

ATELIERS DU JEUDI, 08 DECEMBRE 2016

THEME : ROLE DU JUGE (NATIONAL, CONSTITUTIONNEL, SUPRANATIONAL) DANS LA GARANTIE DE L'ETAT DE DROIT : JUDICIARISATION D'UNE HIERARCHIE DES NORMES A UNE HIERARCHIE AXIOLOGIQUE

Le rôle du juge (national, constitutionnel, supranational) dans la garantie de l'Etat de droit : vers une judiciarisation de l'Etat de droit : d'une hiérarchie des normes à une hiérarchie axiologique

Maître Laurent POULET, Avocat au Barreau près la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat de France, Représentant de madame la Présidente de l'Ordre des Avocats du Barreau près la cour de Cassation et le Conseil d'Etat de France

Mes chers confrères,

Le sujet de ce matin est passionnant. Il est particulièrement riche. Mais il est complexe.

Instinctivement, on sent qu'il touche aux sources du droit et que figure en arrière-plan la querelle classique entre positivistes et jusnaturalistes.

Ce sujet appelle des remises en question.

Lorsque j'étais étudiant, j'avais appris que le juge appliquait la hiérarchie des normes. Je n'imaginai pas que le juge puisse appliquer une autre hiérarchie que celle de Kelsen.

Et voilà que, à l'occasion de cette CIB, je suis amené à réfléchir à l'existence d'une hiérarchie axiologique, autrement dit, une hiérarchie « *qui dépend d'un jugement de valeur des interprètes [qui] attribuent à une norme une valeur supérieure à une autre* »¹. Une telle hiérarchie a-t-elle vu le jour et s'est-elle substituée à la hiérarchie des normes ?

Comme nous sommes entre praticiens du droit, je suis amené à rechercher si, dans ma pratique, j'ai été le témoin inconscient de ce passage d'une hiérarchie à une autre.

Avant de poursuivre, je dois dire que la hiérarchie des normes présente bien des mérites. En particulier, elle présente le mérite de la simplicité.

Lorsqu'un juge doit trancher un litige mettant en opposition deux normes hiérarchiquement distinctes, il n'y a pas lieu de rechercher laquelle des deux a la

¹ P. Brunet, « [Introduction : la hiérarchie des normes, fétiche ou nécessité ?](#) », n°7.

valeur morale la plus haute, ce qui pourrait donner lieu à des débats infinis. Le juge doit simplement faire prévaloir la norme hiérarchiquement supérieure à l'autre. Ainsi, la hiérarchie des normes assure notre sécurité juridique. Et, en assurant cette sécurité juridique, la hiérarchie des normes contribue à faire régner l'Etat de droit².

Mais il est possible que, malgré les mérites de la hiérarchie des normes, une seconde hiérarchie soit apparue, une hiérarchie axiologique.

Le sujet suggère un passage d'une hiérarchie à une autre (« *d'une hiérarchie des normes à une hiérarchie axiologique* »).

Les deux hiérarchies sont-elles incompatibles ? Sont-elles en opposition ?

Si l'on se souvient qu'on a « *beaucoup reproché à Kelsen la neutralité axiologique de sa construction, qui aboutit à s'accommoder des lois injustes et des régimes totalitaires pour peu que les normes édictées aient été adoptées régulièrement au regard des exigences de la théorie pure* »³, on peut penser que ces hiérarchies sont en opposition.

Pourtant, il me semble que ce n'est pas nécessairement le cas.

Lorsqu'un juge écarte une norme technique en lui opposant une autre, qui lui est supérieure dans la hiérarchie des normes, il est tout à fait possible que cette norme supérieure ait également une plus grande valeur morale.

Je pourrais multiplier les exemples. Je n'en donnerai que deux, l'un tiré de la jurisprudence du Conseil d'Etat, l'autre en matière de QPC.

Depuis 1945⁴, le Conseil d'Etat peut déclarer un règlement illégal parce qu'il est contraire à un principe général du droit. Lorsqu'il écarte un règlement parce que celui-ci est contraire, par exemple, au principe général du droit de la liberté d'aller et venir ou au principe de l'égalité des citoyens devant la justice, le juge administratif fait respecter le principe de légalité et participe ainsi à la garantie de l'Etat de droit. Ainsi, il fait respecter, d'une part, la hiérarchie des normes puisque les principes généraux du droit ont une valeur supra-réglementaire⁵ et, d'autre part, la hiérarchie des valeurs puisque ces principes sont souvent dotés d'une forte valeur morale. Hiérarchie des normes et hiérarchie axiologique coïncident.

L'analyse de la jurisprudence en matière de QPC permet également d'éclairer le sujet. Les exemples foisonnent. Je m'en tiendrai à la jurisprudence la plus récente en rapport avec les nouveaux défis sécuritaires.

² Br. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, n°73 : « le principe de sécurité juridique, impliqué par l'Etat de droit ».

³ Br. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, n°42 p. 63.

⁴ R. Chapus, *Droit administratif général*, 15^{ème} édition, n°122.

⁵ R. Chapus, *Droit administratif général*, 15^{ème} édition, n°139.

La semaine dernière, la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une QPC relative à la loi instituant le délit de consultation habituelle de sites terroristes. Il est en particulier reproché à la loi son caractère flou tant en ce qui concerne la notion de terrorisme que celle de consultation « habituelle » ou encore l'exception en cas d'exception de bonne foi. Certains voient dans cette disposition une atteinte disproportionnée à la liberté de communication.

Si le Conseil constitutionnel est amené à censurer cette disposition, il fera à la fois application de la hiérarchie des normes, en faisant prévaloir la Constitution sur la loi, et la hiérarchie axiologique, en faisant prévaloir un principe de grande valeur sur une règle de droit, à ses yeux, de moindre valeur. Hiérarchie des normes et hiérarchie axiologique coïncideraient de nouveau.

Je ne déduis pas de ces deux exemples que hiérarchie des normes et hiérarchie axiologique coïncident nécessairement. Mais j'en déduis qu'elles peuvent coïncider. Dans ces cas-là la hiérarchie des normes traduit une hiérarchie des valeurs. Dès lors, le juge, en œuvrant à la garantie de l'Etat de droit, ne méconnaît pas la théorie de Kelsen.

Mais ces deux hiérarchies ne se rejoignent pas toujours.

Comme l'écrit un auteur, après avoir décrit la pyramide des normes et sa superposition de strates : « *en réalité, la plupart des conflits de normes ne trouvent aucune réponse dans cette image* »⁶.

Certes, la théorie de Kelsen permet de résoudre des conflits entre des normes contradictoires lorsqu'elles relèvent de niveaux hiérarchiques différents. Mais elle ne permet pas de répondre au conflit né de deux normes de niveau hiérarchique identique.

Tel est en particulier le cas des conflits qui peuvent intervenir entre des normes consacrant des droits de l'homme. Leur généralité est telle que les conflits sont inéluctables.

Puisque nous nous interrogeons sur les nouveaux défis sécuritaires, on pense naturellement à l'opposition entre droit à la sûreté et droit à la liberté, tous deux consacrés par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

Dans le domaine du droit de la presse, on connaît l'éternel conflit entre liberté d'expression et droit au respect de la vie privée. En matière de terrorisme, la diffusion de certaines informations par des chaînes d'information en direct auraient pu servir les terroristes et menacer, par exemple, de potentielles victimes. Cette fois, c'est un conflit entre liberté d'expression et droit à la sûreté qui apparaît.

On retrouve là les interrogations de Michel Villey qui écrivait dans *Le droit et les droits de l'homme* : « *chacun des prétendus droits de l'homme est la négation d'autres droits de l'homme* ».

⁶ Ph. Malaurie, Ph. Morvan, *Introduction générale*, Defrénois, 2^{ème} édition, n°292.

C'est cette même idée qui avait fait dire à un ancien premier ministre français, agacé par les censures du Conseil constitutionnel, que celui-ci appliquait des principes « *plus philosophiques et politiques que juridiques, quelquefois contradictoires* »⁷.

Que cela concerne des conflits entre principes conventionnels ou entre principes constitutionnels, il s'agit de conflits entre deux normes de niveau hiérarchique identique. Et, pour le résoudre, le juge ne peut pas se contenter d'appliquer la hiérarchie des normes qui se révèle impuissante à résoudre le conflit. Il doit alors faire prévaloir une norme sur une autre, par application d'une hiérarchie axiologique. Il attribue à chacune des normes une valeur différente.

Chassez le jusnaturalisme par la porte, il revient par la fenêtre.

Ici, le juge met en œuvre une hiérarchie axiologique qui s'impose faute de hiérarchie des normes. Ces deux hiérarchies ne sont pas en opposition puisque l'une prend le relais de l'autre ; elles se complètent.

Nous sommes partis de la hiérarchie des normes, nous sommes passés par la hiérarchie axiologique et j'en viens à m'interroger sur un possible bouleversement de la hiérarchie des sources⁸.

Je formulerais ma question de façon très abrupte : qui fait le droit ? Le législateur qui crée la norme ? Le juge qui l'applique et l'interprète ? La doctrine qui la pense ?

Si j'évoque de nouveau mes souvenirs d'étudiant en droit, je dois citer Portalis qui affirmait dans son *Discours préliminaire* : « *Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence ; il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger ; mais il faut qu'il y en ait une* ».

Les locaux de la Cour de cassation en témoignent. Le plafond de sa grande chambre comporte une fresque de Paul Baudry, appelée « *La glorification de la loi* ». On y voit un magistrat, un genou à terre, regardant la loi. Il est écrit : *Lex Imperat* (la loi commande).

Mais nous ne sommes plus à l'époque de Portalis. L'évolution a été sensible dans la deuxième partie du 20^{ème} siècle. C'est ainsi que, en 1965, le professeur Malaurie intitulait un article : « *la jurisprudence combattue par la loi* »⁹. En substance, l'auteur montrait que, face à l'audace du juge, le législateur avait le dernier mot. 40 ans après, le droit positif avait évolué. La Cour européenne des droits de l'homme

⁷ E. Balladur, cité dans François Saint-Bonnet, « Le « constitutionnalisme » des parlementaires et la justice politique », Revue d'histoire politique 2011, p. 20.

⁸ Ph. Malaurie, ouvrage précité, n°292 : « *en réalité, la plupart des conflits de normes ne trouvent aucune réponse dans cette image. Elle est dénuée de valeur explicative lorsque la jurisprudence vient à contredire la loi* ».

⁹ Ph. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi », Mélanges Raynaud, 1965.

avait pris son envol. Et, en 2005, le même professeur Malaurie en a pris acte dans un article intitulé, cette fois : « *La jurisprudence combattue par la loi, la loi combattue par la jurisprudence* »¹⁰. La nouveauté réside dans cette deuxième partie. Voilà aujourd'hui que la loi peut être combattue par la jurisprudence. Voilà aujourd'hui que le juge peut imposer sa volonté au législateur ; il peut « *mettre en échec la loi voulue par la représentation nationale* »¹¹.

Ses pouvoirs sont donc beaucoup plus importants qu'auparavant et on voit apparaître l'idée d'une judiciarisation de l'Etat de droit.

Il ne fait pas de doute que, en tant qu'avocats, nous avons un rôle à jouer dans cette judiciarisation de l'Etat de droit. Car la jurisprudence est l'œuvre commune du juge et de l'avocat¹². C'est là un défi formidable à relever pour notre profession.

Le juge est pleinement conscient du caractère parfois flou de certains principes à forte valeur morale. Et il n'est pas exclu que cela puisse parfois le conduire à s'auto-limiter et à refuser de faire prévaloir une norme supérieure tant dans la hiérarchie axiologique que dans la hiérarchie normative, sur une autre norme, inférieure mais plus précise.

Un arrêt très récent l'illustrera. On me pardonnera de tirer cet exemple d'une matière étrangère à la question des défis sécuritaires mais, si je m'éloigne de ce thème, c'est pour insister sur le rôle du juge dans la mise en œuvre de principes à forte valeur axiologique.

Il s'agit d'un arrêt de la Cour de cassation du 13 juillet 2016 (pourvoi n° [15-22.848](#)). L'objet de ce litige était un conflit en matière de filiation. Un enfant est né et il a été déclaré à l'état civil comme étant né de sa mère, qui était mariée. Par le jeu de la présomption de paternité, un lien de filiation a été établi entre l'enfant et le mari de sa mère. Quatre ans après la naissance, un ancien amant de la mère a cherché à contester la paternité du mari afin que sa propre paternité soit établie. Le tribunal a ordonné une expertise biologique et a jugé que le mari de la mère n'était pas le père de l'enfant. En appel, la cour a jugé que l'amant ne cherchait qu'à se venger de son ex-maîtresse (la mère de l'enfant), que cette action bafouait l'intérêt de l'enfant et qu'il existait donc un motif légitime de refuser une expertise biologique.

La Cour de cassation a censuré l'arrêt en énonçant qu'« *en statuant ainsi, par un motif inopérant relatif au caractère tardif de l'action, et alors que l'intérêt supérieur de l'enfant ne constitue pas en soi un motif légitime de refus de l'expertise*

¹⁰ Ph. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi, la loi combattue par la jurisprudence », Defrénois 2005, 38203.

¹¹ François Saint-Bonnet, « Le « constitutionnalisme » des parlementaires et la justice politique », Revue d'histoire politique 2011, p. 21.

¹² « *Les avocats qui plaident en droit font du droit, car ils contribuent à faire la jurisprudence. Couramment, on reporte sur les juges l'honneur des bonnes jurisprudences. Ils n'y sont point étrangers. Mais, fréquemment, ils se contentent de reprendre en style de jugement le raisonnement de droit que l'un des deux avocats avait exposé dans ses conclusions : l'œuvre est commune* » (J. Carbonnier, *Droit et passion du droit*, p. 89)

biologique ». Autrement dit, l'intérêt supérieur de l'enfant ne constitue pas une limite au principe selon lequel l'expertise biologique est de droit en matière de filiation.

Cet arrêt peut alimenter notre réflexion.

La Cour de cassation avait-elle la possibilité de faire application du critère de l'intérêt de l'enfant ? Il est évident qu'il s'agit là d'un critère dont la valeur axiologique est forte. Quid de sa valeur dans la hiérarchie des normes ? Il aurait été possible à la Cour de cassation de rattacher l'intérêt de l'enfant à la convention de NY sur les droits de l'enfant – et donc de faire prévaloir cette convention sur les dispositions du code civil en matière de filiation.

Alors pourquoi, en présence d'une norme qui se situe haut à la fois dans la hiérarchie des valeurs et dans la hiérarchie des normes, la Cour de cassation n'en a-t-elle pas fait application ? Une explication peut être avancée : le critère de l'intérêt de l'enfant est tellement flou, malléable, que le juge a préféré l'écarter. En effet, comme l'énonce un auteur, « *cette notion protéiforme peut être interprétée soit en faveur de la vérité biologique, en arguant que l'enfant doit bénéficier d'une filiation conforme à ses origines véritables, soit en faveur de la réalité sociologique, en brandissant l'importance de la stabilité de la vie familiale établie avec le mari de la mère* »¹³. L'auteur ajoute : « *la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant dépendrait donc de la sensibilité des magistrats en charge de juger l'affaire, et de l'arbitrage qu'ils effectueraient entre ces deux orientations, certes divergentes, mais pouvant toutes deux constituer l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, en suivant les lignes directrices posées par le législateur, la Cour de cassation interdit ce louvoiement* ».

On assiste là à une forme d'auto-censure du juge qui, craignant de faire une mauvaise application d'un critère trop général, lui préfère un critère précis.

Ce choix du juge peut faire l'objet d'appréciations diverses. Il peut sans doute être critiqué. Mais il peut également être approuvé avec l'idée que, si l'application de principes généraux par le juge peut aboutir au meilleur (la progression de l'Etat de droit), elle peut également aboutir au pire ; le gouvernement des juges peut se transformer en tyrannie.

C'est ainsi que, aux Etats-Unis, les principes de liberté contractuelle et de liberté du commerce ont conduit à l'annulation de lois relatives à la durée hebdomadaire du travail ou au travail des enfants¹⁴.

Que l'on songe aux pouvoirs potentiels du juge français. Avec la protection du droit de propriété, ce sont des pans entiers du droit civil des biens et du droit fiscal qui pourraient être menacés, faisant ainsi naître une grande insécurité juridique.

¹³ Marie Leveneur-Azémar, JCP 21 novembre 2016.

¹⁴ Michel Coutu, « Légitimité et constitution : les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle », Droit et société 2004, p. 246.

Il faut donc saluer la démarche du juge qui, en présence d'une norme supérieure particulièrement générale et d'une norme inférieure précise, refuse d'écarter celle-ci. On peut voir là une espèce d'humilité juridictionnelle.

Ainsi, le rôle du juge dans la garantie de l'Etat de droit est fondamental. On assiste donc à une véritable judiciarisation de l'Etat de droit grâce à la conjugaison de la hiérarchie des normes avec la hiérarchie axiologique.

Mais nous devons être vigilants et nous assurer, dans tous les Etats dans lesquels nous travaillons, des garanties qu'offre le juge.

Seul un juge indépendant et impartial peut œuvrer à la garantie de l'Etat de droit ; plus grande est la liberté du juge, plus grandes doivent être les exigences relatives à son indépendance et à son impartialité.

En conclusion, je voudrais terminer par une interrogation sur l'avenir de la hiérarchie des valeurs.

Vous savez que la Cour de cassation a entrepris une grande réflexion sur sa possible réforme. En particulier, il est question de généraliser un principe de proportionnalité. Ce principe permet à un juge, en particulier la Cour de cassation, d'écarter la règle de droit lorsqu'il juge son application inappropriée¹⁵. Autrement dit, il s'agit pour le juge d'écarter la règle de droit au terme d'un jugement de valeur.

La haute juridiction a déjà fait application de ce principe par plusieurs arrêts, dans des domaines divers.

Si un tel contrôle devait se généraliser, il ne fait pas de doute que la hiérarchie axiologique aurait de beaux jours devant elle.

¹⁵ A Bénabent, « Un culte de la proportionnalité ... un brin disproportionné ? », D. 2016, p. 137 : « *il ne s'agit rien de moins que d'évincer une règle légale parce que le juge considère son application inopportune en l'espèce [...] ce serait (...) permettre au juge [...] de repousser une loi parce qu'il en trouve la mise en œuvre inappropriée* ».

