

Rencontre avec la Cour européenne des droits de l'homme

17 décembre 2021

Christophe Soulard,

Président de la chambre criminelle de la Cour de cassation

Il est peu de dire que la Convention européenne des droits de l'homme imprègne toute la jurisprudence de la chambre criminelle. Elle est invoquée dans la plupart des pourvois et nombre de ses dispositions sont mobilisées : celles concernant le principe de légalité, le droit à un procès équitable, le droit à la vie, la liberté d'expression, la vie privée et familiale, la liberté de conscience, le droit à ne pas être jugé deux fois pour les mêmes faits etc.

Mon propos n'est évidemment pas de présenter cette jurisprudence dans son ensemble. Je voudrais juste montrer que, d'une part, la prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme se fait selon des modalités diverses, dont certaines sont nouvelles, et que, d'autre part, elle doit s'articuler avec la prise en compte du droit de l'UE et la Constitution, sachant qu'un certain nombre de droits fondamentaux sont consacrés à la fois par la Convention européenne des droits de l'homme, le droit de l'UE et la Constitution.

Ces deux aspects sont intimement liés et je les traiterai donc ensemble.

Le fait qu'un même droit fondamental puisse figurer dans trois types de textes différents ayant tous trois une valeur supra-législative mais dont l'interprétation ultime ressortit à la compétence de trois juridictions différentes (Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice et Conseil constitutionnel) oblige la Cour de cassation à articuler entre elles ces différentes sources.

Notamment ce n'est parce qu'un texte met en œuvre le droit de l'UE que la Cour de cassation est dispensée de vérifier que cette mise en œuvre respecte la Convention européenne des droits de l'homme.

Sur ce dernier point, la jurisprudence de la Cour de cassation relative au mandat d'arrêt européen est significative.

En effet la chambre criminelle considère que, lorsqu'une chambre de l'instruction doit se prononcer sur une demande tendant à la remise à un autre Etat d'une personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen, elle doit vérifier, si cela lui est demandé, que l'exécution du mandat ne portera pas une atteinte excessive à la vie familiale de l'intéressé. Et pourtant cette condition ne figure pas dans la liste limitative des motifs de refus prévu par la décision-cadre de l'UE établissant la procédure de mandat d'arrêt européen, cette procédure étant fondée sur la confiance mutuelle qui doit exister entre les Etats membres de l'Union européenne.

On remarquera que la jurisprudence de la Cour de justice va aujourd'hui dans le même sens en appliquant la Charte des droits fondamentaux mais, dans les premiers temps le contrôle s'est exercé par rapport à la Convention et, aujourd'hui encore, c'est généralement la Convention et non la Charte qui est invoquée par les requérants.

Par ailleurs il peut arriver que la Convention européenne des droits de l'homme « inspire » la Cour de cassation sans pour autant lui prescrire une obligation.

Ainsi dans un arrêt du 25 novembre 2020, la Cour de cassation a jugé qu'en cas de fusion-absorption d'une société anonyme par une autre, la seconde doit être déclarée coupable des infractions commises, avant la fusion, par la société absorbée. Cette solution est imposée par une directive de l'Union européenne telle qu'interprétée par la Cour de justice.

Jusqu'à présent elle n'avait pu être mise en œuvre car la Cour de cassation considérait que le principe, prévu à l'article 121-1 du code pénal, selon lequel nul n'est responsable que de son propre fait s'y opposait et que cette interprétation de l'article 121-1 était la seule qui respectât le principe de l'individualisation des peines qui résulte de l'article 7 de la CEDH.

Mais la situation a été, d'une certaine façon, « débloquée » par un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a estimé qu'une société qui est absorbée par une autre perdure à travers celle qui l'absorbe, de sorte qu'elle n'est pas vraiment « autrui ».

C'est à la suite de cet arrêt que la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence tout en précisant qu'elle ne s'appliquerait que pour l'avenir, afin de respecter le principe de prévisibilité imposé par l'article 7 la Convention.

Dans cette affaire, la chambre criminelle a utilisé la Convention d'une manière peu habituelle et à propos d'un contentieux qui, comme le MAE, mêle des dispositions du droit de l'Union qui ne sont pas relatives à des droits fondamentaux, et la Convention.

Il faut remarquer que, dans cette affaire, la Convention a produit ses effets à deux niveaux : 1) en permettant une lecture renouvelée de l'article 121-1 du code pénal 2) en justifiant le report des effets de l'arrêt

C'est aussi par une démarche différente de la démarche classique que la chambre criminelle a abordé la conventionalité d'une loi qui, pour tenir compte de la crise sanitaire, avait institué des prolongations automatiques des détentions provisoires.

La chambre criminelle n'a pas jugé que le système de prolongation automatique était nécessairement contraire à la Convention. Elle a simplement émis une réserve de conventionalité en énonçant qu'il n'était compatible qu'à la condition qu'un juge intervienne dans un bref délai après la prolongation.

Elle a donc utilisé une technique à laquelle le Conseil constitutionnel recourt fréquemment.

S'agissant précisément du droit constitutionnel, la Cour de cassation considère que le fait qu'une disposition législative a été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel ne la dispense pas d'examiner sa conformité à la Convention européenne des droits de l'homme. Dans le sens inverse, il lui arrive de renvoyer au Conseil constitutionnel une disposition législative sur lequel elle a déjà exercé un contrôle de conventionalité.

On pourrait multiplier les exemples à cet égard.

Il existe en effet un partage des tâches très clair entre le Conseil constitutionnel, qui vérifie la conformité des lois à la Constitution mais s'interdit d'opérer une vérification par rapport à la Convention (même s'il tient compte dans la pratique de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg), et la Cour de cassation, qui vérifie la conventionalité des lois mais non leur constitutionnalité.

Ce partage des tâches apparaît d'une manière autre mais tout aussi claire lorsque la Cour de cassation exerce un contrôle *in concreto*. Le fait qu'un texte a été jugé non contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel et même non contraire à la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour de cassation n'empêche pas que cette dernière examine si son application à un cas particulier est bien conforme aux exigences conventionnelles. C'est ce qu'on appelle le contrôle *in concreto*.

La Cour de cassation exerce depuis très longtemps un tel contrôle dans le domaine du droit de la presse en s'assurant elle-même de ce que les condamnations pour diffamations ne portent pas une atteinte

excessive à la liberté d'expression. Elle le fait en appliquant strictement les critères définis par la Cour européenne des droits de l'homme.

A défaut d'un tel contrôle, il n'y aurait plus de filtre entre les juridictions du fond, qui doivent exercer un tel contrôle lorsque cela leur est demandé, et la Cour européenne des droits de l'homme, qui l'exerce également.

Cette considération a conduit la Cour de cassation à exercer un contrôle de proportionnalité *in concreto* dans d'autres domaines que celui de la diffamation.

Elle a ainsi jugé elle-même que le comportement d'un journaliste qui avait obtenu des informations et documents relatifs à un parti politique en usant de stratagèmes constitutifs du délit d'escroquerie ne pouvait être incriminé sous peine qu'il soit porté une atteinte excessive à la liberté d'informer.

De la même façon elle a jugé, au nom de la liberté d'expression, que l'exhibition sexuelle à laquelle s'était livrée une militante du mouvement Femen ne pouvait donner lieu à condamnation.

Dans les deux cas la chambre criminelle s'est livrée à une appréciation concrète, sur la base des constatations des juges du fond, de la gravité respective des faits reprochés et de celle de l'atteinte aux droits fondamentaux que leur répression aurait engendrée.

Dans les deux cas également, la Cour de cassation a entendu respecter la Convention sans modifier le sens des textes internes (la définition de l'escroquerie dans le premier cas, celle de l'exhibition sexuelle dans le second).

Il ne faut pas se dissimuler que le contrôle de proportionnalité *in concreto* est délicat à mettre en œuvre car il doit se concilier avec la sécurité et la prévisibilité juridiques.

Par définition le contrôle *in concreto* porte sur un cas particulier mais, en l'exerçant, la Cour de cassation ne doit pas perdre de vue sa mission d'unification de la jurisprudence. L'objectif n'est pas qu'elle juge elle-même toutes les affaires dans lesquelles le droit conventionnel est invoqué. En revanche elle doit faire en sorte que les juridictions du fond utilisent la même démarche et les mêmes critères dans leur contrôle *in concreto*.

La Cour de cassation se trouve ici dans une situation qui est au fond assez proche de celle que connaît la Cour européenne des droits de l'homme. Elle doit porter une appréciation sur une situation particulière tout en dégagant des critères généraux utilisables dans d'autres affaires. Mes propos rejoignent donc ceux du vice-président Kjolbro

Cette nécessité apparaît de manière particulièrement évidente lorsque de nombreuses juridictions sont saisies d'affaires similaires au cours d'une même période de temps.

Tel est le cas, actuellement, des nombreuses poursuites qui sont exercées contre des militants écologistes qui décrochent, dans les mairies, le portrait du président de la République.

Certaines juridictions les ont condamnés pour vol en refusant par principe d'examiner s'il n'y avait pas atteinte à la liberté d'expression, ce que la chambre criminelle a censuré.

D'autres juridictions les ont relaxés précisément au nom de ce principe.

D'autres enfin les ont condamnés mais après avoir fait un contrôle de proportionnalité

Les pourvois qui ont été soumis à la Cour de cassation ne lui ont pas encore permis de définir précisément la démarche et les critères que les juges du fond doivent prendre en considération à cet égard mais elle le fera au début de l'année prochaine en statuant sur plusieurs dossiers à la fois.