

Cycle d'études judiciaires européennes

Intervention du premier président de la Cour de cassation Christophe Soulard, 25 mars 2024

25/03/2024



Je voudrais partir de la notion d'Etat de droit puisque c'est le thème de cette session du cycle d'études judiciaires européennes.

Le concept d'Etat de droit a été forgé dès le XIXème siècle par les juristes allemands puis français. Il désigne un Etat régi par le droit, à travers la construction d'un ordre juridique, auquel le pouvoir exécutif et l'administration sont soumis et qui est fondé sur la hiérarchie des normes.

Au départ il s'agit d'une conception très formaliste du droit, celle que l'on trouve chez Kelsen. Mais, après la seconde guerre mondiale et en rupture avec les régimes totalitaires reposant sur la négation des droits que les individus tirent de leur nature humaine, a émergé une conception davantage matérielle et substantielle de l'Etat de droit, qui implique l'adhésion aux droits fondamentaux et aux valeurs de la démocratie et l'instauration de mécanismes de garanties appropriés, reposant sur le contrôle du juge constitutionnel. La notion qui s'impose est alors plutôt celle de *rule of Law*, c'est-à-dire de prééminence du droit, consacrée à l'article 3 du statut du Conseil de l'Europe.

Dit autrement l'Etat de droit, aujourd'hui, ce n'est pas seulement le respect de règles formelles mais le respect de droits fondamentaux substantiels, qui peuvent être opposés à la volonté de la majorité.

L'introduction de critères substantiels ne porte pas en elle-même atteinte au principe de hiérarchie des normes, au sommet de laquelle se trouve la Constitution, puisque le constituant a accepté de donner une valeur supra-législative à un certain nombre de droits fondamentaux. Il l'a fait directement, en faisant précéder la constitution d'une déclaration des droits et il l'a fait indirectement en permettant au législateur d'autoriser la ratification de conventions internationales qui consacrent précisément des droits fondamentaux. Par exemple la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Certes on pourrait soutenir qu'en faisant précéder la Constitution d'un préambule consacrant un certain nombre de droit le constituant de la Vème République n'entendait pas en faire des droits opposables. On pourrait soutenir de la même manière qu'en autorisant la ratification de la Cour européenne des droits de l'homme ou en signant les traités de Rome le législateur ne pouvait anticiper tout le développement de la jurisprudence des cours de Strasbourg et de Luxembourg en matière de droits fondamentaux.

Autrement dit le développement des droits fondamentaux serait l'œuvre de juges agissant contre la volonté du législateur.

C'est précisément l'une des critiques que formulent aujourd'hui ceux qui dénoncent la place qu'a prise l'Etat de droit et qui y voient une atteinte aux prérogatives du parlement, seul pouvoir légitime car issu de l'élection. Ceux-là en viennent à opposer le droit à la démocratie. Le droit étant en grande partie l'œuvre des juges, ce sont ces derniers qui s'opposent à la démocratie.

On remarquera que cette mise en cause des juges est très générale et vise tant le juge judiciaire, que le juge administratif, le juge constitutionnel et les cours européennes.

Il y a quelque chose de vrai dans la prémisse qui soutient ce raisonnement. Il est certain que le développement des droits fondamentaux, tel qu'il s'est produit, n'avait sans doute pas été envisagé en 1950, année de la conclusion de la Cour européenne des droits de l'homme, ou en 1957, année du traité instituant la CEE

Mais on peut considérer que les différents Etats parties à ces conventions ont entériné ces développements puisqu'ils ont promulgué une Charte des droits fondamentaux qui a la même valeur que les traités et qui consacre toute la jurisprudence de la Cour de justice sur les droits fondamentaux, laquelle est très proche de celle de la Cour européenne des droits de l'homme. S'agissant du cas particulier de la France, elle a modifié sa Constitution à plusieurs reprises pour rendre possible les différents traités successifs qui n'ont fait qu'accroître les compétences de la Communauté puis de l'Union européennes, notamment dans des domaines non économiques.

La Convention européenne des droits de l'homme n'a pas été modifiée sur le fond mais, d'une part, la France ne l'a ratifiée qu'en 1974, c'est-à-dire à une époque où la Cour de Strasbourg avait déjà élaboré une partie de sa jurisprudence, d'autre part elle a ratifié en 1981 le protocole sur le recours individuel, ce qui revenait à admettre que la France puisse être facilement poursuivie devant elle. Plus récemment elle a été l'une des premières à ratifier le protocole 16, qui permet à une juridiction suprême de demander un avis à la Cour européenne des droits de l'homme, ce qui revient à reconnaître un certain pouvoir normatif à cette dernière.

On peut faire la même remarque s'agissant des droits fondamentaux reconnus par la Constitution. En instituant la procédure de QPC, le constituant leur donnait nécessairement une portée pratique plus grande.

Je disais à l'instant que ceux qui critiquent le rôle des juges critiquent à la fois la Cour de cassation, le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel, la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme. En s'étendant ainsi à d'autres juridictions que les juridictions françaises, la critique du gouvernement des juges s'est, d'une certaine manière, modernisée et il faut bien reconnaître que, de ce point de vue, elle vise mieux sa cible. Le renforcement des droits fondamentaux est en effet une co-construction à laquelle participent toutes les juridictions que je viens de citer.

Je voudrais examiner avec vous la manière dont se réalise cette construction en me plaçant, ce qui ne vous étonnera pas, du point de vue de la Cour de cassation. On verra que cette construction est de plus en plus collective et sophistiquée.

Commençons par le plus simple : La prééminence des droits fondamentaux sur la loi

Elle a été reconnue dès 1975 à la fois en ce qui concerne le droit communautaire avec l'arrêt d'assemblée plénière Jacques Vabres et en ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'arrêt de la chambre criminelle Respino.

Par la suite les modalités de mise en œuvre des droits européens se sont développées et diversifiées, suivant en cela les distinctions opérées par les cours européennes.

Pour la CJUE : effets d'exclusion, de substitution, d'interprétation conforme et édicition d'un principe de responsabilité des Etats membre en cas de violation du droit communautaire. Ces différentes modalités de mise en œuvre du droit de l'Union sont fréquemment invoquées devant la Cour de cassation, qui doit alors se prononcer sur leurs conditions d'application. On sait par exemple que l'effet direct d'une directive ne peut pas être invoquée à l'encontre d'un particulier mais que les juridictions nationales doivent interpréter, à chaque fois que cela est possible, le droit national dans un sens conforme au droit de l'Union même lorsque la disposition du droit de l'Union en cause n'a pas d'effet direct. Cette obligation d'interprétation conforme est particulièrement intéressante et sa portée appelle encore des précisions. Ainsi le 5 avril prochain, la Cour de cassation examinera, en assemblée plénière, la question de savoir si, lorsqu'elle est amenée, en vertu d'une disposition d'un contrat de travail, à appliquer une loi britannique qui a transposé une directive européenne, elle doit interpréter cette loi dans un sens conforme à cette directive, y compris lorsque cette interprétation serait contraire à celle donnée par la cour suprême du Royaume-Uni. Soulignons en passant que la question, qui pourrait se poser pour le droit de n'importe lequel des Etats membres, est rendue ici plus complexe en raison du Brexit et de la prise en compte des dispositions transitoires que contient l'accord de Brexit.

S'agissant de la Convention européenne des droits de l'homme la Cour de Strasbourg ne se prononce que sur des cas particuliers. Mais, au-delà d'une motivation souvent très factuelle, elle énonce des règles générales. L'assemblée plénière de la Cour de cassation en a d'ailleurs pris acte en jugeant qu'elle devait appliquer la convention telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg (y compris dans des affaires qui ne concernaient pas la France) sans attendre que la France soit condamnée (arrêt du 15 avril 2011).

On peut observer que la CJUE est marquée par le phénomène inverse. En réponse à une question préjudicielle elle est censée donner une réponse abstraite mais elle considère qu'elle ne peut donner une réponse utile que si la juridiction nationale lui a fourni tous les éléments de contexte propres à l'affaire.

La conclusion de ces deux évolutions en sens contraire et qui se rejoignent est qu'une juridiction suprême peut difficilement poser une règle sans que ce soit à propos d'une affaire particulière et qu'elle ne peut pas se prononcer sur une affaire particulière sans dégager la règle.

Quoiqu'il en soit la Cour de cassation n'hésite plus à citer expressément des arrêts de la Cour de justice ou de la Cour européenne des droits de l'homme notamment pour justifier un revirement de jurisprudence. Je reviendrai tout à l'heure sur les effets que cela a pu induire, en dehors même des droits européens.

Le respect de la jurisprudence de ces deux juridictions a été encore renforcé par des évolutions institutionnelles ou jurisprudentielles

Institutionnellement la France a créé une procédure de réexamen des affaires pénales et des affaires civiles d'état des personnes lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que la décision définitive rendue a été prononcée en violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée

entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée par la Cour ne pourrait mettre un terme.

S'agissant de la jurisprudence, on sait qu'à la suite de l'arrêt *Francovich*, du 19 novembre 1991, les Etats sont responsables envers les particuliers des dommages subis en raison d'une violation du droit communautaire et qu'à la suite de l'arrêt *Köbler*, du 30 septembre 2003, cette responsabilité s'étend au cas où cette violation émane d'une juridiction suprême nationale. Par ailleurs la violation peut résulter du simple fait que ladite juridiction suprême n'a pas posé une question judiciaire alors qu'il y avait un doute sur l'interprétation du texte de l'Union.

En complément de cette jurisprudence de la Cour de justice le fait, pour une cour suprême, de ne pas motiver le refus de poser une question préjudicielle à la Cour de justice constitue une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, sanctionnée comme telle par la Cour de Strasbourg.

Il ne faut pas en déduire que la Cour de cassation applique mécaniquement le droit de l'Union ou la Convention européenne des droits de l'homme.

S'agissant de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, les Etats jouissent d'une certaine marge d'appréciation, qui leur est reconnue officiellement par le protocole 15, adopté en 2013. De manière générale, il faut voir la Cour de Strasbourg comme une juridiction qui pointe le doigt sur des législations ou des jurisprudences méconnaissant la Convention mais sans nécessairement dire ce qu'il faut faire.

Prenez l'exemple de la gestation pour autrui (GPA). La Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le refus pur et simple de transcrire à l'état civil français un enfant né à la suite d'une GPA pratiquée dans un pays où elle est autorisée porte une atteinte excessive à l'intérêt de l'enfant. La Cour de cassation en a tiré la conséquence qu'il faut transcrire l'acte de naissance en faisant apparaître le nom du père biologique et celui de la femme qui a accouché. Par la suite s'est posée la question de savoir s'il faut transcrire le nom de la mère d'intention. La Cour de Strasbourg a répondu qu'il faut, d'une manière ou d'une autre, permettre l'établissement d'un lien de filiation mais que cela peut passer par une transcription de l'acte de naissance ou par une adoption. Cette jurisprudence s'est construite petit à petit au gré de plusieurs affaires qui ont permis d'ajuster les solutions.

En ce qui concerne le droit de l'Union, la Cour de cassation n'hésite pas, dans ses questions préjudicielles, à mettre en évidence les inconvénients que pose une jurisprudence de la Cour de justice et à l'inciter à en changer.

Exemple de la question préjudicielle sur les détachements de travailleurs (Crim. 8 janvier 2019, pourvoi n° 17-82.553)

Exemple de la question préjudicielle sur les données de connexion (Crim. 1^{er} avril 2020, pourvoi n° 19-80.908)

Il reste que tous ces contrôles du respect des droits fondamentaux (et il faut inclure ici les droits consacrés par la Constitution) doivent se combiner entre eux. Comment ? La réponse est simple : Ces contrôles se cumulent. Autrement dit ce n'est pas parce qu'une loi est jugée conforme à la Constitution qu'elle ne doit pas être écartée si elle contraire à une norme conventionnelle et, dans le sens inverse, le fait, pour une juridiction suprême, d'écarter une loi comme étant contraire à la Convention européenne des droits de l'homme ou au droit de l'Union ne la dispense pas de devoir transmettre une QPC s'il y a doute sur la constitutionnalité de la loi. La Cour de cassation respecte ces exigences.

Ainsi le fait que la Cour de cassation a jugé que l'absence de recours devant un juge judiciaire en cas de conditions de détention indignes était contraire à la Convention européenne des droits de l'homme ne l'a pas empêchée de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité portant sur le même point.

De même après que le Conseil constitutionnel, faisant application du principe de proportionnalité, a mis en place un système destiné à ne permettre une double sanction, administrative et pénale, que dans les cas d'infraction fiscale les plus graves, la Cour de cassation a posé une question préjudicielle à la Cour de justice aux fins de déterminer si un tel

système était conforme aux principes de prévisibilité, de nécessité et de proportionnalité (Crim. 21 octobre 2020, pourvoi n° 19-81.929).

Le contrôle au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et le contrôle au regard du droit de l'Union se cumulent également entre eux. Ainsi lorsqu'elle doit se prononcer sur l'exécution d'un mandat européen la Cour de cassation ne se borne pas à vérifier que les conditions posées par la décision-cadre sont remplies mais examine également si cette exécution ne porterait pas atteinte à la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui peut être avéré en cas d'atteinte excessive à la vie privée de la personne concernée).

Ce cumul de contrôles peut être vu de deux façons. Ceux qui dénoncent le pouvoir excessif des juges y voient une sorte d'emballement qui conduit chaque juridiction suprême ou européenne à faire de la surenchère. Mais on peut y voir à l'inverse une garantie supplémentaire pour les citoyens, c'est-à-dire un renforcement de l'Etat de droit.

Je voudrais aborder un dernier point, qui est celui de l'influence moins visible mais très importantes en pratique de la jurisprudence des cours européennes sur la manière de rédiger de la Cour de cassation. On peut considérer qu'il s'agit d'un effet secondaire sans lien avec l'Etat de droit mais je voudrais au contraire montrer qu'il y participe.

Je l'ai dit tout à l'heure, la Cour de cassation a commencé assez tôt à citer des arrêts de la Cour de justice ou de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment lorsque ces arrêts l'ont conduite à opérer un revirement de jurisprudence. Pendant longtemps ces arrêts des cours européennes ont été les seuls que la Cour de cassation citait puisqu'elle s'interdisait notamment de citer ses propres précédents. Elle le faisait avec cette obsession de l'interdiction des arrêts de règlement qui la conduisait à ne pas assumer son rôle normatif.

Mais, dans ce genre d'affaires, il y a toujours un effet de contagion. Dès lors qu'il était possible de citer des arrêts de cours européennes, il devenait plus difficile de justifier que la Cour de cassation ne puisse pas se référer à ses propres arrêts. Certes on peut soutenir que les arrêts des cours européennes s'imposent aux juridictions nationales, de sorte qu'on peut les citer comme on cite un texte de loi alors que la Cour de cassation ne peut pas être tenue de suivre ses propres précédents. Mais c'est oublier que, parmi les principes fondamentaux qui régissent l'Etat de droit il y a le principe de sécurité juridique, qui interdit notamment des changements de jurisprudence intempestifs avec effet immédiat. Le simple fait qu'un même texte puisse donner lieu à des interprétations successives différentes démontre que la Cour de cassation dispose d'un pouvoir normatif.

Dès lors le respect de l'Etat de droit ne consiste pas à faire comme si ce pouvoir normatif n'existait pas mais à le mettre en œuvre de manière transparente. Cette transparence passe par la motivation des décisions.

C'est à cette aune qu'on doit apprécier les deux grandes transformations récentes qu'a connues la rédaction des arrêts de la Cour de cassation, à savoir le passage au style direct et la motivation enrichie.

Le passage au style direct a consisté à abandonner le système de la phrase unique ponctuée d'attendus au profit de paragraphes courts et numérotés, dont la plupart sont introduits par un connecteur logique faisant apparaître clairement le lien que chacun d'entre eux entretient avec le précédent et avec le suivant.

La motivation enrichie consiste à justifier le principe posé par la Cour de cassation et au regard duquel elle examine l'arrêt qui lui est déféré. Cette justification passe par le recours à diverses méthodes d'interprétation. Dans certains cas l'arrêt fait apparaître les raisons pour lesquelles elle a choisi telle ou telle méthode ; dans d'autres cas elle applique la méthode sans l'identifier précisément. Mais, dans tous les cas où elle recourt à la motivation enrichie, elle justifie son interprétation en se référant notamment à des précédents, qu'il s'agisse de maintenir ou qu'il s'agisse d'infléchir une jurisprudence. Elle peut aussi expliquer pour quelles raisons elle a écarté une autre interprétation possible et se référer à l'avis de l'avocat général, soit pour le suivre soit pour s'en écarter.

Le style direct et la motivation enrichie sont assez proches du mode de rédaction pratiqué par la Cour de justice, tout en restant plus concis. En faisant apparaître de manière claire toute la réflexion qui a conduit à la solution retenue ils

donnent davantage de légitimité à cette dernière. C'est une façon, pour la Cour de cassation, de rendre compte de ce qu'elle fait. Dans un Etat de droit, elle est le pendant indispensable de son pouvoir normatif.

Discours

Europe

Premier président

avocat

Par Christophe Soulard