

"Conférence des chefs des Cours suprêmes des Etats membres du Conseil de l'Europe" – François Molins

12/09/2019



Discours prononcé par M. François Molins, procureur général près la Cour de cassation, en ouverture de la *Conférence des chefs des Cours suprêmes des Etats membres du Conseil de l'Europe*

Madame la **Première présidente**,

Monsieur le **Président du Conseil constitutionnel**,

Monsieur le **Vice-Président du Conseil d'Etat**,

Monsieur le **Président de la Cour européenne des droits de l'homme**,

Monsieur le **Secrétaire général du Conseil de l'Europe**,

Mesdames et Messieurs,

Chers collègues,

C'est un grand honneur de prendre la parole pour l'ouverture de cette Conférence rassemblant les chefs des cours suprêmes des Etats membres du Conseil de l'Europe, à l'occasion du 70ème anniversaire de la signature du statut instaurant le Conseil de l'Europe, du 60ème anniversaire de la création de la Cour européenne des droits de l'homme, et dans le cadre de la présidence française du Comité des ministres, instances qui ont pour vocation de défendre les droits de l'homme, la démocratie pluraliste et la prééminence du droit.

C'est avec beaucoup de fierté que la Cour de cassation, conjointement avec le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat, accueille aujourd'hui les chefs des hautes juridictions des 47 pays membres du Conseil de l'Europe, autour d'un thème porteur à la fois de progrès et d'équilibre, « Le dialogue des juges ».

En France, l'autorité judiciaire est la « gardienne de la liberté individuelle » aux termes de l'article 66 de la Constitution, tandis que le juge administratif est le protecteur des libertés, les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme infusant l'ensemble.

Les débats qui se dérouleront cet après-midi à la Cour de cassation auront trait aux libertés, et particulièrement à la liberté d'expression. Je souhaiterais dire quelques mots sur la conception des libertés dans nos sociétés démocratiques, avant d'évoquer le dialogue des juges mis en œuvre concrètement par la Cour européenne des droits de l'homme et par nos juridictions nationales.

Les libertés reflètent l'équilibre que la société assure entre les aspirations des individus et les exigences de la vie collective. Même lorsqu'elles sont respectées de longue date et solidement garanties, les libertés sont toujours en question(s). Les discussions qu'elles suscitent combinent les données juridiques, les contraintes de la réalité sociale et les idéaux de tout projet collectif.

Il existe au sein des libertés différentes catégories (liberté individuelles et libertés collectives ; libertés civiles et politiques d'un côté et libertés économiques et sociales de l'autre côté ; libertés des êtres humains et libertés de l'humanité).

Il est incontestable que le Conseil constitutionnel a procédé à la métamorphose de la Constitution de la Vème République en Charte des libertés et que la Cour européenne des droits de l'homme a pu faire de la Convention EDH un véritable instrument vivant de protection des libertés en Europe.

Il semble que l'extension continue des libertés exprime une certaine conception des libertés de la part des hautes juridictions françaises. Conscientes d'être des piliers d'une société démocratique fondée sur le respect des droits et des libertés, elles conçoivent les libertés comme des bornes aux débordements du pouvoir. Apparaît ainsi une conception des libertés comme une limite du pouvoir. Dans cette conception défensive des libertés, les juridictions suprêmes exigent du pouvoir qu'il ne prenne pas d'actes ou n'entame pas d'actions contraires aux libertés. C'est le cas de l'inviolabilité du domicile comme composante de la liberté individuelle, ou du libre choix des individus en matière syndicale. Ces exemples illustrent l'ancrage du système français et du système européen de protection des libertés dans l'individualisme libéral.

Mais la limitation du pouvoir ne consiste pas seulement à l'abstention de porter atteinte à une liberté : elle se traduit aussi par l'obligation pour le pouvoir de protéger cette liberté et de la rendre effective, notamment en ce qui concerne les droits créances. Il s'agit là d'une conception plus offensive des libertés.

La Cour européenne des droits de l'homme répète à l'envi qu'elle est chargée de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs. Chaque affaire portée devant la CEDH doit être adossée à une espèce portée devant elle après épuisement des voies de recours nationales. La recherche de l'effectivité des arrêts conduit la Cour à

faire preuve de pragmatisme pour donner une portée concrète aux libertés, et à renforcer les obligations positives dans de nombreux domaines.

L'appartenance de nos juridictions nationales et de la CEDH à la même tradition libérale et au même moule des droits de l'homme leur permet d'avoir une conception convergente des libertés. Un dialogue renforcé permet aux juridictions de rapprocher une conception abstraite et une conception concrète des libertés, et de garantir un équilibre entre une conception individualiste et une conception holiste de celles-ci.

Les questionnements liés à l'équilibre des droits et des libertés de chacun au sein d'une collectivité sont multiples :

- La réflexion sur les libertés ne doit-elle pas nécessairement être prospective, l'atteinte qui leur est portée un jour, dans un but légitime, créant un état nouveau qui pourra servir, plus tard, à des fins bien plus contestables ?
- La question de la protection des citoyens contre un Etat sans cesse tenté, par nature, d'abuser de son pouvoir, même pour le meilleur motif, ne doit-elle pas rester centrale ?
- A l'inverse, une protection excessive ou caricaturale de l'individu et de sa vie privée, ne risquerait-elle pas de se faire au détriment de la préservation de l'ordre public par l'Etat ?
- Ne doit-on pas s'assurer que le juge, administratif ou judiciaire, intervienne avant que l'atteinte aux libertés ait été commise, et non pas après ?
- Les incriminations ne doivent-elles pas être définies avec assez de précision pour que le citoyen ne soit pas remis au pouvoir discrétionnaire du juge, comme il l'aurait été à celui de l'administration ?

On peut s'interroger également sur les changements de perspectives : l'intérêt général se conçoit-il encore comme la somme des libertés individuelles, ou leur est-il au contraire supérieur ? La liberté individuelle ne serait alors plus la règle lorsque la liberté collective est en jeu, puisque celle-ci en viendrait à constituer l'intérêt général qui justifie les restrictions portées à celle-là. Le juge se trouve à la charnière de ces transformations, puisqu'il lui appartient de mesurer l'atteinte aux droits individuels que justifie la protection de l'ordre public. Cela pose la question politique par excellence de la place respective de l'individu et de la cité. Et cela impose également de réfléchir à ce que devrait être l'office du juge dans de telles circonstances.

A partir de l'ouverture aux citoyens français du droit de recours individuel, la Cour européenne des droits de l'homme a relevé, avec le recul qui est celui d'une instance internationale, certaines lacunes de notre dispositif, pourtant développé, de protection des droits fondamentaux. Les constatations critiques de la CEDH sont des stimulants qui concourent à des progrès de la législation comme de la jurisprudence. Même sans condamnation de la CEDH, le législateur garde présentes à l'esprit les exigences de la Convention. Les juridictions elles-mêmes écoutent la Cour européenne des droits de l'homme.

Depuis la loi du 15 juin 2000 en matière pénale, et la loi du 18 novembre 2016 en matière civile, la législation française a prévu une procédure de réexamen des affaires à la suite d'une condamnation par la Cour de Strasbourg.

La France a ratifié, le 12 avril 2018, le protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme, déclenchant par la même occasion son entrée en vigueur. Ce protocole a pour objectif de renforcer le dialogue entre la Cour européenne et les plus hautes juridictions nationales. En France, le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel peuvent donc, depuis le 1er août 2018, adresser à la CEDH des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles, dans le cadre d'affaires pendantes devant lesdites juridictions. L'avis rendu alors par la CEDH sera motivé et non contraignant. Ce dispositif encourage le dialogue des juges et favorise la mise en place du principe de subsidiarité.

Comme le disait René Cassin, qui a pris une part importante à la rédaction de la Convention, avant d'être membre puis président, en 1965, de la Cour européenne des droits de l'homme, accepter les contraintes de tels engagements est,

même pour une démocratie respectueuse des droits des citoyens, « le prix à payer pour donner l'exemple ». Si le juge européen incite la loi nationale à s'adapter et à corriger ses imperfections, les libertés ne pourront qu'être confortées.

Si l'exercice effectif des libertés fondamentales repose sur un régime véritablement démocratique, l'on comprend aisément que la liberté d'expression occupe une place privilégiée, consacré par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La liberté d'expression peut être analysée comme une liberté « fonctionnelle », c'est-à-dire comme la condition indispensable à la jouissance effective de nombreux autres droits de l'homme et à l'exercice des autres libertés fondamentales. Ainsi, l'arrêt « Handyside » de la CEDH du 7 décembre 1976 rappelle que la liberté d'expression est l'une des conditions de base pour le progrès des sociétés démocratiques et pour le développement de chaque individu.

En effet, la liberté d'expression est en étroite relation avec l'ensemble des libertés de la pensée, que ce soit la liberté de conscience ou de religion, la liberté d'association ou la liberté de réunion, mais sa fonction est surtout mise en valeur dans les démocraties, s'agissant de la liberté de suffrage. La liberté d'expression, parce qu'elle suppose le pluralisme des opinions, l'existence d'un débat public à même de refléter ces opinions plurielles et la reconnaissance d'un droit du public à être informé sur des questions d'intérêt général, permet aux citoyens d'exercer leur droit de participation, mais aussi de contestation, caractéristiques d'un régime démocratique.

La fonction créatrice du juge a pris une dimension nouvelle avec l'émergence, dans les normes applicables, des traités internationaux, lesquels, en application de l'article 55 de la Constitution, ont force de loi en France. Etant devenu, par l'effet du principe de l'articulation des normes, le juge de droit commun des engagements internationaux régulièrement ratifiés, le juge doit en assurer l'application, voire la prééminence, notamment lorsqu'ils consacrent des droits fondamentaux au profit des citoyens. L'un des instruments permettant cette application est le contrôle de conventionnalité ou de proportionnalité, par lequel le juge mesure la conformité de la loi, ou de l'application qui en est faite, aux principes supérieurs posés par le texte supranational.

Le principe de proportionnalité est un mécanisme bien connu en droit interne, la loi instaurant parfois des prérogatives qui ne sont pas absolues ou qui laissent au juge une faculté d'appréciation (les clauses pénales par exemples). Quant à la confrontation de la loi aux libertés et droits fondamentaux, elle est pratiquée depuis longtemps par le juge, et notamment en matière de liberté d'expression. Ce qui est nouveau, c'est la multiplication des hypothèses de contestation de la loi nationale au regard des droits fondamentaux, dans les domaines les plus divers : liberté de mariage, droit de la filiation, droit des étrangers, droit de propriété.

Le contrôle de conventionnalité est parfois critiqué au regard des principes fondamentaux de sécurité juridique ou de prévisibilité du droit. Il peut être également légitime de se demander si le contrôle de proportionnalité n'est pas une façon de faire renaître le jugement d'équité, alors que la jurisprudence rappelle régulièrement que l'équité n'est pas une source de droit.

Malgré ces inconvénients potentiels, le contrôle de conventionnalité, lors de l'application des normes de droit interne, répond à la nécessité pour le juge de vérifier le respect d'un juste équilibre entre les objectifs poursuivis par le législateur et les moyens utilisés pour les atteindre, lesquels ne doivent pas porter une atteinte excessive et insupportable aux droits fondamentaux d'autrui.

En matière de liberté d'expression, le juge doit veiller à concilier cette liberté avec le droit au respect de la vie privée. Il appartient alors au juge saisi de rechercher un équilibre entre des droits et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime. Ainsi s'explique par exemple que, dans certaines circonstances, le droit à l'information du public prime sur le droit au respect de la réputation ou de la vie privée d'une personne, ou que la liberté

de création puisse faire obstacle à l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle.

Pour harmoniser et unifier l'application de la loi, il importe que la Cour de cassation maintienne, même dans le cadre du contrôle de conventionnalité, sa mission normative d'interprète de la loi : en développant substantiellement la motivation des décisions recourant au contrôle de conventionnalité, et en fixant des lignes de conduite claires à destination des juges du fond. C'est pour cela que la Cour de cassation a entrepris d'élaborer des trames de décisions déclinant les différentes étapes que doivent suivre les juges pour l'exercice de ce contrôle :

- Le droit fondamental invoqué est-il applicable ?
- La mesure contestée constitue-t-elle une atteinte à l'exercice de ce droit ?
- A-t-elle une base légale claire et accessible en droit interne ?
- Cette atteinte poursuit-elle un but légitime, tel que la protection des droits d'autrui, la défense de l'ordre public ou de la sécurité nationale ?
- Enfin, est-elle nécessaire dans une société démocratique, et proportionnée ?

Dans le même but pédagogique, certaines décisions de la Cour de cassation font apparaître les critères qui doivent guider les juges dans l'application du principe de proportionnalité. Par exemple, pour trancher le conflit entre le droit au respect de la vie privée et le droit à la liberté d'expression, le juge doit tenir compte de différents facteurs, parmi lesquels la contribution de la publication en cause à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée et son comportement antérieur vis-à-vis de la presse, l'objet, le contenu, la forme et les répercussions de la publication (Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2018). Les juges du fond conservent ainsi leur souveraineté pour l'appréciation des faits, dans un cadre juridique défini par la Cour de cassation.

Le Cour de cassation se trouve aujourd'hui au cœur d'un système juridique imposant aux juges un travail complexe d'articulation de règles de droit d'origine diverse. Sans méconnaître les spécificités du droit interne, il s'agit aussi de s'inscrire dans un mouvement de renforcement de principes fondamentaux supra-nationaux. Dans ce contexte, la confiance dans le fonctionnement de la justice implique de nourrir le dialogue entre juridictions.

En conclusion, je souhaiterais m'associer aux propos de M. Bernard Stirn qui rappellent, dans un ouvrage consacré aux libertés, que, dans les Etats démocratiques, il s'agit moins désormais de protéger les libertés face à la puissance publique que de les prémunir des préjugés, des excès, des égoïsmes et d'assurer à chacun l'exercice effectif de ses droits ; et que les menaces présentes s'appellent ignorance et indifférence, fanatisme et terrorisme, intolérance et exclusion. En tant que biens toujours potentiellement fragiles, les libertés demandent la vigilance. On le sait au pays de la philosophie des Lumières, de l'affaire Dreyfus, de la Résistance.

Je vous souhaite d'avoir des débats fructueux à l'occasion de ces deux journées, et je vous remercie de votre attention.

Discours

International

Procureur général

Par François Molins