

Mes chers collègues,

Tout d'abord, permettez-moi de vous exprimer, très chaleureusement, le plaisir que je ressens aujourd'hui de pouvoir échanger de nouveau avec des juges et, de surcroît, avec des juges étrangers, tant que je suis convaincu que la confrontation avec des collègues de systèmes différents est toujours un gage d'enrichissement que n'exclut d'ailleurs pas un langage franc et direct.

Il m'a été demandé de vous parler des travaux de la Cour de cassation relatifs au contrôle de proportionnalité et de les illustrer par la jurisprudence de la première chambre civile que je préside depuis le 1^{er} juillet dernier après avoir présidé durant six années la troisième chambre civile.

Même si la première chambre civile pratiquait depuis longtemps le contrôle de proportionnalité, en particulier en droit de la presse, c'est le premier président Louvel qui l'a placé sous les feux de la rampe au lendemain du prononcé d'un arrêt rendu le 4 décembre 2013 par lequel la première chambre civile avait relevé d'office un moyen tiré de la violation d'un droit garanti par la Convention EDH pour casser l'arrêt qui lui était déféré (pourvoi n° 12-26.066, Bull. 2013, I, n° 3).

Le premier président Louvel a ainsi constitué en 2014 un groupe de travail chargé d'étudier la question du contrôle de proportionnalité, ce qui a donné lieu en 2017 à un certain nombre de préconisations contenues dans le rapport général de la commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation confiée au président Jean.

A la suite de ce rapport, au cours de la même année, le premier président Louvel a demandé au président Pireyre d'animer une commission chargée de mettre en oeuvre les principaux axes du rapport du président Jean.

La commission, composée de magistrats et de fonctionnaires de la Cour de cassation, ainsi que des représentants de la conférence des premiers présidents de cour d'appel, à partir d'études réalisées par le Service de documentation, des études et du rapport de la Cour sur le principe de proportionnalité en droit interne et en droit européen et à partir de tableaux recensant les contrôles de proportionnalité opérés tant par la Cour de cassation que par les juridictions du fond au cours des récentes années, a procédé à un certain nombre d'auditions, notamment de André Potocki, alors juge français à la Cour EDH, afin d'alimenter sa réflexion.

Ces travaux ont abouti en décembre 2018 à la constitution d'un mémento du contrôle de proportionnalité, destiné tant aux magistrats de la Cour de cassation et qu'à ceux des juridictions du fond.

Un premier document central, dénommé méthodologie du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, a vocation à constituer un guide opérationnel et fonctionnel.

A ce guide, sont rattachées quatre fiches annexes portant sur la mise en oeuvre du contrôle de proportionnalité concernant respectivement les articles 6, § 1, 8 et 10 de la Convention EDH et l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention.

Chacune de ces fiches obéit à un plan identique en quatre étapes : le rappel du texte, les différentes étapes du contrôle auquel il donne lieu, des propositions de trame-type, des illustrations abondantes par des arrêts rendus par la Cour de cassation.

Ces documents ont été naturellement diffusés au sein de la Cour et aux juridictions du fond.

Mais la Cour de cassation ne s'en est pas tenue là, puisque, en septembre 2019, notre première présidente, Madame Chantal Arens, a confié à la présidente Batut le soin de conduire une réflexion collective au sein de la Cour concernant l'application du contrôle de proportionnalité, dans la continuité des propositions formulées en avril 2017 par le président Jean et dans le droit fil des orientations concrètes préconisées par le memento publié en décembre 2018 sous la direction du président Pireyre.

Prenant acte de la place grandissante du contrôle de proportionnalité, le groupe de travail dirigé par la présidente Batut a édicté un certain nombre de préconisations, d'abord, à l'attention des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, ensuite, à l'attention de la Cour de cassation, dans ses relations avec les cours d'appel d'une part, dans l'examen de ses pourvois d'autre part.

A cet égard, puisque le temps me manque, je retiendrai seulement deux d'entre elles que je livre à votre sagacité : premièrement, définir dans chaque contentieux la méthodologie du contrôle par l'élaboration de trames, ainsi que des arrêts « pilotes » comportant une motivation enrichie ; deuxièmement, développer une réflexion commune sur les conditions d'exercice du contrôle de conventionnalité et sur les critères de distinction des contrôles « lourds » et « légers ».

Vous connaissez bien sûr, parce que vous la pratiquez de la même façon, cette distinction de la Cour de cassation entre contrôle léger, où celle-ci se borne à s'assurer que le contrôle de proportionnalité a été effectué par les juges du fond sans porter elle-même d'appréciation sur le contrôle ainsi réalisé, et contrôle lourd, où elle contrôle l'appréciation portée par les juges du fond sur la balance des droits en présence en substituant, le cas échéant, sa propre appréciation à celle des juges du fond.

En bon élève, la Cour de cassation s'est donc efforcée, au cours de ces dernières années, de s'adapter aux exigences de la jurisprudence européenne afin de continuer à exercer pleinement son office.

Malheureusement, elle n'a pas mis en oeuvre la méthodologie du contrôle de proportionnalité assez rapidement et s'est fait rappeler à l'ordre par la Cour EDH.

Ainsi, dans l'arrêt *Quilichini c/ France*, rendu le 14 mars 2019 (req. n° 38299/15), la Cour EDH, je cite le § 44, a observé, « *comme dans l'affaire Fabris, que la Cour de cassation n'a pas répondu, à tout le moins explicitement, au moyen tiré de la Convention et a exclu, de ce fait, la possibilité qu'elle avait de prévenir, le cas échéant, une violation semblable à celles qu'elle avait déjà constatées* » et qu' « *une motivation plus développée aurait permis à la Cour de mieux prendre en considération le raisonnement de la Cour de cassation.* »

De même, dans l'arrêt *Z. B. c/ France*, rendu le 2 septembre 2021 (req. n° 46883/15), la Cour EDH, je cite le § 66, a observé, là encore, que, si, « *en dépit de la contribution qu'apporte en l'espèce l'avis de l'avocat général à la compréhension de la solution, une motivation plus développée de la décision aurait permis de mieux appréhender et comprendre le raisonnement tenu par la Cour de cassation en ce qui concerne le moyen tiré de l'article 10 de la Convention.* »

Toutefois, à la décharge de la Cour de cassation, les arrêts en cause, qui pêchaient il est vrai par un certain laconisme, avaient été rendus respectivement les 4 et 17 mars 2015, par conséquent à une époque où la culture de la méthodologie du contrôle n'était pas encore suffisamment répandue à la Cour.

Pour autant, si le premier arrêt a donné lieu à une condamnation de la France, le second y a échappé, de sorte qu'une motivation laconique ne se traduit pas nécessairement par une condamnation.

A cet égard, je voudrais émettre une remarque personnelle inspirée par la lecture de l'arrêt *Quilichini c/ France* : la Cour de cassation étant ce juge du droit « *coincé entre deux juridictions qui examinent les affaires en fait et en droit : la cour d'appel et la Cour européenne des droits de l'homme* », selon la formule bien connue du regretté procureur général Jean-François Burgelin, j'ai le sentiment que le combat pour le droit s'avère parfois inégal : en effet, la Cour EDH s'étant donnée la faculté de réexaminer l'affaire avec des éléments de fait nouveaux qui n'ont pas été débattus devant les juridictions nationales, c'est un tout autre litige qui peut se dérouler devant elle et qui peut la conduire à une décision de condamnation... Mais c'est là un autre sujet...

J'en viens maintenant à l'illustration de mon propos par deux arrêts rendus récemment par la première chambre civile de la Cour de cassation.

Le premier arrêt a été rendu le 16 septembre 2020 (pourvois n° 18-50.080 et n° 19-11.251, publié).

L'affaire soumise à la première chambre civile concernait une personne transgenre, homme devenu femme qui, ayant conservé ses organes reproductifs masculins, avait conçu un enfant avec son épouse.

Cette personne était mariée à une femme, avec qui elle avait déjà eu, avant la modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil, deux enfants

dont elle était le père.

Cependant, étant désormais une femme à l'état civil, elle souhaitait être reconnue comme mère du troisième enfant, né après la modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil. Elle demandait donc la transcription, sur l'acte de naissance de celui-ci, de sa reconnaissance de maternité anténatale.

La cour d'appel avait rejeté sa demande de transcription, mais avait estimé que le droit au respect de sa vie privée, ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant, imposaient de la désigner comme « parent biologique » dans l'acte de naissance de l'enfant.

L'intéressée avait formé un pourvoi, reprochant à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté sa demande et d'avoir ordonné la mention « parent biologique » dans l'acte de naissance. Le procureur général près la cour d'appel avait également formé un pourvoi, mais qui n'était dirigé que contre le chef de dispositif de l'arrêt relatif à la mention « parent biologique » dans l'acte de naissance de l'enfant.

S'agissant de la demande de la requérante relative à sa désignation comme mère dans l'acte de naissance de l'enfant, la première chambre civile a constaté l'existence d'un vide juridique. En effet, si la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, qui a réglementé les conditions de la modification de la mention du sexe dans les actes de l'état civil, a prévu que celle-ci était sans effet sur les filiations établies avant cette modification (article 61-8 du code civil), elle n'a pas précisé le mode d'établissement de la filiation des enfants nés ultérieurement.

Face à ce vide juridique, la première chambre civile s'est référée aux dispositions relatives à l'établissement de la filiation non adoptive, prévues au titre VII du livre premier du code civil, et a constaté que la loi française ne permettait pas, en l'état, l'établissement de deux filiations maternelles, hors adoption. Lorsque la filiation est de nature « charnelle » ou « biologique » - ce qui était le cas ici - et que l'enfant a déjà une mère, il ne peut avoir comme second parent qu'un père.

On relèvera à cet égard que, même si la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique a ouvert la voie à une double filiation maternelle *ab initio*, hors adoption, celle-ci a été encadrée et limitée aux hypothèses de recours à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur.

Au jour où la Cour de cassation a statué sur ces pourvois, aucune disposition du projet de loi d'alors ne régissait donc la filiation de l'enfant né d'une personne transgenre.

La première chambre civile a toutefois considéré que, dès lors que cette filiation était à la fois biologique - ce qui n'était pas contesté en l'espèce - et vécue, elle devait pouvoir être établie par une reconnaissance de paternité. Elle a donc jugé que, si la reconnaissance de maternité ne pouvait être transcrite, le lien de filiation de l'enfant pouvait être établi par une reconnaissance de paternité : « *en l'état du droit positif, une personne transgenre homme devenu femme qui, après la modification de la mention de son sexe dans les actes de l'état civil, procrée avec son épouse au moyen de ses*

gamètes mâles, n'est pas privée du droit de faire reconnaître un lien de filiation biologique avec l'enfant, mais ne peut le faire qu'en ayant recours aux modes d'établissement de la filiation réservés au père » (§ 18).

Dans ces conditions - et c'est là le passage intéressant de l'arrêt pour nos débats d'aujourd'hui -, le rejet de la demande n'est pas apparu comme étant de nature à porter une atteinte excessive ou disproportionnée au droit au respect de la vie privée de la requérante et à l'intérêt supérieur de l'enfant, au regard du but légitime poursuivi par la législation, à savoir, la sécurité juridique et la prévention des conflits de filiation.

En effet, d'une part, l'enfant peut voir sa filiation établie à l'égard de ses deux parents et cette filiation correspond à la réalité des conditions de sa conception et de sa naissance, garantissant ainsi son droit à la connaissance de ses origines personnelles.

D'autre part, l'enfant né après la modification de la mention du sexe de son parent à l'état civil a la même filiation que celle de ses frère et soeur, nés avant cette modification, ce qui évite les discriminations au sein de la fratrie, dont tous les membres sont élevés par deux mères, tout en ayant à l'état civil l'indication d'une filiation paternelle à l'égard de leur géniteur, étant précisé que cette filiation n'est pas révélée aux tiers dans les extraits d'actes de naissance qui leur sont communiqués.

Cette solution concilie également l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au respect de la vie privée et familiale de la personne transgenre, droit auquel il n'est pas porté une atteinte disproportionnée, au regard du but légitime poursuivi, dès lors qu'en ce qui la concerne, celle-ci n'est pas contrainte, par là-même, de renoncer à l'identité de genre qui lui a été reconnue.

Enfin, ces dispositions ne créent pas de discrimination entre les femmes selon qu'elles ont ou non donné naissance à l'enfant, dès lors que la mère ayant accouché n'est pas placée dans la même situation que la femme transgenre ayant conçu l'enfant avec un appareil reproductif masculin et n'ayant pas accouché.

L'arrêt de la cour d'appel a en revanche été censuré sur le pourvoi du procureur général, la loi française ne permettant pas de désigner, dans les actes de l'état civil, le père ou la mère de l'enfant comme « parent biologique ». Cette décision est, en quelque sorte, le pendant, en matière de filiation, d'un arrêt du 4 mai 2017 dans lequel la Cour de cassation a énoncé que la loi française ne permettait pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin (affaire dite du « sexe neutre » : 1^{re} Civ., 4 mai 2017, pourvoi n° 16-17.189, Bull. 2017, I, n° 101).

En tout état de cause, une telle mention, révélatrice en elle-même de la transidentité de l'intéressée, ne serait pas de nature à garantir le droit au respect de sa vie privée.

J'ajoute que l'affaire est actuellement pendante devant la cour d'appel de renvoi, devant laquelle le procureur général aurait conclu, cette fois-ci, à la désignation de la requérante comme mère dans l'acte de naissance de l'enfant.

Mais elle est également pendante devant la Cour EDH qui a été saisie d'une requête.

Il ne fait aucun doute que les affaires concernant les personnes transgenres sont appelées à se développer et, partant, donneront certainement lieu à de prochaines décisions de la Cour EDH.

J'ajoute enfin que la Cour suprême du Royaume uni a rendu voici deux jours un arrêt ayant décidé que le refus de délivrer un passeport « X » (c'est-à-dire sans indication du sexe) ne violait pas les droits humains, la Cour suprême relevant qu'à ce jour la Cour EDH n'imposait pas une telle obligation.

Le second arrêt que je voulais évoquer a été rendu le 6 janvier 2021 (pourvoi n° 18-21.718, publié).

Rendu au sujet d'une affaire ayant connu un large retentissement médiatique, il a été l'occasion pour la Cour de cassation d'affirmer pour la première fois que le droit au respect à la présomption d'innocence et le droit à la liberté d'expression ont la même valeur normative et qu'il appartient au juge saisi de mettre ces droits en balance « *en fonction des intérêts en jeu et de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime* ».

Une personne avait été mise en examen du chef d'atteintes sexuelles sur des mineurs lorsqu'elle était prêtre et avait également été entendue en qualité de témoin assisté sur des faits de viols au cours de la même période.

Cet ancien prêtre avait alors mis en demeure en vain le réalisateur et la société productrice d'un film consacré à ces faits d'en différer la sortie en salles jusqu'à l'issue de la procédure pénale, puis avait assigné en référé différentes sociétés aux fins de voir ordonner notamment la suspension de toute diffusion du film litigieux jusqu'à l'intervention d'une décision de justice définitive sur sa culpabilité.

Les juridictions de première instance et d'appel avaient successivement rejeté ses demandes.

Saisie de la question du contrôle de proportionnalité, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi.

Après avoir rappelé le contenu des articles 6 et 10 de la Convention EDH et 9-1 du code civil, elle s'est référée à l'arrêt *Bédat c. Suisse* [GC] (req. n° 56925/08), rendu le 29 mars 2016 par la Cour EDH, selon lequel la mise en balance entre le droit à la présomption d'innocence et le droit à la liberté d'expression doit être effectuée en considération, notamment, de la teneur de l'expression litigieuse, de sa contribution à un débat d'intérêt général, de l'influence qu'elle peut avoir sur la conduite de la procédure pénale et de la proportionnalité de la mesure demandée.

Reprenant les constatations et les énonciations de l'arrêt de la cour d'appel, dont elle a

déduit que celle-ci avait procédé à la mise en balance des intérêts en présence et apprécié l'impact du film et des avertissements donnés aux spectateurs au regard de la procédure pénale en cours, sans retenir que la culpabilité de l'intéressé aurait été tenue pour acquise avant qu'il ne soit jugé, la Cour de cassation, opérant un « contrôle lourd », comme dans toutes les affaires impliquant la liberté d'expression, a considéré que la cour d'appel avait retenu, « à bon droit », que la suspension de la diffusion de l'oeuvre audiovisuelle jusqu'à ce qu'une décision définitive sur la culpabilité de celui-ci soit rendue constituerait une mesure disproportionnée aux intérêts en jeu.

Réalisant, selon un auteur, un « véritable changement de paradigme », la Cour de cassation a ainsi placé sur un même plan le droit au respect de la présomption d'innocence et le droit à la liberté d'expression, de la même manière qu'elle oppose le droit au respect de la vie privée à ce même droit à la liberté d'expression, ce qui n'allait pas tout à fait de soi.

Cet arrêt a le mérite d'assurer une certaine cohérence en matière de droits de la personnalité.

Pour sa part, tirant les conséquences de cette décision, le groupe de travail sur la présomption d'innocence a relevé, dans son récent rapport, que « *la mise en balance au cas par cas doit permettre d'éviter de rompre le fragile équilibre qui conduirait à faire systématiquement prévaloir un principe sur l'autre.* »

Toutefois, il nous faut bien admettre que, à une époque où les atteintes au droit à la présomption d'innocence sont quotidiennes, celui-ci en sort quelque peu affaibli, dès lors qu'à l'instar de ce qui se produit lorsque la mise en balance s'opère entre le droit au respect de la vie privée ou familiale et le droit à la liberté d'expression, il est fort probable que, la plupart du temps, le droit à la liberté d'expression l'emportera sur le droit au respect de la présomption d'innocence.

Je vous remercie de votre attention, qui a été grandement sollicitée.

17 décembre 2021

Pascal CHAUVIN

président de la première chambre civile de la Cour de cassation