait que développer, c'est que les positions respectives des parties au litige constituent le premier aliment du juge. On se contentera d'observer que le juge n'est pas tenu, à cet égard, à un rôle purement passif. Il peut aussi fournir lui-même des aliments au débat après les avoir soumis à la contradiction. Ces aliments ne se réduisent pas aux moyens qu'il relève d'office.

En demandant aux parties, au cours de l'audience, de préciser le sens de tel ou tel argument avancé par elles, voire de répondre aux objections qu'on pourrait y opposer, le juge assure la qualité du débat. En soumettant aux parties, au-delà des options possibles, l'ébauche du raisonnement qui pourrait être le sien, il en teste déjà la pertinence. Il diminue ainsi le risque que sa décision se heurte à des objections qu'il n'avait pas envisagées mais dont il ne pourra plus tenir compte une fois celle-ci rendue.

Les échanges avec les parties sont particulièrement nécessaires lorsque la loi prévoit que le juge statue seul puisque disparaît alors cette autre garantie essentielle que constitue la collégialité.

Le délibéré

Le deuxième niveau de discussion est celui du délibéré au sein de la formation de jugement. Le délibéré et donc la collégialité se situent au cœur de l'activité juridictionnelle. Ils sont ressentis, par les juges eux-mêmes, comme une composante essentielle de leur légitimité notamment parce qu'ils obligent chaque juge à soumettre ses propres analyses au regard critique d'autres juges et donc à prendre conscience des *a priori* personnels qu'elles traduisent et qui constituent autant de biais susceptibles d'avoir une influence sur la décision. C'est pourquoi le recul de la pratique de la collégialité, qu'on peut constater au sein des juridictions, est vécu par les juges comme portant atteinte au sens même de leur mission.

Cependant le délibéré est un processus complexe, bien éloigné d'une simple comptabilité des positions exprimées. Plusieurs biais sont susceptibles de le fausser, qui peuvent relever de l'expérience et de la personnalité de chacun de ceux qui y participent, comme de la relation qu'il entretient avec les autres.

Pour supprimer ces biais ou au moins en atténuer les effets il faut un apprentissage et une méthode. L'habitude du délibéré permet à chacun de se départir de ses affects et de mettre son amour-propre sous le boisseau. On peut compter ici sur un effet de contagion. Chacun est prêt à renoncer à une partie de ce qui fait son individualité si tous y renoncent au profit d'une réflexion collective. Mais il faut aussi une méthode et notamment une préparation

« L'habitude du délibéré permet à chacun de se départir de ses affects et de mettre son amour-propre sous le boisseau. »

en amont, qui permet notamment d'éviter qu'une décision soit prise parce que l'un des membres a sorti au dernier moment de son chapeau des arguments auxquels personne ne s'était préparé. Le délibéré n'est pas une joute où triomphent les arguments les plus percutants. C'est un processus de maturation collective, qui s'inscrit nécessairement dans une certaine durée et implique l'existence de travaux préparatoires. Cette méthode n'exclut pas qu'apparaissent des arguments nés de la discussion mais elle peut conduire à prévoir un deuxième temps de délibéré laissant la possibilité de les examiner avec toute l'attention requise.

Dans tous les cas il n'y a véritable délibéré que si plusieurs tours de table sont organisés. C'est à cette condition que chacun peut intégrer dans sa réflexion les arguments qui ont été avancés après qu'il a pris la parole et faire part de sa réflexion renouvelée, qui alimentera à son tour celle des autres. Souvent le deuxième tour permet de recentrer la discussion sur les questions les plus épineuses. Les pistes étaient nombreuses au début et il est bien qu'il en ait été ainsi. Elles se réduisent au fur et à mesure que certaines se révèlent être des impasses.

Au cours du délibéré les juges n'échangent pas seulement entre eux. Ils répondent aux arguments des parties et, lorsqu'une telle institution existe, à ceux du juriconsulte qu'est l'avocat général ou le rapporteur public. Leur présence à tous est bien réelle même si elle ne se manifeste plus que par les écritures qu'ils ont laissées.

« Aussi faut-il se féliciter de ce que, dans des affaires portant sur des enjeux de société importants, des associations représentant différents courants de pensée interviennent au procès. »

Plus les parties sont nombreuses et défendent des points de vue variés, plus la réflexion est riche et la solution légitime. Aussi faut-il se féliciter de ce que, dans des affaires portant sur des enjeux de société importants, des associations représentant différents courants de pensée interviennent au procès.

Vient alors le temps de la rédaction. Même si des projets ont été préparés à l'avance, la rédaction fait encore partie du

délibéré car un principe n'existe pas en dehors de sa formulation. Tout juge a fait cette expérience : on croit s'être entendu sur un principe mais il s'agissait d'un malentendu, que la phase de rédaction révèle impitoyablement. Parfois même, ce n'est pas l'absence d'accord qui est ainsi révélée mais la faiblesse de la solution adoptée. L'idée qui paraissait s'imposer lorsqu'elle était formulée oralement fait pâle figure une fois couchée sur le papier.

Ce qui vaut pour la formulation des principes vaut aussi pour leur justification. D'où l'importance que les juges ne se bornent pas à énoncer des règles mais en expliquent les fondements. C'est ainsi que, d'une affaire à l'autre, ils tissent un récit, qui trace l'évolution des valeurs qu'ils ont pour tâche de faire respecter.

Soit, par exemple, la responsabilité pénale des personnes morales. Elle est née en 1994, sans que le législateur en ait défini précisément les contours. La Cour de cassation en a déduit qu'il fallait assimiler la personne morale à une personne physique et considérer que sa dissolution équivalait à la mort. Mais, au fur et à mesure des affaires, il est apparu que cette approche anthropomorphique pouvait inciter des sociétés à se faire absorber par une société amie dans le but d'échapper à leur responsabilité. Cette pratique pouvait trouver à s'appliquer notamment en cas de catastrophe écologique provoquée par le comportement d'une société. Dans le même temps, la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme ont fait entendre leur voix, incitant et autorisant la Cour de cassation à

procéder à un retour réflexif sur les différents arrêts qu'elle avait rendus et à changer le cours de sa jurisprudence en expliquant les raisons de ce changement. C'est ainsi qu'elle considère aujourd'hui, depuis une décision du 25 novembre 2020 qui décrit et explique ces évolutions, qu'en cas de fusion-absorption d'une société par une autre, la société absorbante peut être responsable pénalement des infractions commises, avant la fusion, par la société absorbée. Mais l'histoire n'est pas terminée et certaines précisions seront apportées par des arrêts futurs.

Le dialogue des juges

Le troisième niveau de discussion est celui de l'échange entre plusieurs juridictions. Cet échange est institutionnalisé entre les juridictions nationales, d'une part, la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme, d'autre part, grâce respectivement à la procédure de questions préjudicielle et à celle de la demande d'avis. L'échange est à son niveau minimal lorsque la question ou la demande d'avis sont ouvertes et que la réponse est fermée. Il s'agit alors, pour la juridiction nationale qui a posé la question ou formulé la demande d'avis, d'appliquer la réponse à l'élaboration de laquelle elle n'a pris aucune part. L'échange est plus fructueux lorsque l'auteur de la question exprime un avis au regard notamment de la jurisprudence existante de la Cour européenne. Il l'est encore davantage lorsque la Cour européenne laisse une marge de manœuvre à la juridiction nationale, quitte à ce que cette dernière interroge à nouveau la Cour. Peut

alors se dégager un consensus qui donne toute leur force aux principes dégagés. La question de la transcription, à l'état civil français, des actes de naissance d'enfants nés à l'issue d'une gestation pour autrui, fournit un bel exemple d'un dialogue riche et ouvert entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation.

Le dialogue entre les juridictions nationales n'est pas, quant à lui, institutionnalisé, mais il peut se nouer de plusieurs manières.

En premier lieu ces juridictions, confrontées aux mêmes interrogations relatives aux principes fondamentaux, sont conduites à poser aux juridictions européennes des questions qui se complètent les unes les autres. Lorsque ces questions expriment des préférences, elles instituent indirectement un dialogue entre les juridictions nationales, qui intègre non seulement les questions posées mais les décisions rendues à la suite des réponses. Le débat qui est en cours sur la conservation des données de connexion en fournit une illustration. Après que la Cour de justice eut, au nom de la protection de la vie privée, limité drastiquement les cas dans lesquels il est possible de conserver les données que les opérateurs de téléphonie mobile et les fournisseurs d'accès à internet recueillent à chaque fois qu'une personne se connecte, et qu'elle eut posé des règles strictes relativement à l'accès à ces données, de nombreuses cours suprêmes, dont le Conseil d'État et la Cour de cassation, ont posé des questions préjudicielles tendant à obtenir des précisions sur la portée de cette jurisprudence et à l'infléchir.

Par ailleurs il est fréquent que la Cour européenne des droits de l'homme dresse, dans ses décisions, un état des lieux des règles de droit en vigueur dans la plupart des États, fournissant ainsi des éléments de réflexion utiles aux juridictions des autres États.

Enfin, indépendamment de l'intervention des cours européennes, les juridictions nationales sont de mieux en mieux informées des décisions rendues par celles des autres pays et sont en mesure de s'en inspirer ; il en va *a fortiori* ainsi entre les cours suprêmes d'un même État, par exemple entre le Conseil d'État et la Cour de cassation. On ne peut que souhaiter que, sur des questions fondamentales qui leur sont communes, les cours suprêmes nationales, qu'elles relèvent du même État ou d'États différents, entretiennent un dialogue plus nourri. D'ores et déjà existe l'idée qu'une juridiction ne peut pas toujours, à elle seule, faire respecter une valeur qui pourtant fait consensus. La jurisprudence combinée de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de cassation, du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel sur la question des conditions de détention dans les prisons françaises en fournit une parfaite illustration.

Mais une Cour suprême s'alimente également de la jurisprudence des cours d'appel. Ainsi, il a été dit plus haut que la jurisprudence de la Cour de cassation sur les conditions du transfert de responsabilité pénale en cas de fusion-absorption d'une société restait à préciser. Mais ce sont d'abord les cours d'appel qui statueront sur les questions non encore tranchées et c'est en examinant leurs décisions que la

Cour de cassation affinera sa jurisprudence. De même, s'agissant des nombreuses décisions qui sont rendues actuellement à l'égard des militants écologistes qui décrochent et parfois emportent les portraits du président de la République accrochés dans les mairies, c'est à partir de la démarche suivie par les cours d'appel que la Cour de cassation devra dire à quelles conditions la liberté d'expression peut justifier la commission d'une infraction.

Un échange ouvert à la cité

Le quatrième niveau de discussion est celui qui permet un échange entre les juridictions et la société tout entière. Il est nécessaire que les juges soient informés des diverses sensibilités qui traversent la société et qu'ils puissent mesurer leur importance respective. C'est parce que les principes fondamentaux expriment des valeurs dont il constate qu'elles font l'objet d'un large consensus que le juge est légitime à les faire respecter. C'est cette nécessité qu'exprime la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle fait dépendre de l'ampleur du consensus qu'elle constate sur une question donnée celle de la marge d'appréciation qu'elle laisse aux États.

Le juriste évoqué plus haut, partie prenante dans les discussions mais tiers au délibéré, peut jouer à cet égard un rôle important en rendant compte des débats qui traversent la société. Ainsi, dans une affaire où se posait la question de savoir si des relations sexuelles obtenues par un homme dans le cadre d'une relation nouée sur internet grâce à divers stratagèmes était susceptible de constituer un viol par surprise, l'avocate générale a fait état des dispositions

introduites dans certaines législations étrangères, ainsi que de l'état de la réflexion de parlementaires et d'associations de lutte contre les violences faites aux femmes, pour inviter la Cour de cassation à apprécier la notion de consentement en tenant compte de l'usage toujours plus important d'internet et de la nécessité de protéger les utilisateurs contre certaines pratiques.

Mais il serait souhaitable que le débat soit encore élargi dans toutes les affaires qui soulèvent des questions de société fondamentales que le juge ne peut trancher qu'avec une extrême prudence. C'est en ce sens que s'est prononcée la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030 dans le rapport qu'elle a déposé en juillet dernier. La commission propose que ces affaires soient traitées selon une « procédure interactive ouverte ». Cette procédure se déroulerait en deux temps. La Cour procéderait d'abord à une « séance préparatoire publique », marquée par l'oralité, l'interactivité et l'ouverture. Outre les parties et leurs conseils, elle y entendrait, selon les besoins, le point de vue de tiers intervenants, d'autorités extérieures, d'experts et d'*amicus curiae*. Cette séance préparatoire serait suivie de l'audience proprement dite.

Indépendance et autorité

Cependant, une fois qu'un principe a été posé selon un processus répondant

aux exigences procédurales qui viennent d'être exposées, il incombe au juge de le faire respecter notamment dans ses conséquences particulières. Le juge qui renonce à un principe pour des raisons conjoncturelles abandonne par là-même sa fonction, essentielle dans un État de droit, de gardien des valeurs. Et pourtant les pressions en ce sens peuvent être grandes, tant sont nombreux ceux qui n'admettent pas les conséquences de principes dont ils considèrent pourtant qu'ils s'imposent avec la force de l'évidence.

C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'autorité et l'indépendance qui doivent être celles du juge.

« Il serait souhaitable que le débat soit encore élargi dans toutes les affaires qui soulèvent des questions de société fondamentales que le juge ne peut trancher qu'avec une extrême prudence. »

Il dégage des principes en toute indépendance mais en appliquant rigoureusement une méthode reposant sur la discussion. Une fois les principes dégagés il s'attache fermement à les faire respecter. Il peut arriver, bien entendu, que les conséquences récurrentes d'un principe conduisent à devoir le reconsidérer. Mais il faut alors user de la même prudence et suivre la même démarche que celles qui ont entouré son adoption ; la *phronêsis* aristotélicienne est, pour le juge, une condition de sa légitimité et de son autorité.