

**INSTITUT DE DROIT EUROPEEN
DES DROITS DE L'HOMME**

CAHIERS

DE

L'IDEDH

11

2007

**Université Montpellier I
Faculté de Droit**

SOMMAIRE

LE DIALOGUE DES JUGES	p. 5
CHAPITRE I : La matérialisation du dialogue des juges	p. 42
CHAPITRE II : La portée du dialogue des juges	p. 157
LES SOURCES INTERNATIONALES DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME	p. 307
CHAPITRE I : L'utilisation du droit international au service de la politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme	p. 317
CHAPITRE II : L'utilisation du droit international au service de la protection des droits fondamentaux européens	p. 361
CHAPITRE III : L'alignement du juge européen sur le droit international au détriment de la protection des droits fondamentaux européens	p. 429

LE DIALOGUE DES JUGES

Avant-propos

Frédéric SUDRE

Professeur à l'Université de Montpellier I,

Directeur de l'Institut de droit européen des droits de l'homme

(IDEDH)

L'IDEDH s'attache, dans le cadre de son programme général de recherche sur *Les normes européennes des droits de l'homme*, à l'analyse de la réception de la norme européenne en droit interne, posant l'hypothèse que, par l'influence qu'elle déploie en droit interne, la norme conventionnelle, issue de l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme par le juge européen, contribue à la formation d'un droit commun.

Cette hypothèse de travail, déjà explorée par l'IDEDH sous l'angle du droit processuel en analysant l'extension des garanties du procès équitable aux procédures non juridictionnelles : les contraintes européennes (cette recherche a donné lieu à une publication, *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, dir. F. Sudre et C. Picheral, La Documentation française, 2003, 353 p.), est aujourd'hui envisagée au titre des droits substantiels dans le cadre de plusieurs études, réalisées par des post-doctorants et des doctorants de l'IDEDH, consacrées au thème du « *dialogue des juges* ».

La recherche –circonscrite aux rapports qu'entretiennent les juridictions supérieures françaises (Conseil d'Etat et Cour de

cassation) avec la Convention européenne des droits de l'homme- s'attache à l'examen des modalités d'exercice par le juge interne de son contrôle de « conventionnalité ». Partant du constat, aisé à faire, de la convergence accrue de la jurisprudence européenne et des jurisprudences internes quant à l'application et à l'interprétation de la Convention, l'objet de cette recherche est de vérifier si cette convergence est –ou non- le fruit d'un « dialogue » des juges européens et nationaux.

L'expression « *dialogue des juges* » renvoie à l'idée de discussion, de concertation, et a le mérite de fournir un concept consensuel qui – écartant a priori toute relation d'autorité- évite de s'interroger sur les sujets « qui fâchent », et notamment sur la question de l'autorité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais, par son imprécision même et sa malléabilité, le « *dialogue des juges* » apparaît comme une figure de style, sans consistance véritable. La réalité du « *dialogue des juges* » reste encore à apprécier sur le terrain de la réception des normes européennes en droit interne, plus précisément s'agissant des droits substantiels, la doctrine s'étant jusqu'à présent principalement intéressée au « dialogue » relatif au droit à un procès équitable (art. 6 § 1).

Pour ce faire, la question du « *dialogue des juges* » est abordée ici par le biais des modes d'interprétation retenus par le juge interne dans le cadre de l'exercice auquel il se livre du contrôle de compatibilité de la norme interne avec la norme conventionnelle. A cet égard, la recherche menée bénéficie des acquis des travaux de l'IDEDH sur les méthodes d'interprétation du juge européen. Considérant que le « dialogue des juges » recouvre plusieurs modes d'interprétation - interprétation neutralisante, interprétation conforme, interprétation

constructive-, la recherche vise à mesurer –par l'étude de l'office du juge interne- le degré d'influence de la jurisprudence européenne sur le droit interne mais aussi ses limites.

Dialogue des juges : éléments d'analyse

Propos introductifs

Katarzyna GRABARCZYK

Docteur en droit public de l'Université Montpellier I (IDEDH)

Sommaire

I - La notion de « dialogue des juges »

A - La détermination de la notion

B - La délimitation du champ de l'étude

II - Les fondements du dialogue

A - La coopération entre les juridictions

B - L'objet du dialogue des juges

La figure du juge occupe une place prépondérante. Déjà, Aristote soulignait l'importance de l'art de ce dernier dans la mesure où le juge avait pour mission de découvrir le juste adapté à la configuration propre de la cité, sans lui reconnaître une supériorité par rapport aux autres sources du droit¹. Aujourd'hui, il est acquis que la fonction du juge ne peut plus se réduire à une application « automatique » de la norme. Toutefois, compte tenu de la multiplicité des niveaux de pouvoir, l'Etat se trouve désormais obligé de cohabiter avec différents systèmes juridiques supranationaux, comme celui instauré par la Convention européenne des droits de l'homme par exemple.

¹ E. Bréhier, *Histoire de la philosophie*, P.U.F., Coll. « Quadrige », 2004, 1792 p., spéc. p. 191 et s.

Le terme de « dialogue des juges » ou de « dialogue entre les juges » peut de prime abord sembler surprenant en droit. Ce terme est employé généralement lors d'un procès, principalement à l'égard des parties, voire entre le juge et les parties². Ces dernières interviennent dans un contexte de communication établie, instituée et libérée de toute contrainte³. Dans un tel cas de figure, le juge apparaît comme le gardien du bon déroulement d'un dialogue entre les parties. Il doit éviter que la controverse ne dégénère en affrontement et doit veiller à l'équitable partage de la parole. Le juge doit définir et concevoir le terrain où les parties pourront s'entendre en limitant leurs prétentions respectives⁴. Comme le remarque Madame Potvin-Solis, il est possible de situer le concept de dialogue « *dans l'essence de la fonction juridictionnelle* ». Il s'exprime plus précisément « *de façon caractéristique dans la rhétorique judiciaire et se répercute sur la formulation des motifs de la décision juridictionnelle qui doivent répondre aux moyens des parties par application du droit* »⁵.

Par rapport à l'image traditionnelle du dialogue en droit, le « dialogue des juges » apparaît comme une forme nouvelle de communication entre les juridictions. L'objet de la présente étude concerne précisément cette nouvelle forme de communication entre d'une part le juge européen des droits de l'homme et d'autre part le juge interne

² G. Betrom, *Le principe de l'égalité des armes au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse, Montpellier, 2006, 528 p.

³ F. Jacques, « Dialogue exige : communicabilité et dialectique », in F. Jacques (dir.), *Dialogue, dialectique en philosophie et en droit. Colloque du 1^{er}-4 juin 1983, Ile d'Artz, APD 1984*, tome 29, p. 18.

⁴ *Ibid.*, p. 19.

⁵ L. Potvin-Solis, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Actes de la journée d'études du 10 février 2003, Université de Metz, Bruylant, Coll. « Droit et Justice » n° 53, 2004, pp. 19-58, spéc. p. 20.

français. Cette hypothèse concerne par conséquent deux interlocuteurs, à savoir la Cour de Strasbourg et le juge interne, qui essayent de trouver la signification la plus appropriée à donner à une disposition de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette forme de communication sous entend ainsi l'hypothèse d'un dialogue pouvant se dérouler entre une juridiction supranationale et des juridictions internes.

La notion de « dialogue des juges » semble constituer une problématique nouvelle alors même que ce sujet a déjà été plusieurs fois traité. L'interrogation principale soulevée par cette étude est de savoir ce que l'on entend par « dialogue des juges » ou « dialogue entre les juges ». Bien que connue aujourd'hui de tout juriste, cette notion n'apparaît pour autant pas facile à définir et délimiter.

Le « dialogue des juges » est cependant une question d'actualité à laquelle il apparaît primordiale de répondre. Le nouveau président de la Cour européenne des droits de l'homme, Jean-Paul Costa a pu observer, il y a quelques années, lors d'un colloque à l'Université de Metz, que « *ni la Convention européenne des droits de l'homme, ni la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'instituent un véritable dialogue* »⁶. Il a par conséquent considéré, à propos de l'attitude du juge européen des droits de l'homme, que « *l'apparence est (...) celle d'un monologue* »⁷. Pour paraphraser le titre de ce colloque, cette considération, émanant du plus haut membre

⁶ J.-P. Costa, « La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges », in F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Actes de la journée d'études du 10 février 2003, Université de Metz, Bruylant, Coll. « Droit et Justice » n° 53, 2004, pp. 153-166, spéc. p. 155.

⁷ *Ibid.*

de la Cour de Strasbourg, soulève une interrogation dont la réponse ne semble pas univoque : dialogue des juges : incantation ou réalité ? Cependant, en janvier 2007, le président Costa, en répondant aux questions posées par la revue *Actualité juridique droit administratif* a ainsi affirmé qu'il a « *toujours beaucoup cru au dialogue des juges* »⁸. Toutefois, son constat quant à la réalité d'un tel dialogue laisse perplexe. En effet, ce dernier a déclaré « *qu'une amorce de dialogue s'est ébauchée entre la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme* » et qu'il a « *bon espoir que la même chose se produise avec le Conseil d'Etat* »⁹.

Rien dans le texte de la Convention européenne des droits de l'homme, ni dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, n'a été prévu afin d'instituer un dialogue entre les juges¹⁰. Cependant, un échange d'arguments juridiques entre les juges internes et le juge de Strasbourg a pu être constaté. Un dialogue existe bel et bien dans la mesure où les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme nécessitent un travail d'interprétation de la part des juges qui les appliquent.

⁸ « Questions à Jean-Paul Costa, président de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2007, pp. 60-63, spéc. p. 60.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Contrairement, notamment, à l'ordre juridique communautaire qui instaure une coopération de juge à juge à travers le mécanisme de renvoi préjudiciel. Dans le cadre du mécanisme préjudiciel communautaire, une juridiction nationale a toujours la possibilité de saisir la Cour de justice, soit d'une question concernant l'interprétation ou l'appréciation de validité d'une disposition communautaire, soit en vue d'un nouvel éclaircissement, y compris sur un même arrêt.

Or, « *de façon générale un texte ne vaut que par l'interprétation qui en est donnée* »¹¹. A travers cette formulation, prononcée à l'occasion d'un colloque consacré à l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, le professeur Bernard Pacteau a mis en exergue l'enjeu que constitue un texte supranational. Dans la dynamique de construction du système européen de protection des droits de l'homme, fondé par les rédacteurs de la Convention, puis consacré par la Cour européenne des droits de l'homme, l'interprétation ne peut ainsi être considérée autrement que comme un élément déterminant. Un tel échange est donc primordial puisque « *dans une constellation d'ordres juridictionnels non gouvernée par la hiérarchie, les risques de divergences et de conflits entre juridictions guettent* »¹².

A l'inverse, le concept de dialogue peut également revêtir un aspect très positif, celui de recherche du sens. Un dialogue est fondé sur une argumentation. Or, cette dernière, contient nécessairement, parmi les nombreuses fonctions qu'on peut lui assigner un objectif pédagogique. A ce titre, l'argumentation s'analyse en « *une fonction de découverte, d'exploration ou d'analyse des documents dans ce qu'ils affirment, sous entendent, négligent* »¹³. Cette conception rappelle que tout jugement, y compris judiciaire, relève de l'argumentation et qu'il

¹¹ B. Pacteau, « Le juge administratif et l'interprétation européenne », in F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Coll. Droit et Justice, n° 21, 1998, pp. 251-287, spéc. p. 254.

¹² J. Andriantsimbazovina, « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, instrument de dialogue ? », in F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Actes de la journée d'études du 10 février 2003, Université de Metz, Bruylant, Coll. « Droit et Justice » n° 53, 2004, pp. 167-192, spéc. p. 167.

¹³ Ph. Thiry, « Du fondement de l'argumentation », in C. Thomasset et D. Bourcier, *Interpréter le droit : le sens, l'interprète, la machine*, Bruylant, 1997, pp. 139-167, spéc. p. 143.

constitue « *une communication, un appel au partage qui lui donne sa véritable légitimité* »¹⁴.

Aborder la problématique du « dialogue de juges » s'avère ainsi ambitieuse et nécessite plusieurs précisions. Tout d'abord, le sujet proposé impose de cerner la notion même de « dialogue des juges » (I). Puis, la démarche entreprise a consisté à préciser les fondements du dialogue (II).

I - La notion de « dialogue des juges »

L'étude et l'analyse du « dialogue des juges » appellent une démarche empirique. Il est nécessaire de cerner et de définir la notion même de ce dialogue (A), puis de délimiter le champ de l'étude (B).

A - La détermination de la notion

La notion de « dialogue des juges », comme précédemment indiqué, n'est pas une notion entièrement nouvelle. L'objectif de son éclaircissement nécessite donc de s'interroger sur l'origine de la notion (1) avant de retenir une définition propre (2).

1 - L'origine de la notion

L'origine même de l'expression « dialogue des juges » fait débat. Depuis son apparition et malgré les nombreuses applications qui en

¹⁴ F. Morin, *Pourquoi juge-t-on comme on juge ? Bref essai sur le jugement*, Liber, 2005, 111 p., spéc. p. 37.

ont été faites, celle-ci n'a pas fait l'objet d'une définition qui puisse éclairer ses contours ou qui puisse être considérée comme exhaustive ou définitive. La généalogie de la notion de « dialogue de juges » semble renvoyer initialement aux relations entre le juge communautaire et les juridictions internes. Ce postulat est en effet exprimé pour la première fois dans une étude de Madame Questiaux, maître de requêtes au Conseil d'Etat, relative à l'application par la Haute juridiction française de l'ancien article 177 du Traité de Rome. L'auteur considère que le système de renvoi préjudiciel, imaginé par les auteurs de la construction communautaire, repose sur la « *collaboration entre les juridictions nationales et celle du Luxembourg, et à travers elle, sur une confrontation, certes pacifique, de l'expérience de chaque juridiction nationale* »¹⁵. En analysant la démarche du juge communautaire, elle remarque que ce dernier fonctionne comme s'il « *devait organiser un dialogue de techniciens de la justice* »¹⁶.

L'expression exacte de « dialogue des juges » va être employée par le président Genevois dans ses conclusions sur l'arrêt *Ministre de l'Intérieur contre Cohn-Bendit*. En effet, concernant la divergence des jurisprudences administrative et communautaire au sujet de la nature juridique des directives, il a considéré qu'« *à l'échelon de la*

¹⁵ N. Questiaux, « La collaboration du juge administratif avec un juge international (Quelques remarques sur l'application par le Conseil d'Etat français de l'article 177 du traité de Rome) », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, L.G.D.J., 1974, pp. 387-395, spéc. p. 387.

¹⁶ *Ibid.*, p. 388.

Communauté européenne il ne doit y avoir ni gouvernement des juges, ni guerre de juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges »¹⁷.

Pour ce qui est de la Convention européenne des droits de l'homme, à la même époque, le commissaire du gouvernement Labetoulle a remarqué qu'« *au moins indirectement et implicitement, la jurisprudence de la Cour [européenne des droits de l'homme] est une donnée dont il faut tenir compte* »¹⁸. Sans employer le terme de « dialogue », le commissaire a considéré qu'il convenait d'« *éviter toute solution qui serait radicalement incompatible avec la jurisprudence de la Cour* »¹⁹. Quelques années plus tard, le président Genevois appelait encore à un « *impératif de discipline juridictionnelle* »²⁰ concernant la Convention européenne des droits de l'homme. L'application de l'instrument conventionnel, contraire à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, risquait, à ses yeux, d'engager la responsabilité de la France sur le plan international²¹.

Parmi les membres de la doctrine, c'est le professeur Andriantsimbazovina qui semble avoir été le premier à aborder la question de « dialogue des juges » dans le cadre de son étude consacrée à *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*²². Tout en reliant cette

¹⁷ B. Genevois, « Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 22 décembre 1978, Ministre de l'intérieur c/ Sieur Cohn-Bendit », *D.* 1979, jurisprudence, pp. 155-161, spéc. p. 161.

¹⁸ D. Labetoulle, « Conclusions sur Conseil d'Etat, 27 octobre 1978, Debout », *Leb.* p. 395-406, spéc. p. 403.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ B. Genevois, « Conclusions sur Conseil d'Etat, 11 juillet 1984, Subrini », *D.* 1985, pp. 150-156, spéc. p. 153.

²¹ *Ibid.*

²² J. Andriantsimbazovina, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français. Conseil constitutionnel, Cour de*

notion à celle, plus large, d'autorité de la chose interprétée des décisions de justice, l'auteur considère notamment que « *la pluralité et l'interaction des ordres juridiques modernes impliquent la complémentarité de l'autorité, nécessaire au maintien de la cohérence de ceux-ci, et du dialogue entre les juges qui les animent, gage de souplesse et de plasticité, qualités bien utiles pour gérer la complexité de l'ensemble* »²³.

Il serait vain de rechercher dans les arrêts mêmes du juge européen des droits de l'homme ou dans les arrêts des juges français une quelconque mention du « dialogue des juges ». En revanche, on trouve une telle référence explicite dans les contributions des différents membres de la doctrine²⁴. L'idée de dialogue semble également omniprésente dans les conclusions des commissaires du gouvernement. En effet, en décrivant le rôle de ces derniers auprès du Conseil d'Etat, le président Genevois a souligné l'existence des contraintes externes qui doivent commander l'attitude qu'un

justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme, L.G.D.J., 1998, 663 p., spéc. pp. 441-515.

²³ *Ibid*, p. 367.

²⁴ V. par ex. : M. Collet, « Les bienfaits du "dialogue des juges". Remarques sur la mise en œuvre par le juge fiscal des articles 14 de la Convention EDH et 1^{er} de son premier protocole additionnel », *Revue de droit fiscal* 2006, n° 51, pp. 2179-2189 ; C. Landais et F. Lenica, « La réception de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par le Conseil d'Etat », *DA* 2005, n° 6, pp. 8-11 ; V. Sommacco, « Les validations législatives : illustration du "dialogue des juges" », *RRJ* 2003, pp. 2787-2800.

Il convient de préciser que les différents auteurs n'emploient pas cette notion uniquement dans le cadre des relations qui peuvent exister entre les juridictions internes françaises et les juridictions supranationales européennes. On retrouve la référence au « dialogue des juges » dans le cadre purement interne. V. par ex. : F. Melin-Soucramani, « Le dialogue des juges et le contrôle du principe d'égalité », *RFDA* 1999, pp. 815-817.

commissaire du gouvernement doit adopter²⁵. Ainsi, ce dernier doit prendre en considération et intégrer dans son raisonnement, la jurisprudence des autres juridictions. Cela implique que la jurisprudence du juge de Strasbourg soit un paramètre dont il faut tenir compte. L'auteur donne notamment l'exemple des commissaires Combrexelle et Seban qui ont adressé leurs conclusions concernant les exigences d'impartialité appliquées aux autorités de régulation, non seulement aux membres de l'Assemblée du contentieux mais « indirectement aussi bien au juge judiciaire qu'à la Cour européenne des droits de l'homme »²⁶. Le commissaire Struillou, quant à lui, a considéré dans ses conclusions sur l'arrêt *SARL Potchou et autres* que l'affaire en cause illustre « parfaitement l'analyse exposée par le président Genevois (...) - analyse selon laquelle le commissaire du gouvernement doit prendre en compte certaines "contraintes externes" pour reprendre les termes mêmes de cette analyse - au nombre desquelles figurent notamment la jurisprudence émanant des autres juridictions et notamment la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme »²⁷.

Dans ses conclusions sur l'arrêt *GISTI*, le commissaire du gouvernement Casas, en analysant la jurisprudence de la Haute

²⁵ B. Genevois, « Le commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux ou la stratégie de la persuasion », in M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant/L.G.D.J., 2005, pp. 91-108, spéc. p. 103.

²⁶ J.-D. Combrexelle, « Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 3 décembre 1999, Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresboeuf », *RFDA* 2000, p. 574-583 et A. Seban, « Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 3 décembre 1999, Didier », *RFDA* 2000, p. 584-598. Cf. B. Genevois, « Le commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux ou la stratégie de la persuasion », *op. cit.*, p. 104.

²⁷ Y. Struillou, « Conclusions sur Conseil d'Etat, 25 janvier 2006, SARL Potchou et autres », *RFDA* 2006, pp. 299-307, spéc. p. 302.

juridiction administrative française relative au principe d'égalité, estime que le Conseil d'Etat se fonde sur un raisonnement comparable à celui du Conseil constitutionnel, de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour le commissaire, cette comparaison constitue la « *preuve qu'il est encore possible de croire, malgré certaines vicissitudes des temps récents, à la fécondité du dialogue des juges* »²⁸.

Ces différentes études, tout en se référant à la notion de « dialogue des juges » n'en retiennent aucune définition précise. Il s'est ainsi avéré nécessaire d'élaborer, à partir de l'analyse des jurisprudences européenne et interne, une définition propre.

2 - La définition retenue

L'analyse des études doctrinales en la matière révèle l'absence d'une véritable définition du « dialogue des juges ». Pour le professeur Cornu, « *par opposition au monologue, le dialogue est un type de communication dans lequel les sujets de celle-ci sont, l'un et l'autre, émetteur et récepteur, et, normalement, l'un après l'autre, chacun son tour* »²⁹. Madame Potvin-Solis, en abordant cette problématique sous l'angle des rapports entre les juges en Europe, conclut que si le dialogue « *ne saurait prendre la forme d'un échange direct d'arguments entre ces derniers au cours de l'exercice de leur fonction*

²⁸ D. Casas, « Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 31 mai 2006, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) », *RFDA* 2006, pp. 1194-1200, spéc. p. 1196.

²⁹ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2005, 443 p., spéc. p. 215.

juridictionnelle et doit être conçu sous réserve du respect de l'autorité des décisions juridictionnelles elles-mêmes, il s'intègre de façon positive dans les rapports entre les jurisprudences »³⁰.

Lorsque la notion de « dialogue des juges » est employée, elle définit la plupart du temps un type de relation entre le juge national et le juge de Strasbourg. En effet, de manière générale, la doctrine semble désigner par cette notion le fait que le juge national se rallie à la jurisprudence européenne et l'applique. La portée de la notion semble être pourtant beaucoup plus large que le sens qu'on lui accorde habituellement. Si le résultat du dialogue ne soulève guère de désaccord, il subsiste néanmoins une interrogation majeure au sujet de la façon dont la jurisprudence européenne est précisément appliquée.

Que suppose exactement cette notion : une relation d'autorité ? de hiérarchie ? d'autonomie de la part du juge national ?

Quel est d'ailleurs l'objet d'un tel dialogue ?

En étudiant les rapports entre les juges internes français et le juge européen des droits de l'homme, il est apparu opportun de proposer une définition qui soit propre à cette notion. La définition retenue par la présente étude propose par conséquent de considérer le « dialogue des juges » comme un procédé par lequel le juge national discute le sens d'une disposition conventionnelle. Le dialogue doit alors être envisagé comme une controverse, une discussion, une « confrontation », un débat sur le sens des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme ou encore comme un échange d'arguments entre le juge européen et le juge interne français. Cette définition exclut par conséquent l'idée d'autorité entre les juridictions puisque « *la seule voie praticable est celle d'un dialogue*

³⁰ L. Potvin-Solis, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », *op. cit.*, p. 26.

sincère, ouvert, équilibré, dépassionné et dépourvu de visées hégémoniques »³¹. Le « dialogue des juges » intervient à partir du moment où il existe une controverse au sujet de son objet. Il se matérialise par le biais d'un échange d'arguments et par la coopération entre ses sujets. Son but est d'échanger sur le sens et sur la portée des dispositions conventionnelles entre deux interlocuteurs : le juge national et le juge européen des droits de l'homme.

La définition ainsi retenue nécessite cependant une délimitation.

B - La délimitation du champ de l'étude

Analyser le « dialogue des juges » exige la délimitation du champ de son étude. Aborder cette problématique demande d'identifier précisément les acteurs du dialogue d'une part (1) et les dispositions conventionnelles concernées d'autre part (2).

1 - L'identification des acteurs du dialogue

L'idée d'un dialogue nécessite tout d'abord d'en identifier les acteurs. En ce qui concerne les dispositions de la Convention, ce dialogue intervient principalement entre le juge européen des droits de l'homme et les juridictions ordinaires françaises. Dans une moindre mesure, un « dialogue » s'instaure également entre la Cour de Strasbourg et le juge constitutionnel. Les juridictions ordinaires françaises sont à ce titre les juges du droit commun de cette disposition conventionnelle.

³¹ J.-C. Bonichot, « Le juge administratif et l'Europe », *Justice et cassation* 2006, pp. 121-126, spéc. p. 124.

Avant d'en arriver à définir les éléments d'un tel dialogue, il est apparu opportun d'exclure, dès le départ, certaines pistes ou directions de recherche afin de se cantonner à certains aspects précis de cette notion. En effet, le choix a consisté à cerner la notion de « dialogue des juges » sur le terrain exclusif de la coopération entre le juge interne et la Cour européenne des droits de l'homme. Ce pré-requis a conduit à ne pas aborder cette notion sous l'angle des relations entre les juridictions nationales et la Cour de justice des Communautés européennes. La notion de « dialogue des juges » ne semble pas susciter les mêmes débats en droit communautaire, du fait de l'existence du renvoi préjudiciel en interprétation, procédure de coopération entre le juge national et le juge de Luxembourg.

Il a semblé judicieux de limiter le champ d'étude aux juridictions supérieures, plus particulièrement à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat. Leurs décisions paraissent les plus représentatives de l'acceptation ou du rejet des interprétations émises par le juge de Strasbourg. Les solutions de ces deux juridictions s'imposent en effet aux juges du fond, du fait de l'autorité de leurs décisions en droit interne. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat jouent bel et bien un rôle déterminant dans le processus d'unification du droit interne. Le choix d'une juridiction interne de se soumettre ou de se soustraire aux interprétations émises par une juridiction supranationale reflète en quelque sorte la reconnaissance de sa compétence privilégiée d'interprétation d'une norme. Les revirements ou les choix des juges nationaux quant au fait d'adopter des solutions conformes ou non à celles de la Cour de Strasbourg, s'imposent ensuite aux juges du fond. De la même façon, l'étude ne s'est pas penchée sur les décisions du Conseil Constitutionnel français. Le choix traditionnel de la

juridiction constitutionnelle était de charger les juges ordinaires de la question de la mise en œuvre du principe de primauté du traité international, y compris de la Convention européenne des droits de l'homme sur la loi, tel qu'il est annoncé dans l'article 55 de la Constitution³². Cela ne signifie pas pour autant que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est restée sans effet sur le juge de la constitutionnalité des lois. Son influence ne fut cependant qu'implicite et les références aux solutions du juge européen des droits de l'homme exceptionnels³³.

La démarche entreprise exigeait également d'identifier les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme qui allaient faire l'objet de l'analyse.

2 - L'identification des dispositions conventionnelles concernées

Le dialogue suppose en particulier une discussion. Dès lors, il ne semblait pas être assimilable au suivisme des juges. L'application pure et simple du texte conventionnel par le juge national, c'est-à-dire les

³² CC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, 74-54 DC, *Rec.* p. 19, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n° 23, *AJDA* 1975, 134, note J. Rivero. Selon le juge constitutionnel, il ne lui appartient pas « lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ».

³³ Pour l'exemple de référence implicite du juge constitutionnel à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme cf. CC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, 89-260 DC, *Rec.* p. 71, *RFDA* 1989, 671, obs. B. Genevois ; CC, 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, 99-422 DC, *Rec.* p. 143 ; *RFDA* 2000, 289, obs. B. Mathieu. Pour l'exemple de référence explicite du juge constitutionnel à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme cf. CC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 2004-505 DC, *Rec.* p. 173, *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n° 51, *RTDE* 2005, 557, obs. V. Champeil-Desplats ; *RFDA* 2005, 239, obs. B. Genevois.

affaires répétitives reprenant l'interprétation de la Convention européenne donnée par la Cour de Strasbourg elle-même, demeurent donc exclues du champ de l'étude. Même si dans ces affaires, le juge national a nécessairement du être attentif à l'aspect explicatif et argumentatif de l'arrêt (auquel il se rallie), ceci ne constitue pour autant pas un dialogue au sens retenu dans le cadre de cette étude. De même, le dialogue ne peut se concevoir sans une certaine autonomie du juge national. Une « attitude de suivisme » s'apparenterait en effet à un monologue. Enfin, si le « dialogue des juges » naît de la divergence des points de vue exprimés, il se finalise une fois qu'un terrain d'entente est trouvé. Par conséquent, la controverse est nécessaire et alimente ledit dialogue.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme constitue le point de départ de l'analyse. Cependant, l'ensemble des dispositions de l'instrument conventionnel n'a pas été pris en considération. Le choix opéré a visé à écarter le champ des droits processuels. En effet, ils ont donné lieu à une jurisprudence particulièrement importante de la part de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est précisément dans le cadre des dispositions de l'article 6 de la Convention relatives au procès équitable que la question du dialogue des juges a pu émerger. Depuis, les droits processuels ont fait l'objet d'un certain nombre d'études de la part de la doctrine³⁴, contrairement aux autres dispositions conventionnelles.

³⁴ V. par ex. C. Landais et F. Lenica, « La réception de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par le Conseil d'Etat », *préc.*; L. Milano, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *RFDA* 2006, pp. 447-462; V. Somacco, « Les validations législatives : illustration du "dialogue des juges" », *op. cit.*, pp. 2787-2800 ou F. Sudre, « Vers la normalisation des relations entre le Conseil d'Etat et la Cour européenne des droits de l'homme. Le décret du

Parallèlement, l'étude a souhaité retenir les articles dont l'interprétation et l'application avait déjà fait l'objet d'une jurisprudence significative. En définitive, l'analyse du « dialogue des juges » a porté sur les articles 2, 8, 9, 10 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que sur l'article 1 de son 1^{er} Protocole additionnel, qui portent respectivement sur le droit à la vie, sur le droit au respect de la vie privée et familiale, sur la liberté de religion, sur la liberté d'expression, sur le droit à la non-discrimination et enfin sur le droit de propriété.

Une fois la notion de « dialogue de juges » définie et le champ de l'étude délimité, il s'est avéré opportun de s'interroger sur les fondements de ce dialogue.

II - Les fondements du dialogue

L'objectif du « dialogue des juges » est d'assurer une collaboration entre les différents interlocuteurs que sont le juge européen des droits de l'homme et ses homologues internes. Il permet ainsi de confronter les thèses en présence et d'essayer d'éclaircir les points d'un conflit potentiel ou existant entre les juridictions. Dès lors, un « dialogue entre les juges » permet d'assurer une coopération entre lesdites juridictions et par là même de participer à l'harmonisation des garanties conventionnelles en établissant des moyens de communication entre les différents systèmes juridiques (A). La coopération entre les juridictions constitue le fondement principal de

19 décembre 2005 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative », *RFDA* 2006, pp. 286-299.

ce dialogue. Elle permet ainsi de déterminer l'objet du « dialogue des juges » (B).

A - La coopération entre les juridictions

La coopération qui s'est progressivement instaurée entre le juge européen et le juge interne qui constitue l'origine du « dialogue des juges » est fondée en particulier sur le principe de subsidiarité (1) et sur la non reconnaissance de l'autorité de la chose interprétée qui s'attacheraient aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (2).

1 - Une coopération fondée sur le principe de subsidiarité

Certaines divergences de point de vue peuvent se manifester du fait de la différence de cultures juridiques et de finalités des différents ordres juridiques. Un dialogue, à la place de la « *guerre des juges* », permet de « *confectionner progressivement un espace juridique (...) européen* »³⁵. Comme l'observe le professeur Andriantsimbazovina, les juridictions nationales et le juge européen des droits de l'homme ont une responsabilité commune, celle d'interpréter les dispositions conventionnelles. Il est donc indispensable qu'une coopération voit le jour afin de donner l'interprétation la plus harmonieuse possible de la Convention européenne³⁶. Le dialogue, appliqué aux juges des Etats

³⁵ B. Stirn et H. Oberdorff, « Le juge administratif français dans un environnement européen », in B. Lukaszewicz et H. Oberdorff (dir.), *Le juge administratif français et l'Europe : le dialogue des juges, Actes du colloque du 50^e anniversaire des tribunaux administratifs*, PUG, 2004, pp. 41-67, spéc. p. 51.

³⁶ J. Andriantsimbazovina, « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, instrument de dialogue ? », *op. cit.*, p. 169.

parties et à ceux de la Cour européenne des droits de l'homme, est « *riche et souvent fructueux, mais complexe et parfois difficile, pour ne pas dire conflictuel (...)* »³⁷.

Schématiquement, le texte de la Convention énonce un nombre exhaustif des droits protégés. Ces différentes dispositions s'adressent aussi bien à l'Etat, au sens large, qu'aux particuliers. Lorsque le juge de Strasbourg émet une interprétation sur une des dispositions du texte conventionnel, il crée ainsi une énonciation. Cette dernière permettra de fonder sa solution mais la signification précise d'un des articles de la Convention et l'interprétation qui en est faite s'adressent en premier lieu au juge interne, juge de droit commun de l'instrument conventionnel.

Les juges nationaux, en tant que juges de droit commun, sont les premiers à examiner toute nouvelle question d'interprétation de la Convention. L'inexistence d'un mécanisme institutionnalisé de dialogue entre les juridictions internes et la Cour européenne, de même que l'autonomie relative des arrêts de cette dernière, impliquent une large autonomie du juge national dans son interprétation. Confronté à une application inédite de la Convention, le juge interne propose une interprétation qui sera éventuellement confirmée par la suite par la Cour européenne.

³⁷ J.-P. Costa, « La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges », in F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Actes de la journée d'études du 10 février 2003, Université de Metz, Bruylant, Coll. « Droit et Justice » n° 53, 2004, pp. 153-166, spéc. p. 159.

L'exercice des compétences en matière conventionnelle par le juge interne se fonde sur le principe de subsidiarité sur lequel repose le système de la Convention. Dans l'affaire *Handyside*, la Cour de Strasbourg a relevé sans aucune ambiguïté que « *le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme* »³⁸.

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'instrument conventionnel « *confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre* »³⁹. Pour le juge de Strasbourg, les institutions créées par ce texte ne contribuent au respect de ces dispositions que par la voie contentieuse, et ce, après épuisement des voies de recours internes. Le principe de subsidiarité permet, d'une part, d'assurer le principe de souveraineté des États et, d'autre part, de garantir la priorité de la sanction du non respect des dispositions conventionnelles aux autorités nationales⁴⁰. La Convention européenne des droits de l'homme assume une fonction supplétive puisqu'elle doit « *s'effacer devant la norme interne, lorsque cette dernière est plus protectrice et, dans le cas contraire, en compenser les imprécisions et les lacunes* »⁴¹.

³⁸ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, GACEDH, n° 7, A/24, § 48, CDE 1978, 350, chron. G. Cohen-Jonathan ; JDI 1978, 706, chron. P. Rolland.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Cf. E. Picard, « Article 26 », in L.-E. Pettiti, E. Decaux et P. H. Imbert (dir.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} éd., 1999, pp. 591-620, spéc. p. 592.

⁴¹ C. Picheral, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Coll. « Monde européen et international », La Documentation française, 2001, 246 p., spéc. p. 343.

Le redressement des violations des dispositions conventionnelles appartient par conséquent en premier lieu aux autorités nationales⁴². Pour la Cour de Strasbourg, dans le mécanisme européen de protection des droits de l'homme, il est fondamental que les systèmes nationaux puissent redresser eux-mêmes les violations commises dans la mesure où le contrôle de la Cour est exercé dans le respect du principe de subsidiarité⁴³ impliquant ainsi un « *judicial self-restraint* » de sa part, c'est-à-dire une attitude de retenue⁴⁴. Une des manifestations les plus flagrantes du principe de subsidiarité résiderait donc dans la reconnaissance de la marge nationale d'appréciation des Etats, quant aux moyens, en particulier procéduraux, de respecter les droits garantis par la Convention⁴⁵. Ainsi, le dialogue des juges se

⁴² V. notamment : Cour EDH, 7 mai 2002, *Bourdov c/ Russie*, Rec. 2002-III, § 30 ; *Adde* : Cour EDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c/ France*, Rec. 2005-VII, § 61, *JCP G* 2005, II, 10142, obs. F. Sudre ; Cour EDH, Gr. Ch., 29 mars 2006, *Scordino c/ Italie* (n°1), req. n° 36813/97, § 179.

⁴³ Cf. Cour EDH, Gr. Ch., 28 juillet 1999, *Selmouni c/ France*, *GACEDH* n°13, Rec. 1999-V, § 74, *JCP G* 1999, II, 10193, note F. Sudre ; *RGDIP* 2000, 181, note G. Cohen-Jonathan ; *RTDH* 2000, 123, note P. Lambert ou Cour EDH, Gr. Ch., 10 mai 2001, *Z. et a. c/ Royaume-Uni*, Rec. 2001-V, § 103, *JCP G* 2001, I, 342, n° 3, chron. F. Sudre ; *JDI* 2002, 286, obs. C. Renault.

Cf. P. Rolland, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme », in D. Rousseau et F. Sudre (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, Actes du Colloque de Montpellier, 20-21 janvier, 1989*, S.T.H., 1990, pp. 47-75, spéc. p. 51 ou A.-D. Olinga et C. Picheral, « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995, pp. 567-604, spéc. p. 568.

⁴⁴ J. Andriantsimbazovina, « "Chronique droits de l'homme". L'élaboration progressive d'un ordre public européen des droits de l'homme. Réflexions à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1985 à 1995 », *CDE* 1997, pp. 655-739, spéc. p. 715.

⁴⁵ J.-P. Costa, « Le raisonnement juridique de la Cour européenne des droits de l'homme », in O. Pfersmann et G. Timsit (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation, Journée d'étude internationale, 14 juin 1999*, Université Paris I, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 121-128, spéc. p. 127.

crystallise autour de la marge de manœuvre laissée aux juridictions internes par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, « *sa variabilité fait (...) de la marge nationale un instrument privilégié, en quelque sorte le pendant juridique du principe politique de subsidiarité* »⁴⁶.

Le fondement du dialogue entre les juges français et européen réside dans cette habilitation qui puise à son tour sa source dans le principe de subsidiarité. C'est au juge judiciaire et au juge administratif qu'appartient en premier lieu d'appliquer les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Le requérant ne pourra solliciter l'arbitrage ultime du juge européen qu'après avoir épuisé toutes les voies de recours internes.

Parmi les fondements du dialogue entre le juge européen des droits de l'homme et les juridictions nationales, il convient de souligner la nature même du contrôle de conventionnalité. En vertu de l'article 55 de la Constitution de 1958, les traités, régulièrement ratifiés, priment sur les lois internes⁴⁷. Ils s'imposent donc aux juridictions internes avec une valeur infra-constitutionnelle, mais supra-législative. Pourtant, aucune disposition analogue à celle prévoyant la primauté des normes internationales sur la loi et s'imposant au juge n'est prévue pour les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, tant au niveau interne qu'au niveau de la Convention. Cette hiérarchie des normes résulte d'un modèle juridique classique, fondé

⁴⁶ M. Delmas-Marty, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, p. 955.

⁴⁷ L'article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958 prévoit que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois* ».

sur un droit codifié, organisé sous la forme d'une pyramide. Les différents pouvoirs sont subordonnés les uns aux autres. Pour apprécier la validité d'une norme, il faut donc remonter d'une norme à celle qui lui est directement supérieure. La décision juridictionnelle correspond à l'élimination d'une situation d'incertitude selon le droit en vigueur.

La question du contrôle de conventionnalité par les juges internes s'avère aujourd'hui résolue et semble même relever de l'évidence. Cependant, ce dernier s'analyse en un contrôle de compatibilité et non en un contrôle de conformité. Sous réserve de respecter le standard minimum de la Convention, « *les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées pour la mise en oeuvre de leurs obligations conventionnelles* »⁴⁸. Le juge européen des droits de l'homme rappelle que l'instrument conventionnel a pour but essentiel « *de fixer certaines normes internationales à respecter par les Etats contractants dans leurs rapports avec les personnes placées sous leur juridiction* »⁴⁹ et que « *cela ne veut pas dire qu'une uniformité absolue s'impose* »⁵⁰. Comme le remarque le professeur Sudre, « *il peut y avoir une grande variété de solutions nationales sans qu'il y ait pour autant violation de la Convention* »⁵¹.

⁴⁸ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 200.

⁴⁹ Cour EDH, 9 février 1967, *Affaire, « relative à certains aspects du régime linguistique d'enseignement en Belgique » c/ Belgique* (exceptions préliminaires), A/5.

⁵⁰ Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, GACEDH n° 57, A/30, § 61, CDE 1980, 481, chron. G. Cohen-Jonathan, JDI 1980, 471, chron. P. Rolland.

⁵¹ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 218-219.

L'exigence de « compatibilité » et non de « conformité » avec l'instrument européen de protection des droits de l'homme a pour conséquence de laisser une marge de manœuvre aux autorités nationales. Le dialogue entre le juge interne et le juge de Strasbourg se noue principalement aux limites de cette marge de manœuvre autorisées aux Etats parties. Pour le professeur Giudicelli-Delage, les juridictions internes gardent en la matière une autonomie, même si celle-ci est atténuée. Cette autonomie peut entre autre se manifester par des « *emprunts tacites* ». A ce titre, une juridiction interne « *s'inspire et non se conforme* » aux solutions du juge européen des droits de l'homme⁵².

La pluralité des solutions nationales n'enfreint pas la Convention. Leur limite réside dans la correcte appréciation du principe de subsidiarité et à condition de ne pas commettre un contresens en déduisant « *de la subsidiarité du contrôle international, qui n'intervient en effet qu'à défaut du contrôle exercé par le juge national, la subsidiarité de la norme internationale introduite dans l'ordre juridique français* »⁵³.

La question de l'interprétation à donner aux droits contenus dans le texte de la Convention constitue en revanche le cœur de la notion de « dialogue des juges ». Cette considération amène à poser la question de savoir si les décisions émises par la Cour européenne des droits de

⁵² Cf. G. Giudicelli-Delage, « Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions. L'inévitable dialogue des juges ? », in *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, pp. 11-36, spéc. p. 23.

⁵³ L. Dubouis, « La portée des instruments internationaux de protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique français », in E. Smith (Ed.), *Les droits de l'homme dans le droit national en France et en Norvège*, Economica, 1990, pp. 131-156, spéc. p. 145.

l'homme sont effectivement revêtues de l'autorité de la chose interprétée, autorité propre de sa jurisprudence.

2 - Une coopération fondée sur la non reconnaissance d'autorité de la chose interprétée

Le juge européen des droits de l'homme ne dispose pas de moyens juridiques formellement coercitifs pour contrôler les décisions des juridictions internes. Cependant, en dernier lieu, c'est le juge interne qui décide de suivre ou non la jurisprudence de la juridiction de Strasbourg. Les arrêts de la Cour européenne ne jouissent *a priori* que de l'autorité relative de la chose jugée. En vertu de l'article 46 de la Convention et de la jurisprudence du juge européen lui-même, « *seules les Hautes Parties Contractantes qui sont les "parties au litige" sont liées par les décisions de la Cour* »⁵⁴. L'autorité qui s'attache aux arrêts ne vaut donc pas *erga omnes* et « *n'oblige que les parties au litige et pour le seul cas tranché* »⁵⁵.

La lettre du texte conventionnel et la lecture de certains arrêts ont pu laisser entendre qu'un arrêt peut être invoqué uniquement par les parties au litige, Etats ou particuliers, victimes de la violation. Or, le juge de Strasbourg n'hésite pas à sanctionner les interprétations « nationales » des dispositions conventionnelles, dès lors qu'il les estime incompatibles avec la signification qu'il convient de donner aux dispositions en cause. La reconnaissance de l'autorité de la chose jugée des arrêts de la Cour n'a jamais été contestée dans la mesure où le texte même de la Convention la précise. La question a cependant

⁵⁴ Cour EDH, 14 novembre 1960, *Lawless c/ Irlande*, A/1.

⁵⁵ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., Coll. « Droit fondamental », 8^{ème} éd., 2006, 786 p., spéc. p. 675.

animé les débats entre les membres de la doctrine sur la question de savoir si les arrêts du juge de Strasbourg « véhiculent une autorité de la chose interprétée »⁵⁶.

Parallèlement, la Cour européenne a affirmé que « *ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier et développer les normes de la Convention, et à contribuer de la sorte au respect par les Etats, des engagements qu'ils ont assumé en leur qualité de Parties contractantes* »⁵⁷. En affirmant l'autorité de ses propres interprétations, le juge européen des droits de l'homme a créé les premiers fondements d'un éventuel dialogue des juges. Cette autorité, appelée par la doctrine « *autorité de la chose interprétée* », a pu être qualifiée d'« *autorité propre de la jurisprudence de la Cour en tant que celle-ci interprète les dispositions de la Convention* »⁵⁸. Pour le professeur Joël Andriantsimbazovina, l'autorité de la chose interprétée est définie comme une « *autorité propre de la jurisprudence d'une juridiction en tant que cette juridiction interprète authentiquement les dispositions d'une norme constitutive d'un ordre juridique* »⁵⁹.

Le juge européen a ainsi souligné la vocation et l'importance qu'il entendait donner à sa jurisprudence et à l'interprétation qu'elle entend

⁵⁶ J. Andriantsimbazovina, « Splendeurs et misères de l'ordre public européen. Les trois dernières années de l'ancienne Cour européenne des droits de l'homme (1996-1997-1998) », *CDE* 2000, pp. 657-771, spéc. p. 689.

⁵⁷ Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, A/25, § 158, *JDI* 1980, 449, obs. P. Rolland.

⁵⁸ J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, 1185 p., spéc. p. 1078.

⁵⁹ J. Andriantsimbazovina, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français. Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 370.

émettre. A ce titre, la Cour de Strasbourg n'hésite plus aujourd'hui à affirmer qu'« *il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusives. Si la Cour devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration* »⁶⁰.

La théorie de l'autorité de la chose interprétée s'appuie non seulement sur la reconnaissance du caractère contraignant de la jurisprudence de la juridiction suprême, mais également sur l'adhésion au point de vue des juges qui sont supposés dicter un comportement. Au-delà de la solution du litige, les juridictions internes devraient adhérer aux motifs qui justifient la décision rendue par la juridiction supranationale. Toutefois, cette théorie ne semble pas être partagée par tous. Le Conseil d'Etat⁶¹ ainsi que la Cour de cassation⁶² nient expressément que les arrêts du juge européen soient revêtus de l'autorité de la chose interprétée⁶³. Certains membres de la doctrine semblent également

⁶⁰ Cour EDH, Gr. Ch., 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, GACEDH n° 43, *Rec.* 2002-VI, § 74, *RTD civ.* 2002, 862, chron. J.-P. Marguénaud ; *D.* 2003, 2032, note A.-S. Chavent-Leclère ; *RTDH* 2003, 1157, note A. Marienburg-Wachsmann et P. Wachsmann ; *JCP G* 2003, I, 109, n° 16 et 22, chron. F. Sudre.

⁶¹ Cf. CE, 24 novembre 1997, *Ministre de l'Economie et des Finances c/ société Amibu Inc.*, *D.* 1998, p. 159, note, Tixier et Hamonic-Gaux ; *RFDA* 1998, 978, obs. J. Andriantsimbazovina.

⁶² Cf. Cass. crim., 3 février 1993, *Kemmache*, *Bull. crim.*, n° 57. Le juge judiciaire constate qu'un « *arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme constatant le non-respect du délai raisonnable au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'il permet à celui qui s'en prévaut de demander réparation, est sans incidence sur la validité des procédures relevant du droit interne* ». V. également Cass. crim., 4 mai 1994, *Saïdi*, *Bull. crim.*, n° 166 ; *JCP G* 1994, II, 22349, note Chambon.

⁶³ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 696 ; V. également R. Abraham, « La non indemnisation des servitudes d'urbanisme au

réservés quant à sa reconnaissance⁶⁴. L'équilibre et l'uniformité d'interprétation, but de l'œuvre interprétative de la Cour européenne des droits de l'homme, ne pourront jamais être réalisées sans une prise en compte de la jurisprudence des juridictions internes. Même en absence d'un dialogue institué par un mécanisme conventionnel, rien n'empêche les deux ordres juridiques, y compris la Cour européenne, de tenir compte des interprétations émises par les juges des ordres respectifs.

Entre l'interprétation du juge interne, juge de droit commun de la Convention, et celle du juge de Strasbourg, il est nécessaire de préciser quelle interprétation doit prévaloir. Dans la logique du principe de subsidiarité et de la reconnaissance de la marge nationale d'appréciation, les juridictions nationales cherchent à préserver leur propre autonomie. Les dispositions conventionnelles se sont avérées être un terrain particulièrement propice aux divergences d'interprétation et à la reconnaissance d'une marge de manœuvre des autorités nationales. Pour le juge européen, la reconnaissance prétorienne de l'autorité de sa jurisprudence doit en revanche pallier l'absence d'uniformité absolue dans l'application de l'instrument conventionnel découlant du caractère subsidiaire de cet instrument.

regard de la Convention européenne des droits de l'homme. Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 3 juillet 1998, M. Bitouzet », *RFDA* 1998, pp. 1243-1252, spéc. p. 1246-1247.

⁶⁴ Cf. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 689-692, spéc. p. 690. L'auteur considère « qu'avant de mobiliser la théorie de l'autorité de la chose interprétée, il convient de s'interroger sur la "jurisprudence" de la Cour européenne. L'enjeu véritable de l'effectivité du droit de la Convention européenne des droits de l'homme se situe dans la capacité de la Cour européenne à construire une véritable jurisprudence, c'est-à-dire un ensemble de solutions abstraites et générales à des questions de droit, ayant "l'autorité de ce qui a été jugé constamment dans le même sens", selon l'expression du doyen Carbonnier ».

Cette reconnaissance permet d'éloigner la crainte qu'en cas de conflit entre une interprétation nationale et une interprétation conventionnelle, le juge interne fasse automatiquement prévaloir la sienne. Les divergences existantes et celles seulement potentielles dans l'appréciation de la disposition conventionnelle mettent en exergue la nécessité d'un échange et en définitive d'un dialogue entre la Cour européenne et les juridictions internes afin de pouvoir confronter les interprétations émises.

La coopération instaurée entre le juge interne et le juge européen des droits de l'homme permet de s'interroger quant aux points sur lesquels porte le « dialogue des juges » et quant à la détermination de son objet.

B - L'objet du dialogue des juges

En examinant les affaires dans lesquelles les violations des dispositions conventionnelles sont alléguées, il est possible de constater, du point de vue matériel, que l'objet du « dialogue des juges » porte principalement sur deux points. Il concerne la détermination du champ d'application et du contenu des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (1), ainsi que la technique de contrôle du respect des dispositions conventionnelles (2).

1 - Le champ d'application et le contenu des droits garantis

Tout d'abord, le « dialogue des juges » porte sur « l'applicabilité du droit en cause », c'est-à-dire, sur la détermination du champ d'application des droits protégés par les dispositions conventionnelles. L'objet du « dialogue des juges » porte ensuite sur « le contenu des droits inscrits » dans la Convention européenne des droits de l'homme et sur l'étendue des libertés proclamées. S'il arrive assez fréquemment que les juridictions internes s'accordent à reconnaître l'applicabilité du droit invoqué par les requérants, elles estiment en revanche compatibles avec l'instrument conventionnel les dispositions nationales contestées par les requérants. Les divergences relatives au contenu des droits conventionnels soulignent ainsi la nécessité, de plus en plus incontournable, d'une meilleure intelligence des jurisprudences mutuelles, des juridictions nationales et européennes.

Les objectifs de chaque ordre juridique ne sont pas en effet les mêmes. Le juge européen est gardien des droits des individus et de la proportionnalité de l'ingérence des pouvoirs publics dans leur exercice. Les juges internes, judiciaire et administratif, en plus d'être les juges de droit commun de la Convention, sont avant tout les gardiens de leur ordre juridique interne et doivent à ce titre opérer une conciliation entre les considérations d'intérêt général et les droits des individus. Le commissaire du gouvernement Abraham a très habilement résumé ce qui empêche parfois le Conseil d'Etat de reconnaître l'autorité de l'interprétation émise par la Cour européenne des droits de l'homme. Il souligne dans un premier temps que le juge interne reste troublé au regard des arrêts de la Cour de Strasbourg dans la mesure où certains « *déduisent la solution qu'ils adoptent de*

considérations d'espèce et de considération de caractère souvent assez complexes »⁶⁵. Le juge administratif n'arrive pas à percevoir « *les motifs déterminant et les motifs surabondants, à les distinguer les uns des autres, et la portée de la jurisprudence européenne n'est pas toujours parfaitement claire à ses yeux* »⁶⁶. Un mécanisme de coopération s'avère donc nécessaire. Cependant, si en théorie l'existence d'un dialogue spontané entre le juge de Strasbourg et le juge interne est souhaitable, voire nécessaire, la réalité montre qu'il a ses limites. Ceci est d'autant plus criant que le juge interne, malgré ses efforts pour justifier sa position, ne trouve pas toujours une écoute attentive de la part du juge européen. L'objet du « dialogue des juges » porte enfin sur les techniques de contrôle du respect des dispositions conventionnelles.

2 - Les techniques de contrôle

Les variabilités dans l'intensité de contrôle du respect des dispositions de la Convention européenne sont particulièrement visibles au regard des libertés susceptibles de faire l'objet des limitations. Ces dernières pourront être considérées comme compatibles avec l'instrument conventionnel à condition d'être « *nécessaires dans une société démocratique* ». Ce rapport raisonnable doit s'apprécier en connaissance des données de droit et de fait qui caractérisent une société démocratique dans la mesure où toute ingérence dans les droits garantis, ou toute limitation des droits énumérés par le texte

⁶⁵ R. Abraham, « Le juge administratif français et la Cour de Strasbourg », in P. Tavernier (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme*, Bruylant, 1996, pp. 235-247, spéc. p. 239.

⁶⁶ *Ibid.*

conventionnel, ne s'analysent pas en une violation de ses dispositions. Le « dialogue des juges » se concrétise donc principalement sur la question du contrôle de proportionnalité et de son intensité. En fonction des domaines considérés, le contrôle s'avère être plus ou moins rigoureux, aussi bien de la part du juge national que de la part du juge interne.

La définition de la notion de « dialogue des juges », la délimitation du champ de l'analyse menée en la matière ainsi que la détermination des fondements de ce dialogue ont pu être effectuées à partir de l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de celle des juridictions suprêmes françaises. Cette démarche empirique a débouché sur une définition précise de cette notion. Une telle démarche a constitué une étape préalable permettant ensuite d'analyser la réalité du « dialogue des juges » et de s'interroger sur sa matérialisation et ses enjeux.

Le « dialogue des juges » se matérialise principalement par quatre voies différentes : la contradiction, la neutralisation, la conformité et l'anticipation. Identifier ces quatre manifestations permet par la suite d'analyser la portée de ce dialogue.

CHAPITRE I :
LA MATERIALISATION DU DIALOGUE
DES JUGES

La contradiction

Martine SCOLLO

Doctorante, Chargée de Travaux Dirigés

Université Montpellier I (IDEDH)

Sommaire

I - La contradiction fondée sur la spécificité de la norme nationale

A - Le contenu et l'objet de la norme

B - Le problème de l'application de la loi dans le temps

II - La contradiction fondée sur la méconnaissance de la norme conventionnelle par le juge interne

A - Quant à l'applicabilité et au contenu

B - Quant à l'étendue du contrôle

Les contradictions jurisprudentielles existent dans tous les ordres juridiques. Il n'est donc pas surprenant que la coexistence qui s'établit entre les juridictions nationales et l'organe juridictionnel strasbourgeois, dont le juge national est l'élément clé, ne se déroule pas dans une parfaite harmonie. D'ailleurs, les divergences relatives à l'instrument conventionnel, qu'il s'agisse de l'applicabilité ou du contenu de ses normes ou encore de l'étendue de leur contrôle, se retrouvent au sein même de l'ordre juridique interne. La célérité avec laquelle les juridictions internes intègrent la jurisprudence européenne diffère entre l'ordre constitutionnel, l'ordre judiciaire et l'ordre administratif, et au sein de ces deux derniers ordres, entre les juges du fond et les juges du droit. On notera à cet égard que les juges du fond

prennent souvent l'initiative d'écarter les dispositions internes qui ont été jugées ou qu'ils jugent non conformes aux dispositions conventionnelles¹.

L'étude « comparée » des jurisprudences européenne et interne révèle qu'il est impossible d'identifier précisément, dans chaque espèce, les raisons qui fondent les contradictions entre les deux ordres. Différentes hypothèses peuvent néanmoins être dégagées : imprécision ou ambiguïté de la jurisprudence européenne, méconnaissance ou mauvaise compréhension par les juges internes de cette jurisprudence, « *logique d'attachement à la marge nationale d'appréciation des autorités nationales* »²... En sens inverse, R. De Gouttes note qu'il a notamment été reproché à la Cour européenne « *de ne pas faire la même balance que les juges nationaux entre les intérêts privés et les intérêts publics ; d'accorder trop d'importance aux "apparences" et au subjectivisme* »³.

Quoiqu'il en soit, on ne peut pas nier que les résistances s'amenuisent. Comme l'a expliqué le Président de la Cour européenne J.-P. Costa : « *Quand j'ai quitté le Conseil d'Etat il y a huit ans, la Cour de Strasbourg et sa jurisprudence, c'était le diable, maintenant, on les a*

¹ Les juges du Tribunal de grande instance de Montpellier dans un jugement remarqué (TGI Montpellier, 2 mai 2000, *Mme Thiery ép. Newby, Dr. fam.* 2000, comm. n°99, A. Gouttenoire-Cornut) avaient écarté les dispositions internes contrevenant au principe d'égalité des filiations posé par la Cour européenne.

De même, le Tribunal de grande instance de Brive (TGI Brive, 30 juin 2000, *Dr. Fam.* 2000, comm. n° 107, obs. P. Murat) avait appelé à l'établissement *de facto* de la filiation maternelle par l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant naturel, et, se référant à l'arrêt *Marckx*, avait jugé utile de préciser que « *l'autorité interprétative des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (lorsqu'ils concernent d'autres Etats que la France) est (...) reconnue par la Cour de cassation* ».

² R. De Gouttes, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français », *RIDC* 1999, pp. 7-20, spéc. p. 20.

³ R. De Gouttes, article préc., spéc. pp. 19-20.

intégrées presque complètement »⁴. Pour sa part, le Président de la section du contentieux au Conseil d'Etat, B. Genevois, a récemment indiqué « *qu'il n'est pas dans les intentions du Conseil d'Etat et plus généralement de la juridiction administrative de s'abstraire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme* »⁵, analyse que confirme le Professeur Sudre⁶.

En ce qui concerne la juridiction suprême de l'ordre judiciaire, le premier avocat général à la Cour de cassation, R. De Gouttes, explique que son attitude a évolué positivement « *grâce à une meilleure diffusion et une compréhension accrue de la jurisprudence européenne* »⁷.

Dans certains cas, certes, la résistance du juge interne face aux exigences conventionnelles découlant de la construction de la norme conventionnelle par les organes strasbourgeois semble s'éterniser. Mais rares sont les cas où l'on peut parler de véritables dissensions. On notera qu'il convient probablement de faire preuve d'indulgence à l'égard du juge interne qui est tenu de s'adapter à une jurisprudence fortement dynamique, dont l'autorité reste équivoque et qui induit un grand bouleversement de l'ordre juridique interne.

⁴ J.-P. Costa, « Le Conseil d'Etat a presque complètement intégré la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2007, pp. 60-61, spéc. p. 60.

⁵ B. Genevois, « Quelques remarques sur la manière dont se présente au Conseil d'Etat l'application de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in P. Tavernier (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence en 2005, Actes du colloque du 27 février 2006*, Faculté Jean Monnet, Bruylant, Collection du CREDHO n° 12, 2006, pp. 55-64, spéc. p. 59.

⁶ F. Sudre « Vers la normalisation des relations entre le Conseil d'Etat et la Cour européenne des droits de l'homme. Le décret du 19 décembre 2005 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative », *RFDA* 2006, pp. 286-299, spéc. p. 287.

⁷ R. De Gouttes, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la Cour de cassation », *Gaz. Pal.* 12 juin 2007, n° 163, pp. 19-29, spéc. p. 19.

Si la contradiction entre la jurisprudence interne et la jurisprudence européenne résulte de la méconnaissance de la norme conventionnelle par le juge interne (II), elle trouve parfois initialement sa source dans la spécificité de la norme nationale (I).

I - La contradiction fondée sur la spécificité de la norme nationale

Cette spécificité de la norme nationale pouvant être à l'origine de contradictions entre les juges internes et européens peut avoir trait au contenu ou à l'objet de la norme (A) mais peut également avoir trait à l'application de cette norme dans le temps (B).

A - Le contenu et l'objet de la norme

L'insuffisance du contenu d'une loi au regard des dispositions conventionnelles peut être le point de départ d'un contentieux. Ainsi en a-t-il été des dispositions nationales lacunaires servant de base au juge interne pour justifier la mise en place d'écoutes téléphoniques (1). L'objectif poursuivi par la norme nationale pour justifier l'ingérence dans les droits garantis par la Convention européenne, mais qui a perdu sa légitimité, peut également être à la base d'un contentieux devant la juridiction strasbourgeoise (2).

1 - Le contenu de la loi : l'exemple du contentieux inhérent aux écoutes téléphoniques

Si la condamnation de la France sur la question des écoutes téléphoniques dans les arrêts *Kruslin et Huvig c/ France*⁸ fut le résultat des lacunes de la norme interne, les condamnations ultérieures à l'intervention du législateur par la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991⁹ incombèrent aux juges de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en raison de leur interprétation inadaptée du nouveau dispositif. Mais peut-on véritablement conclure à un désaveu du législateur par le juge ?

Les arrêts *Kruslin et Huvig* concernaient la mise en place d'écoutes téléphoniques par la police judiciaire conformément à une commission rogatoire délivrée par le juge d'instruction sur la base de l'article 81 du Code de procédure pénale. Les requérants avaient saisi les juridictions nationales afin d'obtenir la nullité de ces écoutes, invoquant l'insuffisance de la loi française¹⁰ eu égard aux garanties dégagées par la jurisprudence européenne. Comme dans l'arrêt *Malone c/ Royaume Uni*¹¹, le problème posé dans ces arrêts était celui de savoir si l'ingérence avait été « prévue par la loi ». La Cour a considéré que le « *droit français, écrit et non écrit, n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré* », de sorte

⁸ Cour EDH, 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig c/ France*, A. 176-A et A. 176-B ; *GACEDH* n°5 ; *RUDH* 1990, p. 185, note G. Cohen-Jonathan.

⁹ Loi relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications ; *D.* 1992, p. 49, chron. J. Pradel.

¹⁰ L'article 81, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale sur la base duquel la Cour de cassation autorisait les écoutes téléphoniques ne mentionnait pas lesdites écoutes.

¹¹ Cour EDH, 2 août 1984, *Malone c/ Royaume Uni*, A. 82 ; *GACEDH* n° 39.

que le requérant « *n'a pas joui du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique* » (§ 36)¹². Ces deux arrêts recevront rapidement un écho jurisprudentiel¹³ puis législatif au niveau interne. Le 10 juillet 1991 une loi fut promulguée qui répondit « à la lettre » aux exigences posées par la Cour européenne dans les arrêts *Kruslin et Huvig*. Mais ce nouveau dispositif a « *laissé quelques failles que l'imagination des plaideurs [lesquels n'avaient aucune chance face à la sévérité de la Chambre criminelle de la Cour de cassation] aura tôt fait d'exploiter...* »¹⁴. La France fut condamnée de nouveau dans les arrêts *Lambert*¹⁵ et *Mathéron*¹⁶. Certains auteurs avaient attiré l'attention sur les difficultés pouvant découler de ces failles. Le Professeur Bouloc avait considéré que « *l'interception "incidente" est dépourvue de toute légitimité* »¹⁷. Pourtant, dans l'arrêt *Lambert*, la Cour européenne a donné au dispositif français des écoutes téléphoniques son brevet de conventionnalité (§ 28). Mais dans l'arrêt *Mathéron*, elle prend la peine de relever qu'« *il n'apparaît pas que la situation des personnes écoutées dans le cadre d'une procédure à laquelle elles sont*

¹² En effet, ni la loi, ni la jurisprudence ne contenaient de précisions s'agissant notamment des « *catégories de personnes susceptibles d'être mises sous écoute judiciaire* », s'agissant de « *la nature des infractions pouvant y donner lieu* » ou encore s'agissant des « *circonstances dans lesquelles peut ou doit s'opérer l'effacement ou la destruction desdites bandes* ».

¹³ Cass. crim., 15 mai 1990, *Bacha Baroudé*, *Bull. crim.*, n° 193 ; *JCP G* 1990, II, 21541, Obs. W. Jeandidier.

¹⁴ L. Di Raimondo, « *Droit du justiciable au contrôle efficace de la régularité des écoutes téléphoniques* », *JCP G* 2005, II, 10091, pp. 1295-1299, spéc. p. 1298.

¹⁵ Cour EDH, 24 août 1998, *Lambert c/ France*, *Rec.* 1998-V ; *JCP G* 1999, I, 105, n°45, chron. F. Sudre.

¹⁶ Cour EDH, 29 mars 2005, *Mathéron c/ France*, req. 57752/00 ; *JCP G* 2005, II, 10091, note L. Di Raimondo.

¹⁷ B. Bouloc, « *Réglementation des écoutes téléphoniques* », *Rev. sc. Crim.* 1992, pp. 128-131, spéc. p. 128.

étrangères soit couverte par ces dispositions » (§ 31), bien qu'elle ne jugera pas utile de « *se prononcer sur [le point de savoir si l'ingérence litigieuse était ou non « prévue par la loi » en l'espèce] dès lors que la violation est encourue pour un autre motif* » (§ 32). Selon le Professeur Pradel, « *le législateur de 1991 ne pouvait pas n'admettre d'écoutes téléphoniques que dans le cadre d'un dossier où l'intéressé est partie et donc interdire la jonction à ce dossier de documents provenant d'un autre où l'intéressé n'est pas partie* »¹⁸.

On peut donc probablement se satisfaire de l'accueil explicitement favorable du dispositif par la Cour européenne (arrêt *Lambert*) et déduit (à tort ou à raison ?) du silence de cette dernière (arrêt *Mathéron*), tout en admettant que davantage de précision aurait certainement permis d'éviter le contentieux interne puis européen qui a découlé de la « relative » précision des textes.

2 - Des lois inadaptées aux réalités sociales

« *Protéger la famille* » et « *éviter une pratique anarchique de la chasse et favoriser une gestion rationnelle du patrimoine cynégétique* », tels étaient les objectifs avancés par le gouvernement pour justifier l'ingérence dans les droits des requérants respectivement à l'occasion des affaires *Mazurek*¹⁹ et *Chassagnou*²⁰.

La loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, adoptée dans « un esprit de compromis », avait posé un principe général d'égalité entre

¹⁸ J. Pradel, « Un contrôle très strict des écoutes téléphoniques par la Cour de Strasbourg », *D.* 2005, pp. 1755-1757, spéc. point 5.

¹⁹ Cour EDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek c/ France*, *Rec.* 2000-II ; *GACEDH* n° 52 ; *RTD civ.* 2000, p. 429, obs. J.-P. Marguénaud.

²⁰ Cour EDH, Gr. Ch., 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c/ France*, *Rec.* 1999-III ; *GACEDH* n° 67.

les enfants naturels et les enfants légitimes²¹, mais avait écarté les enfants adultérins de cette égalité en matière de successions et de libéralités car « *ni le législateur, ni l'opinion publique, n'étaient prêts, en 1972, à accepter l'égalité absolue* »²². De son côté, la Cour de cassation avait étendu le champ d'application des dispositions discriminatoires. L'arrêt *Mazurek* donna la dernière impulsion à la réforme qui était en germe depuis un projet de loi datant de 1988, lequel avait été suivi par un projet du 23 décembre 1991²³. Les autorités françaises s'étaient en effet penchées, avant la première condamnation de la France, sur cette inégalité qui se présentait désormais comme une injustice. Pourtant, dans le projet de loi déposé à l'Assemblée nationale le 8 février 1995²⁴, les dispositions discriminatoires avaient été réintroduites. En outre, était éloquente la réponse apportée par le Garde des sceaux à la question posée sur « *la situation de l'enfant adultérin dans le cadre des droits successoraux* » et sur la compatibilité de l'article 760 du Code civil avec les articles 8 et 14 de la Convention européenne : il explique que « *ce régime particulier s'explique par le souci de concilier l'intérêt de l'enfant et le respect des devoirs du mariage ...* », et, après avoir rappelé que le droit au mariage est garanti par l'article 12 de la Convention européenne, renvoie à l'arrêt *Mazurek* de la Cour de cassation²⁵ qui avait exclu la vocation successorale du champ d'application de

²¹ Ancien article 334, alinéa 1 du Code civil.

²² B. Vareille, « Etude critique de l'article 760 du code civil », *RTD civ.* 1991, pp. 475-496, spéc. p. 496.

²³ Projet de loi n° 2530.

²⁴ Projet de loi n° 1941 modifiant le Code civil relatif aux successions.

²⁵ Cass. 1^{re} civ., 25 juin 1996, *Mazurek*, *Bull. civ.* I, n° 268.

l'article 8. Il conclut en excluant toute modification du « *droit en vigueur qui procède d'un équilibre satisfaisant* »²⁶.

La loi n° 64-696 du 10 juillet 1964, dite «Verdeille », avait été adoptée pour remédier à la pratique anarchique de la chasse qui sévissait sur une partie du territoire français en totale méconnaissance du droit de propriété, provoquant la disparition du gibier. Ce dispositif visait ainsi à permettre une démocratisation « saine » de la chasse. Cette loi fut l'objet d'une condamnation de la France par l'arrêt *Chassagnou* dans lequel Monsieur le juge J.-P. Costa émit une opinion dissidente estimant que l'équilibre entre l'intérêt général et les droits fondamentaux n'était ici « *nullement rompu* »²⁷. Mais son argument, d'ailleurs applicable à d'autres contentieux que celui de la présente affaire, suivant lequel « *les lois sont tributaires des mœurs* », et suivant lequel « *les mœurs ont changé... [et] les équilibres sociaux ne sont plus en 1999 ce qu'ils étaient il y a trente-cinq ans* »²⁸ explique parfaitement la nécessité d'une réforme qui interviendra par la loi n° 2000-698 du 26 juillet 2000.

B - Le problème de l'application de la loi dans le temps

« *Le législateur ordinaire n'est pas lié par le principe de non rétroactivité. Il peut soit s'en affranchir, soit l'aménager* »²⁹, respectivement par des lois rétroactives ou des dispositions transitoires. Ainsi en a-t-il été, dans le premier cas, de l'article 87-1

²⁶ JOAN, Question n° 38443, 29 juillet 1996, p. 4178.

²⁷ Arrêt *Chassagnou*, opinion dissidente de M. Le juge J.-P. Costa, pt. n° 9.

²⁸ Pt. n° 20.

²⁹ J. Carbonnier, *Droit civil*, 23^e édition, P.U.F, 1995, pp. 203-204.

issu de la loi n° 96-314 du 12 avril 1996 par lequel le législateur, en tentant de contenir la jurisprudence de la Cour de cassation afin d'éviter une escalade de procès, a généré un contentieux qui était pourtant prévisible (1). Dans le second cas, s'impose l'exemple des dispositions transitoires de la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001³⁰ qui n'aura pu contenir, ni au niveau interne ni au niveau européen, pour un temps du moins, les conséquences de l'arrêt *Mazurek* (2).

1 - Les lois rétroactives

Qu'il s'agisse de lois spécifiquement rétroactives, de lois interprétatives ou encore de lois de validation, ces lois soulèvent d'une part le problème de la sécurité juridique, en remettant en cause des droits acquis, et d'autre part, le problème de la répartition des compétences entre le juge et le législateur dans l'élaboration de la règle de droit, et, plus spécifiquement, le problème de l'ingérence du législateur dans la fonction juridictionnelle dans les cas où ces lois sont applicables aux procédures en cours. Il n'en demeure pas moins que ces lois peuvent sembler nécessaires tout en étant sources d'embarras pour le juge dans la mesure où celui-ci est tenu de composer avec les exigences européennes. Ainsi par exemple de l'article 87-1 issu de la loi du 12 avril 1996 qui a consacré la jurisprudence de la Cour de cassation³¹ qui exigeait, sous peine de déchéance du droit aux intérêts du prêteur, que l'échéancier des amortissements joint à l'offre préalable de prêt spécifie pour chaque

³⁰ Loi relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

³¹ Cass. 1^{re} civ., 16 mars 1994, *Bull. civ. I*, n° 100 ; Cass. 1^{re} civ., 20 juillet 1994, *Defrénois*, 1995, p. 350, obs. D. Mazeaud.

échéance la part respective payée au titre du capital et celle payée au titre des intérêts, obligation déduite, dans le cadre d'une interprétation « *audacieuse* »³², de la disposition³³ alors applicable. Mais afin d'éviter un important contentieux, le législateur avait pris soin de consacrer la régularité des offres émises avant le 31 décembre 1994. Dans un premier temps, la Cour de cassation s'est inclinée³⁴. Mais cela était sans compter la jurisprudence européenne qui aura finalement déçu l'espoir du législateur « *sous la pression du lobby bancaire [d'épargner] aux tribunaux la connaissance d'un abondant contentieux* »³⁵.

2 - Les dispositions transitoires : l'exemple de la loi 3 décembre 2001

L'évolution équivoque de la jurisprudence interne sur la question des discriminations frappant les enfants adultérins dans le domaine patrimonial au regard de la jurisprudence *Marckx c/ Belgique*³⁶ et *Mazurek c/ France*³⁷ est le témoin et le résultat logique de l'embarras du juge interne face à la question de l'application des dispositions transitoires de la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001. Entre les condamnations de la France dans l'arrêt *Mazurek* et l'arrêt *Merger et*

³² J.-P. Marguénaud, « L'outrance d'une juridiction du premier degré écartant l'application de l'article 87-I de la loi du 12 avril 1996 pour contrariété à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (ou comment se servir des sources européennes pour empêcher le législateur d'épiloguer sur "l'affaire du tableau d'amortissement") », *RTD civ.* 1998, pp. 521-523, spéc. p. 521.

³³ Article 5 de la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979.

³⁴ Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2000, *Epoux Lecarpentier*, *Bull. civ.* I, n° 191 ; *D.* 2000, Cahier Droit des Affaires, Jur., p. 699, note M.-L. Niboyet.

³⁵ J.-P. Marguénaud, article préc., spéc. p. 521.

³⁶ Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, A. 30 ; *GACEDH* n° 49.

³⁷ Arrêt préc. note 19.

*Cros*³⁸, la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins fut promulguée qui mit fin à l'ensemble des dispositions de protection de la famille légitime et prévoit l'application rétroactive de l'égalité successorale³⁹. On comprend alors mal pourquoi dans l'arrêt *Rolland c/ Fournier* du 29 janvier 2002⁴⁰, la première Chambre civile de la Cour de cassation, au lieu d'appliquer l'article 1527, alinéa 2 dans sa rédaction issue de la loi du 3 décembre 2001⁴¹, choisit dans un revirement de sa jurisprudence de 1982⁴², de se fonder sur les articles 14 et 1 du Protocole 1 de la CEDH reprenant ainsi à son compte la solution dégagée par la Cour européenne dans l'arrêt *Mazurek* pour décider que l'action en retranchement doit également bénéficier à l'enfant naturel. Le Professeur Hauser explique que « *les dispositions transitoires qui interdisent une application excessivement rétroactive de la loi ne sauraient s'appliquer à la jurisprudence et, si vraiment l'article 1527 (ancien) doit être lu comme le dit maintenant la Cour, cette interprétation devrait remonter à tout le moins jusqu'à la*

³⁸ Cour EDH, 22 décembre 2004, *Merger et Cros c/ France*, req. 68864/01.

³⁹ L'article 25-II-2 de la loi du 3 décembre 2001 prévoit que « *Sous réserve des accords amiables déjà intervenus et des décisions judiciaires irrévocables, seront applicables aux successions ouvertes à la date de publication de la présente loi au Journal officiel de la République française et n'ayant pas donné lieu à partage avant cette date : les dispositions relatives aux nouveaux droits successoraux des enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage ; les dispositions du second alinéa de l'article 1527 du code civil dans sa rédaction issue de l'article 17* ».

⁴⁰ Cass. 1^{re} civ., 29 janvier 2002, *Rolland c/ Fournier*, *Bull. civ. I*, n° 32 ; *RTD civ.* 2002, p. 278, obs. J. Hauser ; *RTD civ.* 2002, chron. p. 865, note J.-P. Marguénaud ; *D.* 2002, p. 1938, note A. Devers.

⁴¹ La succession n'ayant pas donné lieu à partage, cet article avait vocation à s'appliquer en l'espèce.

⁴² Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1982, *Bull. civ. I*, n° 214 ; *D.* 1983, *Jur.*, p. 18, note M. Beaubrun.

ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme (1974 ?) laquelle imposait dès l'origine cette lecture confirmée ultérieurement par le célèbre arrêt *Marckx* (...) On imagine alors le désordre qui risque de s'établir si l'on ajoute d'une part, que la preuve de la filiation naturelle par la possession d'état (ce qui était le cas en l'espèce) permet d'établir très tardivement la filiation et d'autre part, qu'il faudra logiquement en déduire que l'action était également ouverte aux enfants adultérins, ce qui n'arrangera rien. Sur le même chemin on ne voit pas pourquoi, faisant amende honorable (?), la même Cour ne déciderait pas demain que l'article 760, contrairement à ce qu'elle avait décidé en 1995, devait être considéré comme abrogé »⁴³. La réponse a été apportée dans un arrêt du 7 juin 2006⁴⁴ dans lequel la Cour de cassation a refusé d'écarter l'article 760 (ancien) du Code civil, au motif que la succession concernée avait donné lieu à partage par acte authentique du 13 mars 1996⁴⁵.

La solution de l'arrêt *Rolland c/ Fourtier* ne faisait pas de doute, que ce soit sur les fondements de la loi nouvelle ou sur la base de la jurisprudence européenne. Mais alors la résistance et, *a fortiori*, le revirement de la Cour de cassation ressortent d'autant plus clairement dans l'arrêt du 7 juin 2006 au regard de cette décision du 29 janvier 2002. Mais le choix auquel les juges de la Cour de cassation pourront être de nouveau confrontés dans des espèces similaires où la succession a été liquidée est cornélien : est-il préférable d'appliquer la jurisprudence *Mazurek*, et par là risquer une avalanche de requêtes

⁴³ J. Hauser, « L'enfant naturel rétroactif (suite) : relire Roubier, Nerson et Rubellin-Devichi avant de légiférer! », *RTD civ.* 2002, pp. 278-280, spéc. p. 279.

⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2006, *Bull. civ.* I, n° 297.

⁴⁵ Dans cet arrêt, la Cour de cassation ne fait aucun cas du moyen soulevé contre l'arrêt de la CA de Toulouse (29 janvier 2004), relevant l'incompatibilité de l'article 760 du Code civil avec les articles 8 et 14 de la CEDH.

d'enfants adultérins (ou naturels pour l'article 1527 alinéa 2⁴⁶) « lésés » dans leurs droits à succession et cherchant à récolter les fruits de la jurisprudence strasbourgeoise, ou appliquer les dispositions discriminatoires alors applicables et risquer ainsi d'attirer de nouveau les foudres de la Cour européenne ? Autrement dit, est-il préférable de laisser la ou les autres parties à la succession régler la « facture jurisprudentielle » de la législation de 1972 ou risquer d'en faire supporter la charge au contribuable français comme avec l'affaire *Merger et Cros* qui lui aura coûté près d'un million d'euros ?

II - La contradiction fondée sur la méconnaissance de la norme conventionnelle par le juge interne

Cette contradiction du juge interne concerne essentiellement l'étendue du contrôle de la norme conventionnelle (B), mais peut également avoir trait à son applicabilité et à son contenu (A).

A - Quant à l'applicabilité et au contenu

La contradiction du juge interne relative à l'applicabilité de la norme conventionnelle s'observe tantôt dans des cas de résistance caractérisée, tantôt dans des cas qui illustrent davantage les hésitations du juge interne face à l'imprécision de la jurisprudence strasbourgeoise (1). Celle qui concerne le contenu de la norme conventionnelle est plus exceptionnelle et s'explique peut-être plus probablement par l'imprécision de cette norme, du moins, dans l'exemple étudié (2).

⁴⁶ Comme les y invite l'arrêt *Rolland c/ Fourtier*.

1 - L'applicabilité

Le contentieux inhérent à l'égalité des droits des enfants constitue un exemple manifeste de contradiction frontale du juge interne avec la jurisprudence européenne. Dans l'arrêt *Marckx c/ Belgique*⁴⁷, la Cour européenne avait non seulement inclus « *Le domaine des successions - et des libéralités - entre proches parents* » dans le champ d'application de l'article 8 (§ 52), mais également consacré le principe de l'égalité des filiations lequel trouve application dans l'établissement de la filiation et dans le domaine des droits patrimoniaux, applications que les juges internes tarderont implicitement ou explicitement à intégrer. Ainsi, dans un arrêt du 14 juin 2005⁴⁸, la Cour de cassation avait approuvé la décision de la Cour d'appel de Paris (4 avril 2003) qui avait rejeté l'action déclaratoire de nationalité française pouvant être établie sur la base de la nationalité de la mère du requérant, au motif que l'acte de naissance ne comportait que l'indication du nom de la mère, sans mention d'une reconnaissance et, qu'en l'absence de possession d'état invoquée « *la filiation maternelle n'était pas légalement établie au regard des articles 334-8 et 335 du Code civil* ». Le juge interne, refusant de se prononcer sur le moyen tiré de la violation des articles 8 et 14 de la CEDH, s'opposa ainsi frontalement à la solution dégagée par la Cour européenne dans l'arrêt *Marckx* qui avait consacré le principe *mater semper certa est* selon lequel l'établissement de la filiation maternelle doit résulter de la seule déclaration de naissance⁴⁹. La Cour de

⁴⁷ Arrêt préc. note 36.

⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 2005, *Bull. civ. I*, n° 256.

⁴⁹ Dans cet arrêt la Cour européenne avait conclu à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la CEDH, considérant que l'obligation faite à la mère de l'enfant

cassation, moins d'un an plus tard, opèrera un revirement de cette jurisprudence⁵⁰ dans une application anticipée de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme du droit de la filiation.

De même, dans un arrêt du 25 juin 1996⁵¹, la première Chambre civile de la Cour de cassation a adopté une conception restrictive de la notion de vie privée en affirmant que « *la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale dont le droit est reconnu par l'article 8 de la Convention européenne* » et appliqué la disposition interne⁵² contrevenant au principe de l'égalité des filiations. Cette décision entraînera la condamnation de la France par le désormais célèbre arrêt *Mazurek* du 1^{er} février 2000⁵³ quoique, comme l'ont regretté les juges Loucaides et Tulkens dans leur opinion dissidente, la Cour n'a pas jugé nécessaire « *d'examiner le grief tiré des articles 8 et 14 combinés de la Convention* », et s'est fondée sur l'article 1 du Protocole 1 combiné avec l'article 14 pour constater la violation.

Les réticences de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat à l'égard de la notion d'« espérance légitime » qui avait émergé dans l'arrêt *Pine Valley et autres c/ Irlande*⁵⁴ méritent également d'être relevées. L'assimilation d'une créance virtuelle à un « bien » au sens de l'article

naturel de procéder à un acte de reconnaissance alors que la mère de l'enfant légitime en est dispensée ne se justifiait pas de manière « *objective et raisonnable* » (§ 43).

⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ., 14 février 2006, pourvoi n° 05-13.006 ; *D.* 2006, p. 1029, note G. Kessler.

⁵¹ Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 1996, *Mazurek*, *Bull. civ.* I, n° 268 ; *RTD civ.* 1996, p. 873, chron. J. Hauser.

⁵² L'ancien article 760 prévoyait la restriction des droits successoraux des enfants adultérins. Les discriminations posées notamment par cette disposition ont été supprimées par la loi du 3 décembre 2001.

⁵³ Arrêt préc. note 19.

⁵⁴ Cour EDH, 29 novembre 1991, *Pine Valley et autres c/ Irlande*, A. 222, § 51.

1 du Protocole 1 peut résulter de l'« espérance légitime » de voir celle-ci se concrétiser sur le fondement d'un régime jurisprudentiel⁵⁵. Or, dans l'affaire « du tableau d'amortissement » qui concernait une créance réclamée par des emprunteurs, résultant de la déchéance du droit aux intérêts du prêteur, remise en cause par l'application rétroactive, en cours de procédure, de l'article 87-1 de la loi n° 96-314 du 12 avril 1996⁵⁶, la Cour de cassation a considéré que « *l'emprunteur qui sollicite la déchéance du droit aux intérêts ne fait valoir qu'une prétention à l'issue incertaine qui n'est, dès lors, pas constitutive d'un droit* »⁵⁷. Au contraire, dans la même affaire, la Cour européenne a considéré « *que les requérants bénéficiaient d'un intérêt patrimonial en l'espèce qui constituait, sinon une créance à l'égard de leur adversaire, du moins une " espérance légitime ", de pouvoir obtenir le remboursement de la somme litigieuse, qui avait le caractère d'un " bien " au sens de la première phrase de l'article 1^{er} du Protocole n° 1* »⁵⁸. De son côté, le Conseil d'Etat dans un avis du 6 décembre 2002⁵⁹ avait refusé d'assimiler à un « bien » une créance en réparation susceptible de résulter d'une jurisprudence établie. La jurisprudence européenne manquait certes de précision quant aux critères permettant d'apprécier cette notion d'espérance légitime. Mais il n'avait pas échappé au commissaire du gouvernement, T. Olson, qu'il était possible, au visa de l'arrêt *Pressos Compania Naviera SA et*

⁵⁵ Cour EDH, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera SA et al. c/ Belgique*, A. 332, § 31.

⁵⁶ V. sur cette question les développements supra partie I, B, 1°).

⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., *Epoux Lecarpentier*, 20 juin 2000, *Bull. civ. I*, n° 191 ; *D.* 2000, Cahier Droit des Affaires, Jur., p. 699, note M.-L. Niboyet.

⁵⁸ Cour EDH, 14 février 2006, *Lecarpentier et autres c/ France*, 14 février 2006, req. 67847/01, § 38.

⁵⁹ CE, Ass., avis, 6 décembre 2002, *Draon, Leb.* p. 423 ; *AJDA* 2003, p. 283, chron. F. Donnat et D. Casas.

*al. c/ Belgique*⁶⁰, de reconnaître aux créances réclamées, remises en cause par l'article 1^{er} de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 dite « anti-Perruche » qui s'appliquait aux contentieux en cours, la qualité de bien sur la base d'une « espérance légitime » déduite des jurisprudences administrative et judiciaire.

Les Hautes juridictions des deux ordres ont ainsi choisi la voie de l'ignorance des arrêts de la Cour européenne condamnant d'autres Etats, mais ont fini par se résigner après la condamnation de la France dans les arrêts *Maurice*⁶¹ et *Draon*⁶² dont elles ont su sans attendre tirer les conséquences⁶³.

2 - Le contenu de la norme conventionnelle : la nécessaire clarification du juge européen ?

Le contentieux afférant à la loi n° 64-696 dite « Verdeille » du 10 juillet 1964⁶⁴ amène à s'interroger sur la pertinence du choix du Conseil d'Etat quant à la norme à appliquer parmi les trois normes du droit de propriété (privation de propriété, réglementation de l'usage des biens et respect de la substance du droit de propriété) dégagées par

⁶⁰ Arrêt préc. note 55.

⁶¹ Cour EDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005, *Maurice c/ France*, Rec. 2005-IX.

⁶² Cour EDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, req. 1513/03.

⁶³ Pour le judiciaire : Cass. 1^{re} civ., 24 janvier 2006, *Franck X et a. c/ Pol Z et a.*, pourvoi n° 02-13.775 ; Cass. 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, *CPAM de Loir et Cher c/ Sté Le Sou médical et a.*, pourvoi n° 02-12.260 ; Cass. 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, *Fondation Bagatelle et a. c/ SHAM et a.*, pourvoi n° 01-16.684. Pour les juridictions administratives : CE, 24 février 2006, *Epoux Levenez*, req. 250704.

⁶⁴ Loi portant création des associations communales de chasse agréées qui imposait aux propriétaires de terrains d'une superficie inférieure à 20 hectares d'un seul tenant dans les communes dont le département duquel elles relevaient, avait accueilli le système, d'adhérer à une ACCA. L'adhésion à une ACCA emportait obligation de lui concéder un droit de chasse sur leur propriété (ainsi, les membres de l'ACCA, sans autre formalité que leur adhésion, se voyaient autorisés à chasser sur ces propriétés).

la Cour européenne de l'article 1 du Protocole 1 dans l'arrêt *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*⁶⁵. Dans l'arrêt *Chassagnou*⁶⁶, après avoir admis que la disposition contestée poursuivait un but d'intérêt général⁶⁷, la Cour européenne conclut à la violation de cette disposition qualifiant de « *charge démesurée qui ne se justifie pas sous l'angle du second alinéa de l'article 1 du Protocole n°1* » l'obligation faite aux petits propriétaires de « *faire apport de leur droit de chasse sur leurs terrains pour que des tiers en fassent un usage totalement contraire à leurs convictions* » (§ 85). Dans une décision du 27 octobre 2000⁶⁸, le Conseil d'Etat se conformera à la jurisprudence *Chassagnou*, à la nuance près que c'est sur l'atteinte au droit au respect des biens qu'il constatera la violation de l'article 1 du Protocole 1 par la loi Verdeille, alors que la Cour européenne s'était positionnée sur la réglementation de l'usage des biens. Pourtant, dans ses décisions antérieures⁶⁹, le Conseil d'Etat procédait au contrôle de proportionnalité sur la base de la réglementation de l'usage des biens, et, ce faisant, adoptait une interprétation du second alinéa de l'article 1 du Protocole 1 finalement conforme à celle qui allait être celle de la Cour de Strasbourg (sauf à constater l'absence de constat de violation), ou, peut-être plus justement, utilisait la norme qui lui permettait de ne pas constater de violation. En effet, comme l'explique le Professeur Marguénaud au sujet de la jurisprudence européenne antérieure à l'arrêt *Chassagnou*,

⁶⁵ Cour EDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, A. 52, *GACEDH* n° 65, § 61.

⁶⁶ Arrêt préc. note 20.

⁶⁷ « *éviter une pratique anarchique de la chasse et (...) favoriser une gestion rationnelle du patrimoine cynégétique* » (§ 79).

⁶⁸ CE, 27 octobre 2000, *Mme Vignon*, req. 172639 ; *RFDA* 2000, p. 1374.

⁶⁹ CE, 3 février 1995, *Mme Godard*, req. 120407 ; voir dans le même sens CE, 10 mai 1995, *M. Montion et a.*, req. 112580 ; CE, 30 décembre 1998, *Ministre de l'Environnement c/ Association de chasse de Haute-Jarrie*, req. 160676.

« le contrôle de proportionnalité est longtemps resté formel et les constats de violation du deuxième alinéa étaient rares et timides »⁷⁰. Cet arrêt représente « une étape majeure dans l'histoire (...) de l'article 1^{er} du Protocole n°1 » en soumettant « résolument une réglementation de l'usage des biens au jeu normal de la proportionnalité pour aboutir à un constat de violation »⁷¹.

On ne peut toutefois pas reprocher aux seuls juges internes ce manque de rigueur. Comme l'explique le Professeur Sudre, « la frontière entre les trois normes utilisées par le juge européen reste (...) incertaine », référence faite notamment à l'affaire *Vasilescu c/ Roumanie*⁷² jugée sur la substance du droit de propriété alors que « la qualification de privation de propriété aurait pu être retenue »⁷³.

B - Quant à l'étendue du contrôle

L'« assimilation » de la jurisprudence européenne par le juge interne quant à l'étendue du contrôle de la norme conventionnelle dans les exemples étudiés s'est déroulée selon deux tendances. La première, qui a abouti à un alignement rapide, concerne le cas où les juges ont raisonné en l'absence de condamnation de la France (1). La seconde concerne les cas où l'alignement a été soit laborieux, soit inachevé, parfois les deux (2).

⁷⁰ J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 2005, Dalloz, 3^{ème} édition, p. 121.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Cour EDH, 22 mai 1998, *Vasilescu c/ Roumanie*, Rec. 1998-III.

⁷³ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 8^e édition, p. 541.

1 - La contradiction mesurée

Sur la question du recours à la force publique meurtrière, les juridictions internes, sans attendre une condamnation de la France, procéderont à un alignement de leur jurisprudence sur les standards européens. Dans deux arrêts⁷⁴, la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait laissé entendre que la légitime défense ne constituait pas une condition systématique à l'invocation du fait justificatif de l'article 174 du décret de 1903⁷⁵. Confirmation de cette solution fut donnée dans un arrêt du 5 janvier 2000⁷⁶ dans lequel les juges considérèrent que « *la cause d'irresponsabilité pénale prévue par les textes susvisés [article 174 du décret du 20 mai 1903 combiné avec l'article 122-4 du Code pénal] s'étend aux fautes involontaires commises au cours de l'exécution de l'acte prescrit ou autorisé par la loi ou le règlement* », faisant une application littérale du texte, sans aucune considération de la jurisprudence européenne. En effet, dans l'arrêt *McCann et autres c/ Royaume Uni*⁷⁷, la Cour européenne avait strictement encadré le recours à la force publique meurtrière, considérant que « *l'emploi des termes "absolument nécessaire" [de l'article 2, § 2] indique qu'il faut appliquer un critère de nécessité plus*

⁷⁴ Cass. crim., 16 janvier 1996, *Bull. crim.*, n° 22 ; *Rev. sc. crim.* 1996, p. 369, obs. Y. Mayaud ; *JCP G* 1996, II, 22737, note F. Fourment. V. également Cass. crim., 30 avril 1996, *Bull. crim.*, n° 178 ; *Rev. sc. crim.* 1996, p. 860, obs. Y. Mayaud.

⁷⁵ L'article 174 du décret du 20 mai 1903, modifié par le décret du 22 juillet 1943, prévoit que les officiers, gradés et gendarmes peuvent déployer la force armée notamment dans le cas où ils « *ne peuvent immobiliser autrement les véhicules, embarcations ou autres moyens de transport dont les conducteurs n'obtempèrent pas à l'ordre d'arrêt* ».

⁷⁶ Cass. crim., 5 janvier 2000, *Bull. crim.*, n° 3 ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 606, obs. Y. Mayaud ; *D.* 2000, p. 780, note B. De Lamy.

⁷⁷ Cour EDH, Gr. Ch., 27 septembre 1995, *McCann et autres c/ Royaume Uni*, A. 324, § 149 ; *GACEDH* n° 10.

strict et impérieux que celui normalement employé pour déterminer si l'intervention de l'Etat est "nécessaire dans une société démocratique" au titre du paragraphe 2 des articles 8 à 11 ». Or, dans les arrêts cités, le juge interne avait fait fi du contrôle de proportionnalité. Mais le quasi-blanc-seing ainsi octroyé par les juges du droit aux gendarmes sera ensuite remis en cause par un arrêt du 18 février 2003⁷⁸.

2 - La contradiction persistante

La position de la Cour de cassation sur la question de la preuve de la diffamation constitue un exemple patent de contradiction frontale du juge interne avec la jurisprudence européenne, laquelle a très tôt renforcé la protection du journaliste⁷⁹, qui, comme l'observe L. François, « bénéficie d'une certaine "immunité" en matière de preuve de l'*exceptio veritatis* »⁸⁰. Les juges de la Chambre criminelle qui refusaient d'admettre comme preuve de la vérité des faits diffamatoires des éléments d'une procédure pénale en cours, au motif qu'ils « n'avaient pu parvenir [au journaliste] que par un cheminement

⁷⁸ Cass. crim., 18 février 2003, *Bull. crim.*, n° 41. Dans cet arrêt, le juge cassera l'arrêt de la cour d'appel de Caen (19 octobre 2001) pour n'avoir pas recherché si l'usage de l'arme de service par le gendarme était « absolument nécessaire ».

⁷⁹ Dans l'arrêt *Goodwin* (Cour EDH, Gr. Ch., 27 mars 1996, *Goodwin c/ Royaume Uni*, Rec.1996-II), la Cour européenne avait affirmé que « La protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse » et que « l'absence d'une telle protection pourrait dissuader les sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général. En conséquence, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de "chien de garde" » (§ 39).

⁸⁰ L. François, « Le droit de la presse et la diffamation devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP* 2005, p. 693-706, spéc. p. 695.

inconnu du Code de procédure pénale »⁸¹, ont ensuite renforcé leur position dans un arrêt consacrant le délit de « *recel de documents provenant d'une violation du secret professionnel* »⁸², lequel fit l'objet d'une condamnation dans l'arrêt *Fressoz et Roire* du 21 janvier 1999⁸³ par la Cour européenne. Or, dans l'affaire dite « des écoutes de l'Elysée » la Chambre criminelle répondant aux griefs tirés de la violation de l'article 10 de la CEDH considéra que la condamnation des journalistes pour « *recel de violation du secret de l'instruction* » était justifiée⁸⁴, solution que le Professeur Beignier et B. De Lamy, soulignant la différence entre cette décision et l'arrêt *Fressoz et Roire* du 3 avril 1995, avaient approuvée⁸⁵.

La doctrine avait attiré l'attention sur le dilemme que cette

⁸¹ Cass. crim., 6 juin 1990, *Marchiani c/ Canard enchaîné*, *Bull. crim.*, n° 320 ; voir dans le même sens : Cass. crim., 10 décembre 1985, *Bull. crim.*, n° 397.

⁸² Cass. crim., *Fressoz et Roire*, 3 avril 1995, *Bull. crim.*, n° 142 ; *D.* 1995, somm. p. 320, obs. J. Pradel.

⁸³ Cour EDH, Gr. Ch., 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c/ France*, *Rec.* 1999-I ; *D.* 1999, somm. p. 272, obs. N. Fricero. La Cour, après avoir relevé que « *ni la matérialité des faits relatés ni la bonne foi de MM. Fressoz et Roire n'ont été mises en cause* » (§ 55), a considéré, au regard de l'article 10 de la CEDH, que la condamnation des journalistes du chef de délit de recel « *ne représentait pas un moyen raisonnablement proportionné à la poursuite des buts légitimes visés compte tenu de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse* » (§ 56).

⁸⁴ Cass. crim., 19 juin 2001, *Dupuis, Pontaut et Sté Arthème Fayard*, *Bull. crim.*, n° 149 ; *D.* 2001, Jur. p. 2538, note B. Beignier et B. De Lamy ; *D.* 2002, somm. p. 1463, obs. J. Pradel ; voir également : Cass. crim., 13 novembre 2001, *Légipresse* n° 188, janv.-févr. 2002, III.3, note B. Ader : la Cour considéra que « *les juges [du fond] ont recherché, comme ils le devaient, si la poursuite [des journalistes du chef de « recel de violation du secret »] constituait une mesure proportionnée à l'un ou à plusieurs des buts définis à l'article 10.2 de la convention [européenne]* ».

⁸⁵ B. Beignier et B. De Lamy, « *Recel de violation de secret de l'instruction et liberté d'expression* », *D.* 2001, pp. 2538-2541, spéc. p. 2540 : les deux auteurs relèvent que « *le secret de l'instruction est tout de même plus important que le secret fiscal [et que] la Cour européenne devrait être convaincue que la sanction prononcée est ici " légale et légitime mais surtout (...) nécessaire" ».*

jurisprudence imposait aux journalistes, à savoir choisir entre une condamnation pour recel de violation de secret professionnel ou d'instruction ou une condamnation pour diffamation. Ce dilemme prendra fin par un arrêt du 11 juin 2002, dans lequel la Cour de cassation a finalement admis la production de pièces provenant d'une procédure en cours afin d'établir la preuve de la vérité des faits diffamatoires, reprochant à la CA de n'avoir pas recherché « *si, en l'espèce, la production en justice des pièces litigieuses (...) n'avait pas été rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense* »⁸⁶. On ne peut que se satisfaire de cet alignement à la lumière d'un récent arrêt⁸⁷ dans lequel la Cour européenne sanctionne la décision de la Cour de cassation du 19 juin 2001⁸⁸.

Sur la question de l'intensité du contrôle de proportionnalité des lois de validation à opérer sous l'angle du droit au respect des biens et du droit à un procès équitable, le Conseil d'Etat ne semble pas, pour l'heure, enclin à se conformer aux exigences européennes. Dans la décision *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c/ France*⁸⁹, la Cour

⁸⁶ Cass. crim., 11 juin 2002, *Bull. crim.*, n° 132 ; *Rev. sc. crim.* 2002, p. 619, obs. J. Francillon.

⁸⁷ Cour EDH, 7 juin 200, *Dupuis et autres c/ France*, req. 1914/02. Dans cet arrêt, la Cour européenne a considéré que « *la condamnation des requérants [du chef de recel de violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel] s'analyse en une ingérence disproportionnée dans le droit à la liberté d'expression des intéressés et qu'elle n'était donc pas nécessaire dans une société démocratique* » (§ 49).

⁸⁸ Arrêt préc. note 84.

⁸⁹ Cour EDH, Gr. Ch., 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c/ France*, *GACEDH* n° 28, *Rec.* 1999-VII ; dans cette décision, la Cour européenne avait affirmé que « *si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs*

européenne avait soumis les restrictions à l'article 6 à « *un impérieux motif d'intérêt général* », et précisé, dans l'arrêt *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c/ Belgique*⁹⁰ que « *les griefs [tirés de la violation de l'article 6, § 1] se confondent avec ceux [soulevés] sous l'angle de l'article 1 du Protocole n° 1* » (§ 46).

Dans son avis *Provin*⁹¹ le Conseil d'Etat optera pour un contrôle de moindre intensité pour l'article 1 du Protocole 1⁹² par rapport à celui de l'article 6, § 1⁹³, raisonnant suivant les conclusions du commissaire du gouvernement C. Devys, qui, reprenant l'hypothèse émise par C. Bergeal dans l'affaire *Préaud*⁹⁴, estime qu'« *à la différence des*

d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige » (§ 57).

⁹⁰ Arrêt préc. note 55.

⁹¹ CE, Ass., avis, 27 mai 2005, *Provin, Leb.* p. 212 ; *AJDA* 2005, 1455, chron. C. Landais et F. Lenica.

⁹² « *Si les stipulations [de l'article 1 du Protocole 1] ne font en principe pas obstacle à ce que le législateur adopte de nouvelles dispositions remettant en cause, fût-ce de manière rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, c'est à la condition de ménager un juste équilibre entre l'atteinte portée à ces droits et les motifs d'intérêt général susceptibles de la justifier* ».

⁹³ « *Pour être compatible avec ces stipulations, l'intervention rétroactive du législateur en vue de modifier au profit de l'Etat les règles applicables à des procès en cours doit reposer sur d'impérieux motifs d'intérêt général* ».

⁹⁴ CE, Ass., 11 juillet 2001, *Ministre de la Défense c/ Préaud, Leb.* p. 345 ; conclusions C. Bergeal, *RFDA* 2001, p. 1047-1055. Cet avis fut l'occasion pour C. Bergeal de s'interroger sur l'intensité du contrôle de l'atteinte au droit de propriété par rapport à celui du droit à un procès équitable ; elle avait émis l'hypothèse selon laquelle on pouvait penser « *a priori* » que l'intensité du contrôle à exercer sur la conformité d'une loi de validation à ces deux dispositions conventionnelles n'est pas de même intensité « *lorsqu'il porte sur le critère de l'intérêt général, commun aux deux dispositions (...), le droit au respect des biens [n'étant] pas considéré comme ayant la même valeur que le droit à un procès équitable* », mais conclut en invitant le Conseil d'Etat à adopter l'interprétation suivant laquelle « *l'intérêt général [à] exiger d'une loi de validation pour être conforme à l'article 1er du premier protocole, lorsqu'elle porte atteinte au droit de propriété rétroactivement et sans indemnisation, doit être de même intensité que l'intérêt général [à exiger...] du droit à un procès équitable* ». Aucune réponse ne fut apportée par le Conseil d'Etat, qui, prononçant l'inapplicabilité de l'article 6, § 1, s'est satisfait de la notion de « motifs d'intérêt

articles qui, comme l'article 1er du premier Protocole additionnel, consacrent des droits dits substantiels et prévoient immédiatement les conditions dans lesquelles il peut y être porté atteinte, l'article 6, § 1 (...) est conçu comme absolu ».

Or, dans les arrêts *Maurice* et *Draon*⁹⁵, en s'abstenant de toute référence au caractère impérieux des « motifs d'intérêt général » pour prononcer la violation de l'article 1 du Protocole 1, et en estimant qu'il n'était « pas nécessaire d'examiner séparément le grief des requérants sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention » (§ 95 arrêt *Draon*), la Cour européenne a pu laisser penser qu'elle accueillait favorablement la distinction opérée par le Conseil d'Etat dans son avis *Provin*. Pourtant, dans sa décision *Lecarpentier*⁹⁶ condamnant la France, la Cour mettra fin à toute ambiguïté, réaffirmant, dans l'examen de la violation de l'article 1 du Protocole 1 sur la justification de l'ingérence, la nécessité du caractère impérieux des « motifs d'intérêt général »⁹⁷, solution qu'elle confirmera dans l'arrêt *Cabourdin*⁹⁸. Bien que la jurisprudence européenne paraisse aujourd'hui clairement établie, dans l'arrêt du 6 décembre 2006⁹⁹ le Conseil d'Etat, malgré le risque d'une nouvelle condamnation, nie aux

général » pour l'article 1 du Protocole 1 comme il l'avait fait jusqu'alors s'agissant de l'article 6, § 1 (Voir CE, avis, 5 décembre 1997, *Ministre de l'éducation c/ organisme de gestion des écoles catholiques de Saint-Sauveur-le-Vicomte*, req. 188530).

⁹⁵ Arrêts préc., note 61 et 62 : condamnation de la France pour violation de l'article 1 du Protocole 1 s'agissant de la loi du 4 mars 2002 dite « anti perruche ».

⁹⁶ Cour EDH, 14 février 2006, *Lecarpentier et autres c/ France*, req. 67847/01.

⁹⁷ La Cour précise que « l'intervention législative litigieuse, qui réglait définitivement, de manière rétroactive, le fond du litige opposant des particuliers devant les juridictions internes, n'était pas justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général, ainsi que l'exige, notamment, le principe de la prééminence du droit » (§48).

⁹⁸ Cour EDH, 11 avril 2006, *Cabourdin c/ France*, req. 60796/00.

⁹⁹ CE, 6 décembre 2006, req. 280681 ; se prononçant sur la non violation de l'article 1 du Protocole 1, le Conseil d'Etat constate « qu'il existe un intérêt général suffisant » à l'application des nouvelles dispositions contestées.

« motifs d'intérêt général » la nécessité du caractère impérieux, peut-être dans une volonté d'adopter l'approche qui lui permette d'arriver à la solution souhaitée en l'espèce.

Sur la question des écoutes téléphoniques, la Cour de cassation semble répondre graduellement aux exigences strasbourgeoises, au gré des condamnations de la Cour européenne, donnant l'impression d'attendre les instructions du juge européen. Si la Chambre criminelle tira immédiatement les conséquences des arrêts *Kruslin et Huvig c/ France*¹⁰⁰ dans un arrêt du 15 mai 1990¹⁰¹, l'interprétation qu'elle donnera au nouveau dispositif légal¹⁰² la confinera dans la voie de la contradiction. Ainsi, la Chambre criminelle qui avait refusé au requérant le droit de contester la régularité d'écoutes téléphoniques au motif qu'il n'était pas titulaire de la ligne téléphonique¹⁰³ sera sanctionnée par l'arrêt *Lambert c/ France*¹⁰⁴. Dans le même sens, les juges refusaient aux requérants le droit de contester la régularité des écoutes téléphoniques dans une procédure à laquelle ils étaient

¹⁰⁰ Arrêts préc., note 8. La Cour européenne avait jugé que « *les écoutes et autres formes d'interception des entretiens téléphoniques représentent une atteinte grave au respect de la vie privée et de la correspondance. Partant, elles doivent se fonder sur une "loi" d'une précision particulière* » (arrêt *Kruslin*, § 33).

¹⁰¹ Arrêt préc. note 13. Dans cet arrêt, la Cour de cassation s'emploie à compléter le droit interne jugé lacunaire par la Cour européenne en se rapprochant des standards européens en ce qui concerne le champ d'application d'une telle ingérence (« *établir la preuve d'un crime, ou de toute autre infraction portant gravement atteinte à l'ordre public, et d'en identifier les auteurs* »), et l'exigence d'un débat contradictoire entre les parties concernées par la transcription des écoutes.

¹⁰² V. note 9.

¹⁰³ Cass. crim., 27 septembre 1993, *Lambert*, pourvoi n° 93-83.141.

¹⁰⁴ Arrêt préc. note 15.

étrangers¹⁰⁵. On peut ici se demander pourquoi, alors qu'il n'y avait qu'un pas entre les deux espèces, les juges internes ne se sont pas laissés inspirer par l'arrêt *Lambert* de la Cour européenne. S'agissait-il d'attendre l'opinion de la juridiction strasbourgeoise ou de s'obstiner dans la sévérité ? Quoiqu'il en fut, cette jurisprudence donna lieu à une sanction dans l'arrêt *Mathéron* du 29 mars 2005¹⁰⁶. La Cour européenne sanctionnera le raisonnement de la Cour de cassation au motif qu'il « *pourrait conduire à des décisions privant de la protection de la loi un nombre très important de personnes* » ce qui reviendrait à « *vider le mécanisme protecteur d'une large partie de sa substance* » (§ 41) et au motif que les juges internes ont privé les intéressés du « *"contrôle efficace" tel que voulu par la prééminence du droit et apte à limiter à ce qui était "nécessaire dans une société démocratique" l'ingérence litigieuse* » (§ 43). Le revirement de la jurisprudence ici condamnée se profilera par un arrêt du 7 décembre 2005¹⁰⁷, rendu au visa de l'article 8 de la CEDH, dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité en bonne et due forme¹⁰⁸.

Si la coopération entre le juge interne et le juge strasbourgeois ne se déroule pas toujours dans une dialectique sans faille, le constat général

¹⁰⁵ Cass. crim., 6 octobre 1999, *Bull. crim.*, n° 210 ; voir dans le même sens : Cass. crim., 16 mai 2000, *Bull. crim.*, n° 190 et Cass. crim., 15 janvier 2003, *Bull. crim.*, n° 10.

¹⁰⁶ Arrêt préc. note 16.

¹⁰⁷ Cass. crim., 7 décembre 2005, 05-85876, *Rev. sc. crim.* 2006, p. 343, note D. N. Commaret.

¹⁰⁸ La Cour approuve la chambre de l'instruction considérant que « *l'ingérence (...) dans la vie privée [des requérants] a (...) été prévue par la loi, (...) qu'elle a été placée sous l'autorité et le contrôle d'un juge, qu'elle a répondu à une finalité légitime, qu'elle a été proportionnée à la gravité des infractions commises et en cours de commission au regard de l'ordre public (...) et qu'elle a été strictement limitée aux nécessités de la manifestation de la vérité* ».

d'une confrontation fructueuse des jurisprudences et celui de la bonne volonté du juge interne paraissent devoir s'imposer. L'étude des jurisprudences interne et européenne montre, d'une part, que rares sont les cas où la contradiction frontale subsiste, et, d'autre part, que certaines divergences, parfois persistantes, n'empêchent pas le juge interne de prononcer des constats de violation des dispositions conventionnelles. Par ailleurs, si le juge interne joue un rôle de premier plan dans l'adaptation du système national aux standards européens, son intervention connaît des limites et doit être relayée par celle du législateur.

La neutralisation

Dialogue des juges et interprétation neutralisante

Julien DUBOIS

Doctorant, Chargé des travaux dirigés

Universités d'Avignon et des Pays de Vaucluse et de Montpellier
(IDEDH)

Sommaire

I - L'interprétation neutralisante et la limitation directe des obligations conventionnelles

A - La neutralisation de notions découlant du droit conventionnel

B - La neutralisation du contrôle de proportionnalité

II - L'interprétation neutralisante et la redéfinition de l'étendue du contrôle du juge européen

A - Un exemple de redéfinition refusée

B - Un exemple de redéfinition acceptée ?

S'il est possible de définir le dialogue comme « *le procédé par lequel le juge national discute le sens d'une disposition conventionnelle* », il est des cas où la sincérité (ou la réalité) du dialogue peut être sujette à caution. Entre approbation ou rejet de la solution européenne, une interprétation des dispositions conventionnelles peut être qualifiée de neutralisante dès lors que le juge national, sous couvert de souscrire à la jurisprudence du juge de Strasbourg, en modifie le contenu pour conclure à la conformité du droit national avec la Convention. La différence entre la solution retenue par le juge national, un constat

apparent de conformité du droit national, et la méthode « inconventionnelle » utilisée pour parvenir à cette solution démontrera alors le dévoiement du dialogue. A la différence d'une opposition ouverte avec le juge européen, source de conflit mais créatrice de dialogue, l'interprétation neutralisante joue sur une apparente soumission du juge national aux fins de préserver le droit national contraire au droit européen. A la différence d'une interprétation purement conforme, l'interprétation neutralisante ne permet pas une application systématiquement pleine et entière de la Convention et ne garantit pas le respect effectif de ses dispositions. Dans tous les cas, l'interprétation neutralisante permet au juge national, à défaut de souscrire réellement à la solution européenne, d'acquiescer par une application simplement formelle une certaine autonomie dans l'application de la Convention.

Cette forme de dialogue se caractérise par l'absence de sincérité d'une des parties au dialogue, cette dernière pouvant être accusée d'opérer de manière calculée, pour ne pas dire sournoise, une interprétation partielle aux fins de satisfaire ses intérêts propres. C'est ce qui autorise le professeur F. Sudre à définir cette interprétation comme une « *stratégie de contournement ou d'évitement, visant à "neutraliser" l'interprétation européenne en créant, par une interprétation un peu "forcée" du droit national, voire par une réécriture de la loi, un rapport d'adéquation entre le droit interne et la norme européenne* »¹. Pour souscrire pleinement à cette définition, encore faut-il souligner la difficulté qu'il y a à vouloir qualifier l'attitude des juridictions internes. Il n'est sans doute pas possible de

¹ F. Sudre, « À propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionalité », in *Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Ed. A. Pedone, Paris, 2004, p. 210.

prétendre opérer une distinction entre une mauvaise application « de bonne foi » du droit européen par le juge national et une mauvaise application consciente.

Il convient en effet de prendre en compte une double difficulté. La première tient au fait que l'office du juge national en tant que juge de droit commun du droit européen consiste en grande partie en un travail d'interprétation des arrêts de la Cour. Malgré un intérêt et une connaissance croissants du droit européen de la part des magistrats nationaux, ce travail d'interprétation n'est pas chose aisée, tandis qu'il incombe dans le même temps à ces derniers de faire application du droit interne. De plus, la Cour européenne des droits de l'homme elle-même, par le jeu d'une marge d'appréciation fluctuante laissée aux autorités nationale², ménage aux Etats une relative liberté dans l'application des solutions dégagées par le juge de Strasbourg. Ainsi, on ne peut conclure que toute mauvaise application du droit européen soit une forme d'opposition, de contradiction au juge européen. La différence théorique entre une interprétation simplement erronée et une interprétation « malveillante » relève pour beaucoup de la combinaison entre la clairvoyance du juge national et la clarté et la

² C. Picheral et A.-D. Olinga, « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RTDH* n° 24, 1995, pp. 567-604 ; P. Wachsmann, « Une certaine marge d'appréciation. Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression », in *Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 1017-1042 ; J. Callewart, « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », in *Protection des droits de l'Homme - La perspective européenne*, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Carl Heymanns, 2000, pp. 147-166.

fermeté des décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme dans un domaine donné³.

Le deuxième obstacle, d'ordre méthodologique, tient à la définition du champ de la présente contribution. L'étude de l'interprétation neutralisante nous place dans les cas où la solution dégagée par le juge national, sans être mise en cause directement ou par le biais d'une affaire suffisamment similaire⁴, ne semble pas conforme à la jurisprudence du juge européen. Dans cette perspective, le commentateur devra substituer à l'interprétation effectuée par le juge national la sienne propre afin de comparer aux regards des attentes du droit européen l'application qui est faite au niveau étatique des droits garantis par la Convention. Ainsi la démarche, relative par essence, visant à reconnaître ou à dénier la sincérité du dialogue du côté du juge interne ne peut elle se résumer qu'à identifier des erreurs non manifestes du juge national dans l'interprétation et l'application du droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

Une autre distinction peut cependant être faite, en fonction de l'objet du « dialogue », c'est à dire du résultat que permet d'atteindre une interprétation faussée. Partant du présupposé selon lequel l'interprétation neutralisante a pour effet de masquer la revendication d'une marge de manœuvre permettant au juge national de s'affranchir de la jurisprudence européenne, il est possible d'identifier deux fonctions distinctes de l'interprétation neutralisante. La première d'entre elles est immédiate, et consiste à valider la législation nationale au regard d'un droit garanti par la Convention européenne

³ Sur la question de la détermination de l'autorité de la chose interprétée, cf. J. Velu et Egec, *Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant 1990, pp. 1072 à 1086.

⁴ Ce qui nous placerait dans le cas d'une interprétation contradictoire.

des droits de l'homme telle qu'interprétée par le juge national. C'est donc le contenu du droit qui est neutralisé, ses particularités gommées pour permettre de préserver artificiellement le droit national.

La deuxième fonction de l'interprétation neutralisante est, dans certains cas, de prétendre, pour le juge national, au bénéfice de la marge d'appréciation que la Cour laisse dans certains domaines aux Etats. En effet, le jeu de la marge d'appréciation, dont le caractère fluctuant est affirmé par la Cour elle-même, permet aux autorités nationales de prétendre à une relative émancipation quand à l'interprétation européenne. Cette marge d'appréciation étant conditionnée par le respect de certaines exigences fondamentales, il est aisé de constater qu'une interprétation neutralisante, une interprétation qui dévie de la jurisprudence européenne tout en en affichant formellement le respect, sera un outil privilégié aux mains de l'Etat pour demander l'application de cette marge d'appréciation⁵. Un silence prolongé de la Cour sur une telle interprétation pourrait d'ailleurs être considéré comme une forme de réponse. Le dialogue rompu, parce que vicié, par le premier effet de l'interprétation neutralisante, peut reprendre vie par le jeu du second effet.

Ces deux fonctions, l'une permettant au juge national de s'affranchir des obligations contenues dans les droits énoncés par la Convention (I), l'autre lui permettant de réclamer à son profit une plus grande marge d'appréciation (II), seront étudiées successivement.

⁵ Paradoxalement, l'interprétation neutralisante permet ici de réclamer la « neutralité » de la Cour.

I - L'interprétation neutralisante et la limitation directe des obligations conventionnelles

Le premier effet d'une interprétation neutralisante est de faire une application du droit qui ne sera pas conforme avec la jurisprudence européenne et au niveau de protection que celle-ci garantit. Par un emploi ou une compréhension inappropriés des instruments découverts par la Cour à l'occasion de son contrôle, le juge fondera un raisonnement erroné au regard des critères européens. Si, dans le meilleur des cas, les divergences dans le raisonnement peuvent s'accompagner d'une convergence des solutions⁶, l'interprétation neutralisante aboutit parfois à un examen incomplet, cause de contrariété à la Convention. Cette déficience de l'examen peut porter tant sur la qualification juridique des notions conventionnelles (A) que sur la technique, largement promue par le juge européen, du contrôle de proportionnalité (B).

A - La neutralisation de notions découlant du droit conventionnel

L'interprétation de la jurisprudence européenne peut être qualifiée de neutralisante dès lors que la qualification de certaines notions varie entre le juge national et le juge européen. La notion de prosélytisme, dans le cas particulier du droit au respect de ses convictions religieuses et de la manifestation de celles-ci par le port de signes ostensibles, nous en offre un exemple.

Le droit à manifester ses croyances religieuses par le port de certains attributs est dûment reconnu et protégé comme tel par le système de la

⁶ Voir *infra*, nos développements sur l'application de l'article 9 Convention EDH.

Convention. C'est ainsi qu'en 1978, avec l'affaire *X c. Royaume-Uni*, la Commission reconnaît implicitement pour la première fois la nature religieuse du port de certains signes distinctifs⁷. Le 3 mai 1993, cette même Commission en fait de même avec le voile islamique dans l'affaire *Karaduman*⁸.

En 1989, le Conseil d'Etat rend un avis de principe sur la question particulière du voile à l'école⁹. Dans cet avis, le voile, comme tout signe d'appartenance religieuse, se voit autorisé comme manifestation de la liberté religieuse de l'élève. Le port d'insignes religieux n'est pas en lui-même contraire aux exigences de l'école laïque, parce que l'école laïque doit avoir pour mission d'inculquer aux élèves le respect de l'individu, de ses origines, et de ses différences. Manifester son appartenance religieuse n'est pas incompatible avec le principe de laïcité. La seule exception se trouve dans de possibles troubles causés à l'ordre public, notamment lorsque le signe religieux, légitimement « ostensible » acquiert un caractère ostentatoire, ayant un effet prosélyte, de propagande, de provocation, de pression... Ceci suppose *a contrario* que le voile n'est pas en soi un élément de prosélytisme¹⁰. Le faible nombre d'arrêts rendus en la matière à Strasbourg, ainsi que la formulation de l'avis du Conseil d'Etat, qui sont aisément comparables aux principes appliqués par le juge européen, permette de

⁷ Comm., 12 juillet 1978, *X. c. Royaume-Uni*, DR 14, s'agissant du port du turban sikh par un motocycliste. La requête a été rejetée car l'interdiction en cause était manifestement proportionnée.

⁸ Comm., 3 mai 1993, *Karaduman c. Turquie*, req. n°16278/90, rejet de la requête d'une étudiante qui se voit refuser la délivrance de son diplôme tant qu'elle n'aura pas fourni une photo sans foulard.

⁹ CE, Ass., 27 novembre 1989, avis n°364895 « sur la question de savoir si le port de signes d'appartenance à une communauté religieuse est ou non compatible avec le principe de laïcité ».

¹⁰ Dans le même sens, CE, 2 novembre 1992, *Kherouaa et a., Leb.* p.389.

conclure *a priori* à une conformité de cet avis avec la jurisprudence de la Cour.

Cependant, l'arrêt *Kokkinakis* en date du 25 mai 1993¹¹ va considérer le prosélytisme comme un élément à part entière de la liberté de manifester sa religion en introduisant une distinction entre « prosélytisme de bon aloi » et « prosélytisme abusif »¹². Une contradiction, qui se transforma en véritable résistance¹³, apparût ainsi dans les motifs respectifs utilisés par les deux juridictions, quand bien même il y a convergence de solutions¹⁴. En effet, il ne fait pas de doute que le seuil à partir duquel le port d'un signe d'appartenance religieuse devient abusif ou illégitime soit sensiblement le même dans la solution dégagé en 1989 par le Conseil d'Etat et dans la jurisprudence de la Cour européenne. Le problème réside dans la qualification des pratiques. Un comportement jugé prosélyte sera pour cette raison considéré comme justifiant une mesure réglementaire par le juge administratif, alors que la qualification d'élément de

¹¹ Cour EDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c. Grèce* ; A. n°260-A, *RUDH* 1993, p.223, chron. M. Levinet ; *AJDA* 1994, p.31, chron. J-F. Flauss, *RTDH* 1994, p. 137, obs. F. Rigaux ; *JCP* 1994, I, 3742, n° 32, obs. F. Sudre ; *RFDA*, 1995, p. 573, note H. Surrel ; *GACEDH*, n° 54, comm. M. Levinet.

¹² Distinction controversée, à n'en croire que les opinions dissidentes qui accompagnent cet arrêt. Egalement, F. Rigaux, « l'incrimination du prosélytisme face à la liberté d'expression, observations sous CEDH *Kokkinakis* » *RTDH* 1994, p. 137 ; A. Garray, « Liberté religieuse et prosélytisme : L'expérience européenne », *RTDH* 1994, p.7.

¹³ CE, 14 mars 1994, *Delles Ylmaz, Leb.* p. 129 ; CE, 20 mai 1996, *Ali, Leb.* p. 189 ; à la même date, CE *Houta*, CE *Mabchour*, CE *Outamghart* ; CE 27 novembre 1996, *Delle Khalid* ; CE 27 novembre 1996, *Ligue Islamique du Nord*, qui considère que « le foulard (...) ne saurait être regardé comme un signe présentant par sa nature un caractère ostentatoire ou revendicatif, et dont le port constituerait dans tous les cas un acte de pression ou de prosélytisme ».

¹⁴ La solution retenue par le Conseil d'Etat oblige en effet à une prise en compte des circonstances entourant le port de signes religieux, ce qui introduit une forme de contrôle de proportionnalité conforme de prime abord avec la jurisprudence de Strasbourg.

prosélytisme ne préjuge en rien, dans le système européen, de l'existence d'un abus dans l'exercice du droit à la liberté de religion. Si ces différences d'interprétation, qui n'ont d'ailleurs donné lieu à aucune saisine de la Cour, n'ont pas empêché, sous l'empire de la jurisprudence de 1989, une protection similaire de la liberté de manifester sa religion, elles nous permettent de douter que le régime de la loi du 15 mars 2004¹⁵ sur la laïcité satisfasse aussi facilement aux exigences européennes. Cette loi permet de conclure à la pérennité de l'interprétation donnée par les juridictions nationales. Elle dispose en effet en son article premier que « *dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit* ». Les Cours administratives d'appel¹⁶ saisies de l'application de cette loi en ont tiré la conclusion logique de retenir la légalité de mesures de renvoi d'établissements scolaires en l'absence d'acte de prosélytisme des requérants. On peut ici considérer que la qualification de prosélytisme aurait *a fortiori* justifié les décisions querellées¹⁷.

¹⁵ Loi encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, du 15 mars 2004.

¹⁶ Citons CAA Paris du 19 juillet 2005 (2 espèces) ; CAA Nancy du 24 avril 2006 (3 espèces) ; CAA Strasbourg du 24 mai 2006 (9 espèces). Sur cette jurisprudence récente, B. Toulemonde, « Le port de signes religieux à l'école : La fin de l'interrogation ? », *AJDA* 2005, p.2044.

¹⁷ CAA Nancy du 24 mai 2006 : « *que la circonstance, en l'admettant même établie, que le port de la coiffe litigieuse ne s'est accompagnée d'aucun acte revendicatif ou de prosélytisme et n'aurait pas entraîné de troubles à l'ordre public est sans influence sur la légalité de la sanction* » (nous soulignons).

Les affaires *Dahlab*¹⁸ et *Leyla Sahin*¹⁹ ont pourtant permis à la Cour de rappeler sa position sur l'appréciation à porter sur le caractère prosélyte des signes religieux. Celui-ci est clairement affirmé dans la première de cette affaire, à l'occasion de laquelle la Cour affirme qu'on ne peut « *dénier de prime abord tout effet prosélytique que peut avoir le port du foulard* »²⁰. Le fait que soit intervenu, entre l'adoption de la loi et les premiers arrêts relatifs à son application, l'arrêt de Grande Chambre *Sahin*²¹ ou les décisions *Kose*²² et *Kurtulmus*²³ qui rappelle le caractère prosélyte du voile islamique sans retenir de ce chef la régularité des mesures d'interdiction des autorités ne semblent pas avoir joué sur l'appréciation portée par les juridictions administratives françaises.

¹⁸ Cour EDH, déc., 15 février 2001, *Dahlab c. Suisse*, Rec. 2001-V, *AJDA* 2001, p. 482, obs. J-F. Flauss.

¹⁹ Cour EDH, 29 juin 2004, *Leyla Sahin c. Turquie*, n°44774/98, *D.* 2005, p.204, note G. Yildirim ; J-P. Camby, « Le principe de laïcité l'apaisement par le droit ? », *RDP* n° 1/2005, pp. 3 à 17 ; B. Bonnet, « Compatibilité de la circulaire du recteur interdisant aux étudiantes de porter le foulard islamique à l'université d'Istanbul », *JCP G*, n° 5 (2 février 2005), pp. 223 à 226.

²⁰ Cour EDH, déc., *Dahlab* préc.

²¹ Cour EDH, Gr. Ch., 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, n°44774/98, *JCP*, 2006, I, 109, n° 17, obs. F. Sudre.

²² Cour EDH, déc., 24 janvier 2006, *Kose et 93 autres c. Turquie*, n°26625/02, avec cet énoncé édifiant au titre de l'article 1 du protocole 2 : « *Un Etat ayant créé de tels établissements publics ne saurait être dispensé de son rôle d'arbitre neutre, garant du pluralisme confessionnel. Il incombe à cet égard aux autorités compétentes – dans le cadre de la marge d'appréciation dont elles jouissent - de veiller avec une grande vigilance à ce que, dans le respect du pluralisme et la liberté d'autrui, la manifestation par les élèves de leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires ne se transforme pas en un acte ostentatoire, qui constituerait une source de pression et d'exclusion* ».

²³ Cour EDH, déc., 24 janvier 2006, *Kurtulmus c. Turquie*, n°65500/01, s'agissant de sanctions prises à l'égard d'une enseignante voilée dans le cadre de ses enseignements universitaires.

Un second moyen de neutraliser les obligations découlant d'un droit protégé par la Convention repose sur le contrôle de proportionnalité auquel le juge national est invité par la Cour.

B - La neutralisation du contrôle de proportionnalité

Sans vouloir retracer la saga jurisprudentielle du droit au respect de la vie familiale des étrangers en matière de reconduite à la frontière, nous citerons l'arrêt *Préfet du Rhône c. Ben Zid*²⁴ de 2001. Le Conseil d'Etat y applique l'article 8 de la CEDH dans son volet concernant le droit au respect de la vie familiale dans le cadre d'un contentieux relatif à la reconduite à la frontière d'un étranger non marié et père d'un enfant à naître.

Malgré un élargissement notable du domaine de la vie familiale dans le cas d'un enfant à naître, le Conseil d'Etat conclura à la légalité de la reconduite à la frontière : d'une part, la reconduite à la frontière n'est pas considérée comme une atteinte disproportionnée au respect de la vie familiale ; d'autre part, le requérant ne peut se prévaloir de l'art. 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945²⁵ car elle ne concerne que les parents des enfants déjà nés. Selon M. Golestanian, « *cet arrêt démontre (...) que le Conseil d'Etat n'applique pas réellement l'article 8 de la CEDH dans tous les cas* »²⁶ ; il s'agit selon cet auteur

²⁴ CE, 14 mars 2001, *Préfet du Rhône c/ Ben Zid*, req. n°215393. *AJDA*, janvier 2002, note M. Golestanian, p. 50.

²⁵ Ord. n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France : « *Ne [peut] faire l'objet d'un arrêté d'expulsion, en application de l'article 23 [...] L'étranger qui est père ou mère d'un enfant français résidant en France, à la condition qu'il exerce, même partiellement, l'autorité parentale à l'égard de cet enfant ou qu'il subviennne effectivement à ses besoins* ».

²⁶ Note M. Golestanian préc. p. 51.

d'une « *application superficielle de l'article 8 de la Convention* »²⁷. En effet, le Conseil d'Etat ne réalise pas un contrôle de proportionnalité d'une rigueur identique à celui du juge européen : Bien que M. Ben Zid ait formé des projets de mariage avec une ressortissante française dont il a reconnu par avance l'enfant à naître, compte tenu « *de l'absence de vie commune, de la durée réduite et des conditions de séjour de M. Ben Zid en France, et eu égard aux effets d'une mesure de reconduite à la frontière* », l'arrêté du préfet n'a pas porté une atteinte disproportionnée à la vie familiale du requérant. Or, comme le souligne M. Golestanian²⁸, le Conseil d'Etat aurait dû prendre en compte le fait que M. Ben Zid n'a pas d'autres liens familiaux à l'étranger, qu'il n'avait pas commis d'infraction pénale, et qu'il n'était ni un délinquant ni un trafiquant de drogue menaçant la sécurité publique. Il s'agit par conséquent d'un manque de rigueur manifeste dans l'exercice du contrôle de proportionnalité conduisant à enlever toute efficacité à l'applicabilité de l'article 8 de la Convention à ce contentieux.

Un dernier exemple peut être trouvé dans la question de l'adéquation du droit de l'urbanisme français, et particulièrement du régime d'indemnisation des servitudes avec les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'article L-660-5 du code de l'urbanisme fonde un principe de non indemnisation en matière de servitude d'urbanisme. Deux exceptions sont cependant prévues selon qu'il résulte de ces servitudes une atteinte à des droits acquis, ou une modification à l'état antérieur des

²⁷ *Ibid.*, pp. 51 et 52.

²⁸ *Ibid.* p. 52.

lieux déterminant un dommage direct, matériel et certain. Ces règles se confrontent avec l'article 1 du premier protocole à la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le droit au respect des biens. Au vu du standard de protection découlant du texte européen, grand était le risque de voir ces deux restrictions, interprétées restrictivement par les juridictions administratives, être considérées comme trop étroites au regard des droits issus de l'article 1 du premier protocole. Tel était en tout cas le raisonnement suivi par le commissaire du gouvernement R. Abraham dans ses conclusions rendues dans l'affaire *Bitouzet* du 3 juillet 1998²⁹. Aux dérogations prévues par le texte, le Conseil d'Etat ajoutera « *le cas exceptionnel où il résulte de l'ensemble des conditions et circonstances dans lesquelles la servitude a été instituée et mise en œuvre, ainsi que son contenu, que ce propriétaire supporte une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi* ». Il est facile de voir dans cette formulation une réponse concrète de la part du Conseil d'Etat aux inquiétudes formulées par son Commissaire de gouvernement. L'exception jurisprudentielle ainsi créée est énoncée d'une manière assez proche du contrôle de proportionnalité européen en matière de droit au respect de la propriété³⁰, ce qui permet au Conseil d'Etat d'affirmer la conformité de son interprétation à la Convention. Nombre de commentateurs ont

²⁹ CE, 3 juillet 1998, *Bitouzet*, req. n°257804, *RFDA* 1998, p. 1243, concl. R. Abraham. Le Conseil d'Etat y énonce « *que, [...] l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme [...] ne fait pas obstacle à ce que le propriétaire dont le bien est frappé d'une servitude prétende à une indemnisation que, dans ces conditions, le requérant n'est pas fondé à soutenir que l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme serait incompatible* » avec l'article 1 du premier protocole.

³⁰ Not. Cour EDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, A n°52, *GACEDH*, n° 65, comm. J.-P. Marguénaud.

cependant pu douter de la volonté d'ouverture à l'indemnisation de la part de la haute juridiction administrative. Ceux-ci n'ont pas manqué de relever les contradictions entre la formulation du juge administratif et la doctrine de juge de Strasbourg. F. Bouyssou³¹ souligne ainsi la rigueur de la nouvelle exception, comme en témoignent les termes « *ne fait pas obstacle* », « *cas exceptionnel* », « *charges spéciale et exorbitante* » « *hors de proportion* », autant d'exigences cumulatives du contenu de la servitude d'une part, et de conditions d'institution et de mise en œuvre de la servitude d'autre part. Claire Landais et Frédéric Lenica³² relevant quand à eux qu' « *il est déjà rare qu'en matière d'urbanisme, les exigences de spécialité et de gravité du préjudice soient remplies* », se demande s'il était « *nécessaire [...] de retenir des exigences plus restrictives encore, dont aucun commentateur ne se hasarde à donner un exemple des cas où elle pourrait s'appliquer* »³³.

Ces critiques n'ont pas empêché l'extension de cette jurisprudence à d'autres formes de servitude, contribuant à généraliser ce qui passe pour beaucoup pour une contrariété au droit de la Convention. Un arrêt *Société Le Nid*³⁴ étend ainsi l'exception consacrée dans l'arrêt *Bitouzet* aux servitudes environnementales. L'arrêt *M. et Mme Ehry*³⁵ applique ce principe aux servitudes en matière de défense nationale.

³¹ F. Bouyssou, « Respect du droit de propriété et droit de l'urbanisme », *AJDA* 2003, p. 2135.

³² Chronique *AJDA* 2005, p. 423.

³³ Op. Cit. p. 426.

³⁴ CAA Nancy, 10 avril 2003, *Sté Le Nid*, req. n°97NC02711, *AJDA* 2003, p. 1619, note F. Cassin.

³⁵ CE, 28 mai 2003, *M. et Mme Ehry*, relatif à la question de la compatibilité de la loi du 8 août 1929 qui soumet à autorisation du ministre de la Défense les constructions nouvelles à l'intérieur des polygones d'isolement avec la Convention.

La décision *Société d'aménagement des Coteaux Saint-Blaine*³⁶ fait de même avec les servitudes imposées par un plan de prévention des risques naturels prévisibles. Une nouvelle extension est opérée avec l'arrêt *Schiocchet*³⁷ qui fait application de cette exception au mécanisme des articles L. 332-6 et L. 332-6-1 du Code de l'urbanisme, qui prévoient la subordination de la délivrance d'un permis de construire à la cession gratuite de 10% au plus de la superficie du terrain au titre de la contribution du bénéficiaire aux dépenses d'équipements publics, de réglementation du droit de construire. Outre le fait que le Conseil d'Etat effectue, au regard de l'article 1 du premier protocole, un contrôle de proportionnalité portant sur la nécessité de cette session, une indemnisation peut être accordée s'il s'avère que l'analyse de l'ensemble des conditions et circonstances montre que « *ce propriétaire supporte, nonobstant l'avantage tiré du permis de construire qui lui a été accordé, une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi* ».

La jurisprudence *Bitouzet*, de par sa généralisation, doit être considérée comme une soumission formelle à la jurisprudence de la Cour. Cependant, le fait qu'aucune de ces applications n'ait accordé l'indemnisation pourrait permettre de douter de la sincérité de cette réponse, malgré la reprise des termes exacts de la Cour. Malgré l'absence de positionnement de la part du Juge de Strasbourg sur cette question³⁸, la conventionalité de cette jurisprudence qui n'a accordé

³⁶ CE, 29 décembre 2004, *Société d'aménagement des coteaux de Saint-Blaine*, req. n°257804, *AJDA* 2005, p. 423, chron. C. Landais et F. Lenica.

³⁷ CE, 11 février 2004, *M. Schiocchet*, req. n°211510, *Dr. Adm.* 2004, Comm. 70, R. Noguellou.

³⁸ Exception faite cependant de l'arrêt Cour EDH, 16 septembre 1996, *Matos e Silva c/ Portugal*, Rec. 1996-IV : cet arrêt concernait une servitude environnementale. Il a

aucune indemnisation a pu être critiquée³⁹. Elle ne peut cependant pas être rejetée avec certitude en l'état. De plus, dans ce cas précis, une éventuelle remise en cause de cette jurisprudence ne saurait, à notre avis, permettre de caractériser une « malveillance » de la part du juge national. Au contraire, la solution retenue se distingue par une construction juridique peut être inutilement « riche »⁴⁰ mais incontestablement inspirée par la jurisprudence relative à l'article 1 du premier protocole. Le Commissaire du Gouvernement Abraham affirmait ainsi que « *dès lors qu'il s'agit de définir le sens et la portée d'une disposition de la Convention [...], le juge national [...] doit accorder la plus grande importance à la manière dont ladite disposition est interprétée par la Cour de Strasbourg* »⁴¹.

Cette interprétation présumée neutralisante illustre dans ce dernier cas le paradoxe auquel est confronté le juge national. Interprète de la loi, il est également le juge de première instance de la Convention, et doit ainsi concilier ces deux sources normatives dans le cadre d'une marge d'appréciation dont l'étendue est définie par la Cour européenne des droits de l'homme. L'interprétation neutralisante peut servir, dans ce contexte, à élargir artificiellement cette marge d'appréciation.

été considéré que constituait une charge exorbitante l'utilisation combinée de déclarations d'utilité publique (procédure d'expropriation) et de la création d'une réserve naturelle (servitude) pendant une durée de 13 ans, en ce qu'elle limitait le droit des requérants d'user de leur bien.

³⁹ CE, 2 juillet 1999, *Mme Valentin*, req. n°178013, *D.* 2000, somm. p. 257, obs. P. Bon et D. De Béchillon ; CE, 7 janvier 2000, *Sté Lady Jane*, req. n°187042, *D.*, 2000, jur., p. 301, obs. H. Charles.

⁴⁰ C. Landais et F. Lenica, préc. p. 426.

⁴¹ Conclusions R. Abraham sous CE 3 juillet. 1998, *Bitouzet* préc., p. 1246. Le Commissaire du gouvernement ajoute qu'il « *n'est certes pas interdit d'opposer une critique argumentée* » à des interprétations « *discutables* » de la Cour.

II - L'interprétation neutralisante et la redéfinition de l'étendue du contrôle du juge européen

A l'inverse des cas que nous venons d'aborder, l'interprétation neutralisera le contrôle portant sur le contenu des droits découlant de la Convention lorsque le constat de conventionalité épargnera au juge national de modifier son appréciation de la disposition nationale en cause par la revendication d'une marge d'appréciation particulièrement large. Par cette interprétation, le juge national cherchera alors à s'affranchir de la tutelle de la Cour pour appliquer le droit national présumé non conforme. Deux exemples peuvent être évoqués pour illustrer cette fonction. Le premier, relatif à l'article 10, a débouché sur un refus de la part de la Cour (A). Le second, en relation avec l'article 9 de la Convention, n'a pas encore été sanctionné par la Cour (B).

A - Un exemple de redéfinition refusée

Sur le terrain de l'article 10, l'exemple le plus convaincant se trouve dans la jurisprudence concernant le régime spécifique des publications de provenance étrangère, régi par l'ancien article 14 de la loi du 29 juillet 1881, telle que modifiée par le décret-loi du 6 mai 1939. Cet article, qui donnait au ministre de l'Intérieur le pouvoir quasi-discrétionnaire d'interdire la circulation, la distribution et la vente en France des publications de provenance étrangère, a fini par être déclaré incompatible avec l'article 10 de la CEDH par le Conseil d'Etat, malgré les tentatives de la plus haute juridiction administrative de lui accorder un brevet de conventionalité. L'inventaire des étapes

ayant mené à cette solution permet d'illustrer les prétentions du juge national au travers de l'interprétation neutralisante.

En matière de contrôle des publications étrangères, le Conseil d'Etat n'exerçait longtemps qu'un contrôle minimum de légalité, portant sur le bien fondé de la qualification de la publication d' « étrangères », avant d'introduire un contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation⁴².

Le 30 janvier 1980, le Conseil d'Etat⁴³ refusa, à l'opposé des conclusions du Commissaire de Gouvernement Bruno Genevois, de s'inspirer⁴⁴ des dispositions de la Convention européenne pour opérer le contrôle de la décision du Ministre. Ce refus se confirma par un arrêt *Société « Edition des Archers »* de 1985⁴⁵. L'opposition à la jurisprudence européenne était, à ce moment, ouverte et consciente⁴⁶.

Face à la contrariété évidente de cet article avec l'article 10 de la CEDH, le Conseil d'Etat, qui, à l'instar de la Cour de Cassation, a longtemps refusé de reconnaître l'incompatibilité d'une disposition nationale avec la Convention, a préféré « contourne[r] l'obstacle en

⁴² CE Ass., 2 novembre 1973, *SA Librairie François Maspero*, *Leb.* p. 611 ; *JCP* 1974, II, 17642, concl. G. Braibant ; *AJDA* 1973, p. 577, chron. M. Franc et M. Boyon ; *GAJA*, Dalloz, 13^e éd. 2001, n° 93.

⁴³ CE Ass., 30 janvier 1980, *Ministre de l'Intérieur c/ SA Librairie François Maspero*, *Leb.* p. 53 ; *AJDA* 1980, p. 242, concl. B. Genevois et note C. Jordan ; *Gaz. Pal.* 1980, n° 2, p. 586, note F. Julien-Lafférière.

⁴⁴ La décision attaquée étant antérieure de peu à la publication au JO de la ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme, cette dernière n'était pas directement invocable.

⁴⁵ CE, 17 avril 1985, *Min. de l'Intérieur c. Scté « Edition des Archers »*, *Leb.* p. 100 ; *RDP* 1985, p. 1362, Concl. Bernard Stirn ; *AJDA* 1985, p. 508, obs. Laurent Richer.

⁴⁶ Comme le montraient les conclusions du Commissaire de Gouvernement Stirn, selon lequel « il [était] de toute façon certain que la Convention, pas plus qu'aucun texte d'ailleurs, ne saurait déterminer le degré de contrôle auquel doit se fixer le juge de l'excès de pouvoir ». *RDP* 1985 préc., p. 1362.

modifiant sa jurisprudence antérieure»⁴⁷, plus précisément la nature de son contrôle.

Ce n'est qu'en 1997 que, sous l'influence de la jurisprudence européenne⁴⁸ – cependant partiellement prise en compte - son arrêt *Association Ekin*⁴⁹ marque un revirement. Le contrôle restreint y fait place à un contrôle entier, correspondant au contrôle de proportionnalité exigé par la jurisprudence européenne. Tout en visant expressément les articles 10 et 14 de la Convention, l'arrêt affirme désormais « *qu'il appartient au juge administratif, saisi d'un recours contre une [...] mesure d'interdiction, de rechercher si la publication interdite est de nature à causer [aux] intérêts [dont le ministre de l'Intérieur a la charge] un dommage justifiant l'atteinte portée aux libertés publiques* ».

Néanmoins, le juge administratif se démarquera de son commissaire du gouvernement en refusant de déclarer contraire *per se* l'article 14 de la loi de 1881 avec les dispositions de l'article 10 de la Convention. Tandis que celle-ci concluait au caractère discriminatoire et disproportionnée « *dans son essence* » du régime du contrôle administratif des publications étrangères, le Conseil d'Etat se contente d'étendre son contrôle sur la décision attaquée, et affirme ainsi que « *le pouvoir ainsi exercé, sous le contrôle du juge, par le ministre de l'intérieur n'est pas, contrairement à ce que soutient l'association*

⁴⁷ D. de Bellescize, « La France et l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (L'emprise de la Convention européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence et la législation française) », *RTDH* 2005, p. 245.

⁴⁸ Visible notamment dans les conclusions du commissaire du gouvernement Denis-Linton, qui adopte la même grille de lecture que le juge européen, en examinant l'existence d'une ingérence, sa base légale, la justification par un but légitime et enfin sa proportionnalité.

⁴⁹ CE, 9 juillet 1997, *Association Ekin*, concl. M. Denis-Linton, *RFDA* 1997, p. 1284, note B. Pacteau ; *RDP* 1998, p. 539, obs. P. Wachsmann, p.553, obs. S. Rabiller.

requérante, incompatible avec les stipulations combinées des articles 10 et 14 »⁵⁰. C'est donc par le seul encadrement des pouvoirs de police du Ministre que le Conseil d'Etat tente de « *sauver* »⁵¹ la norme interne. Cet effort de « *mise en adéquation* »⁵² du niveau du contrôle pratiqué par le juge administratif s'est cependant avéré insuffisant, puisque le juge strasbourgeois a sanctionné cette interprétation du juge national dans son arrêt *Association Ekin c/ France*⁵³.

Malgré le fait que cette évolution de l'intensité du contrôle du juge administratif n'a pas échappé au juge européen⁵⁴, ce dernier, tout en semblant vouloir faire « *œuvre pédagogique* »⁵⁵ en montrant, d'une manière exhaustive, que la disposition nationale litigieuse représentait une restriction discriminatoire et non nécessaire de la liberté d'expression, a déclaré son incompatibilité avec l'article 10 de la Convention. Le raisonnement du juge de Strasbourg est à cet égard exemplaire. Estimant, « *à l'instar du Conseil d'Etat* », « *que le contenu de la publication ne présentait pas un caractère de nature à justifier la gravité de l'atteinte à la liberté d'expression de la requérante* »⁵⁶, le juge, s'appuyant sur le caractère « *périssable* »⁵⁷ de l'information, va s'attacher par-dessus tout à sanctionner la longueur

⁵⁰ Nous soulignons.

⁵¹ S. Rabiller, préc., p. 571.

⁵² Conformément à l'expression du professeur F. Sudre, « À propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité » préc., p. 210.

⁵³ Cour EDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c/ France*, Rec. 2001-VIII, AJDA 2002, p. 52, note F. Julien-Lafférière ; RTDH 2002, p. 699, note P. de Fontbressin ; D. 2002, p. 2770, obs. T. Massis.

⁵⁴ Le juge européen rappelle cette évolution dans les paragraphes 31 à 36 de l'arrêt *Association Ekin c/ France*, préc.

⁵⁵ F. Julien-Lafférière, note sous Cour EDH *Association Ekin c/ France*, préc., p. 59.

⁵⁶ Cour EDH, *Association Ekin c. France*, préc., § 63.

⁵⁷ Ibid. § 57.

de la procédure prévue par l'article 14 de l'ordonnance et l'absence de sursis à exécution.

Ce dernier exemple illustre les limites de l'interprétation neutralisante. Cette interprétation ne saurait en effet tenir devant l'autorité des arrêts de la Cour, et la vigilance de cette dernière, bien qu'atténuée par le « hasard » des affaires qui lui sont soumises, sont de nature à restreindre la possibilité de recourir à une lecture neutralisante. « *Les déboires d'une interprétation qui n'est « neutralisante » qu'à titre temporaire ne peuvent qu'inciter le juge interne à recourir à l'interprétation conforme* »⁵⁸. Néanmoins, le profit juridique découlant d'une potentielle acceptation de cette redéfinition de l'étendue du contrôle opéré par le juge de Strasbourg n'est pas négligeable.

B - Un exemple de redéfinition acceptée ?

L'interprétation est sans nul doute neutralisante dans la jurisprudence la plus récente concernant l'étendue du contrôle opéré par la Cour en matière de liberté de religion.

En effet, on se rappelle que selon le juge de Strasbourg, la Cour n'a pas à « *se substituer aux autorités nationales compétentes* » dans la résolution de conflits d'intérêts fondamentaux⁵⁹, s'agissant notamment de domaines où les systèmes juridiques nationaux divergent dans leurs appréciations. Il en va ainsi concernant la notion de « morale »⁶⁰, et

⁵⁸ F. Sudre, « À propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionalité », précité, p. 212.

⁵⁹ Cour EDH, 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime de l'enseignement en Belgique*, A n°5, § 10, *GACEDH* n°8, comm. F. Sudre.

⁶⁰ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, A n°24, *GACEDH* n°7, comm. F. Sudre.

notamment de « morale religieuse »⁶¹, qui donnent aux autorités nationales une plus grande marge d'appréciation⁶².

La Cour reconnaît donc depuis longtemps, et avec diverses formulations, une large marge d'appréciation aux Etats⁶³, instituant quasiment une « *présomption favorable* »⁶⁴ aux autorités nationales, et une « *autolimitation* »⁶⁵ de sa compétence. Si les autorités juridictionnelles françaises ont pu profiter de cette marge d'appréciation « élargie », rien ne transparaît réellement dans leurs jurisprudences respectives.

⁶¹ Cour EDH, 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, A n°295, comm. P. Wachsmann, « La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme », *RUDH* 1994, pp. 441 à 449 ; G. Haarscher, « Le blasphémateur et le raciste », *RTDH* 1995, pp. 417 à 422.

⁶² Même si l'on peut faire remarquer, avec M. Muzny, que le principe de subsidiarité reste un instrument aux mains de la Cour, qui reste seule maîtresse de sa compétence ; P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, PUAM 2005, 734 p. 391. Pour un exemple de cette réserve de compétence de la part de la Cour, citons l'arrêt CEDH *Gunduz c. Turquie* du 4 décembre 2003, Rec. 2003-XI, selon lequel « une certaine marge d'appréciation est généralement laissée aux Etats contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale et, spécialement, de la religion » (§ 37).

⁶³ Parmi d'autres : « *Il appartient en premier lieu aux autorités nationales mieux placées que le juge national d'évaluer la nécessité ...* », CEDH, *Otto-Preminger-Institut*, précité, § 56 ; « *eu égard à la marge d'appréciation qu'il faut laisser à chaque Etat notamment pour ce qui est de l'établissement des délicats rapports entre l'Etat et les religions* », CEDH, Gr. Ch., 27 juin 2000, *Sha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, Rec. 2000-VII, Obs. J-F. Flauss, « Abattage rituel et liberté de religion : le défi de la protection des minorités au sein des communautés religieuses », *RTDH* 2001, § 84 ; « *States enjoy a wide margin of appreciation in the particularly delicate area of their relations with religious communities* », CEDH, 16 décembre 2004, *Supreme Holy Council of the Muslim Community c. Bulgarie*, req. n°39023/97, § 96.

⁶⁴ P. Rolland, « Synthèse et conclusion », in G. Gonzalez (dir.) *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant Nemesis, coll. Droit et Justice n°67 2006, p. 256.

⁶⁵ P. Rolland, « Existe-t-il un droit au respect de convictions religieuses dans les médias ? Sur une jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2004, p. 1005.

Cependant, l'arrêt *Sahin*⁶⁶, dans lequel la Cour modifie son énoncé de principe, n'est pas passé inaperçu au plan national. Ainsi, s'il est rappelé que « *lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'Etat et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national* »⁶⁷, c'est pour ajouter que *La réglementation en la matière peut varier [...] d'un pays à l'autre en fonction des traditions nationales et des exigences imposées par la protection des droits et libertés d'autrui et le maintien de l'ordre public* »⁶⁸.

Cette référence aux « traditions nationales » a été reprise par les juges nationaux. Ainsi, pour le Conseil Constitutionnel, « *l'article 9 de la Convention a été constamment appliqué par la Cour européenne des droits de l'homme, et en dernier lieu par sa décision susvisée, en harmonie avec la tradition constitutionnelle de chaque Etat membre ; [...] la Cour a ainsi pris acte de la valeur du principe de laïcité reconnu par plusieurs traditions constitutionnelles nationales et qu'elle laisse aux Etats une large marge d'appréciation pour définir les mesures les plus appropriées, compte tenu de leurs traditions nationales, afin de concilier la liberté de culte avec le principe de laïcité* »⁶⁹. Par ailleurs, le communiqué de presse⁷⁰ attaché à l'arrêt CE

⁶⁶ Cour EDH, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, préc.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid* (nous soulignons).

⁶⁹ CC, 19 novembre 2004, 2004-505 DC, relative au Traité portant Constitution pour l'Union, *AJDA* 2006, p. 593, Obs. G. Alberton ; *LPA*, 14 décembre 2005, p. 10, Chron. B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RFDA* 2005, p. 34, obs. F. Sudre (nous soulignons).

⁷⁰ http://www.conseil-etat.fr/ce/actual/index_ac_lc0410.shtml.

*Union française pour la Cohésion Nationale*⁷¹ estime que « *La décision du Conseil d'Etat s'inscrit ce faisant dans la ligne de la jurisprudence la plus récente de la Cour européenne des droits de l'homme qui reconnaît aux Etats une large marge d'appréciation pour définir, compte tenu de leurs traditions nationales, les mesures les plus appropriées pour concilier la liberté de culte avec le principe de laïcité* »⁷². La liberté sémantique prise par la Cour⁷³, permet ainsi aux juges français de justifier explicitement leurs décisions au regard du respect de la Convention par le moyen du principe de subsidiarité.

Toutefois, les avis divergent sur le point de savoir si l'interprétation faite par les juges constitutionnel et administratif est conforme au souhait de la Cour. Si certains abondent dans l'interprétation susdite⁷⁴ et concluent à l'abandon de fait d'un contrôle de la Cour en matière d'organisation des relations entre Eglise et Etat, d'autres objectent à la position du Conseil d'Etat le fait que les arrêts de la Cour européenne

⁷¹ CE, 8 octobre 2004, *Union française pour la Cohésion Nationale*, req. n°269077, *RFDA* 2004, p.977, Concl. R. Keller : La requérante demandait l'annulation de la circulaire du 18 mai 2004 prise pour l'application de la loi du 15 mars 2004 encadrant le port de signes religieux dans les établissements scolaires publics. Le Conseil d'Etat avait notamment affirmé que « *les dispositions de la circulaire attaquée ne méconnaissent ni les stipulations de l'article 9 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni celles de l'article 18 du pacte international des droits civils et politiques, relatives à la liberté de pensée, de conscience et de religion, dès lors que l'interdiction édictée par la loi et rappelée par la circulaire attaquée ne porte pas à cette liberté une atteinte excessive, au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi visant à assurer le respect du principe de laïcité dans les établissements scolaires publics* ».

⁷² Le Commissaire du gouvernement Rémi Keller soulignait de même que la « *Cour européenne veille au respect de la laïcité, dont elle admet qu'il peut compter parmi les principes fondateurs d'un Etat* ». Ses conclusions privilégiaient cependant un examen de nécessité et de proportionnalité proche de celui de la Cour, et fondait la « *conventionalité* » de la circulaire sur des motifs de maintien de l'ordre public.

⁷³ Qui correspond certes, comme l'explique le Pr. Rolland, à la théorie traditionnelle de la marge d'appréciation. P. Rolland, « *Synthèse et conclusion* précité, p. 256.

⁷⁴ Notamment le Pr. Rolland, précité.

concernent la Turquie, et sont ainsi fortement influencés par l'environnement politique de cet Etat⁷⁵. Qu'il soit opté pour l'une ou l'autre interprétation, il est possible de conclure à une lecture neutralisante de la jurisprudence de la Cour. Cependant, la « neutralisation » de l'influence de la Cour sera le fruit de la Cour elle-même dans le premier cas, par le jeu de la marge d'appréciation ; elle sera le fruit d'une lecture audacieuse de la part du juge national cherchant à se libérer de son obligation d'interprétation conforme dans le second.

⁷⁵ Notamment F. Rolin, « Le Conseil d'Etat abandonne la doctrine de l'avis de 1989 sur la laïcité », *AJDA* 2005, p.43.

La conformité

L'interprétation conforme à la Convention européenne des droits de l'homme

Diana RIOCHET

Doctorante, Université Montpellier I (IDEDH)

Sommaire

I - L'interprétation corrective du juge national

A - L'élargissement de l'applicabilité des droits garantis par la Convention

B - L'évolution de l'appréciation de la conventionnalité d'une disposition nationale

II - L'interprétation préventive du juge national

A - L'extension de l'applicabilité des droits garantis par la Convention

B - Le développement du contrôle de conventionnalité d'une disposition nationale

L'impact de l'interprétation que le juge de Strasbourg donne à la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) sur la jurisprudence française est indéniable et le nombre des travaux qui lui sont consacrés atteste de l'intérêt qu'il continue de susciter. Le juge français prend en compte, plus qu'il ne le faisait avant, la Convention telle qu'interprétée par le juge européen. Cela ne s'est pas fait, évidemment, sans heurts ; les nombreux cas où le juge français a résisté à la vague jurisprudentielle européenne en constituent la meilleure preuve. Toujours est-il qu'aujourd'hui il tient compte de

plus en plus de la jurisprudence strasbourgeoise, à tel point que le professeur Frédéric Sudre parle d'une « *banalisation de l'interprétation conforme* »¹.

Tant du côté du juge européen que du côté du juge français on s'accorde à reconnaître ouvertement qu'un « dialogue des juges » est au moins entamé, à défaut d'être effectif. Si le président de la Cour européenne des droits de l'homme, le juge Jean-Paul Costa, parlait récemment d'une « *amorce de dialogue* » entre la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme², Bruno Genevois, président de la section du contentieux au Conseil d'État - à qui on doit par ailleurs l'expression même de « dialogue des juges »³ - reconnaît « *qu'il n'est pas dans les intentions du Conseil d'État et plus généralement de la juridiction administrative de s'abstraire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme* », tout en avouant l'intérêt avec lequel sont suivies, au palais Royal, les affaires portées devant le juge européen, notamment celles mettant en cause la France⁴.

Au-delà d'une volonté présumée d'assurer une protection efficace des droits des justiciables, dont une interprétation conforme au droit de la CEDH semble être la garantie, les raisons d'un tel alignement sont liées, d'une manière plus pragmatique, à la nécessité, pour les juges

¹ F. Sudre, « À propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Éd. A. Pedone, Paris, 2004, p. 208.

² « Questions à Jean-Paul Costa, président de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2007, p. 60.

³ B. Genevois, Concl. sur CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Sieur Cohn-Bendit*.

⁴ B. Genevois, « Quelques remarques sur la manière dont se présente au Conseil d'État l'application de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in P. Tavernier (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence en 2005*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 59.

internes, d'éviter autant que possible un désaveu à Strasbourg. Que cela tienne à des arguments de prestige, à un « *impératif de discipline juridictionnelle* »⁵ ou à des arguments fonctionnels tels que l'inutilité d'une multiplication des contentieux devant le juge interne et des éventuelles condamnations pécuniaires de la France⁶, il est certain que, la plus part du temps, le juge interne tire les conséquences d'une condamnation de la France et change sa jurisprudence en pratiquant une interprétation conforme au droit conventionnel, qu'on pourrait qualifier de « correctrice » (I). Mieux encore, en faisant preuve de réceptivité au signal envoyé par le juge européen par la condamnation d'autres États parties à la Convention, le juge français prend l'initiative de changer de son propre gré sa jurisprudence, sans attendre une condamnation de la France, pratiquant ainsi une interprétation « préventive »⁷ (II).

I - L'interprétation correctrice du juge national

En tant que premier juge de la Convention, dans le sens qu'il est amené à se prononcer sur l'applicabilité des droits garantis par celle-ci pour vérifier ensuite les conditions de leur exercice, le juge national en fournit une interprétation avant le juge européen. Cependant, il arrive que cette interprétation ne coïncide pas avec celle issue du prétoire strasbourgeois. Qu'il ait déjà élaboré une jurisprudence dont le juge

⁵ *Idem*, p. 60.

⁶ Ces arguments ont été avancés par le commissaire du Gouvernement Terry Olson dans ses conclusions dans l'affaire *Levenez*, CE, 24 février 2006, req. n° 250704, *JCP A*, 2006, n° 12, n° 1074, cité par S. Henette-Vauchez, « Le dispositif anti-Perruche : aller-retour Paris-Strasbourg », *AJDA*, 2006, p. 1272.

⁷ Cette distinction est empruntée à M. Delmas-Marty, *Raisonner la raison d'État : Vers une Europe des droits de l'homme*, PUF, 1989, p. 148-149.

national n'a pas tenu compte ou qu'il se trouve devant une question nouvelle à laquelle il apporte une réponse différente de celle donnée par le juge interne, le juge européen n'hésite pas à condamner la France et « dire » de cette manière au juge français qu'un changement de son interprétation s'impose. Une identité totale n'est pas requise, puisque « *la relation entre la norme nationale et la norme européenne ne se pose pas en termes binaires d'indépendance ou d'appartenance mais implique un certain degré d'appartenance (appartenance partielle) en deçà duquel la violation de la Convention sera constatée* »⁸. Le « message » envoyé de Strasbourg est généralement réceptionné de manière favorable et le juge français accepte de se rallier aux exigences européennes et change sa jurisprudence.

Nullement négligeables en matière d'applicabilité des droits garantis par la Convention (A), de telles évolutions sont perceptibles, surtout dans le cadre de l'appréciation de la conventionnalité d'une disposition nationale (B).

A - L'élargissement de l'applicabilité des droits garantis par la Convention

En ce qui concerne l'applicabilité des droits garantis, c'est surtout la notion de « biens » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention qui a fait l'objet d'interprétations différentes de la part des juges européen et national (1°). En outre, la reconnaissance de l'applicabilité de l'article 8 au contentieux des étrangers a subi également l'influence de la jurisprudence européenne (2°).

⁸ M. Delmas-Marty, « Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 1988, p. 222.

1 - La reconnaissance d'une créance virtuelle comme « bien »

De manière générale, la Cour européenne considère comme « bien » toute valeur patrimoniale, corporelle ou non, y compris une créance, à condition qu'elle soit suffisamment établie pour être exigible⁹. Si la jurisprudence nationale concernant les créances constituées semble bien être en accord avec la jurisprudence européenne¹⁰, c'est autour de la question de la créance virtuelle qu'un dialogue s'est lié entre les deux juges.

Pour le juge européen, une créance, même virtuelle, peut constituer un « bien », à condition qu'elle soit suffisamment fondée et qu'il soit établi qu'il existe un « espoir légitime » de la voir concrétisée ; à cet égard, l'arrêt *Kopeccky c/ Slovaquie*, dans la lignée d'une jurisprudence constante de la Cour, précise que « *lorsque l'intérêt patrimonial concerné est de l'ordre de la créance, il ne peut être considéré comme une "valeur patrimoniale" que lorsqu'il a une base suffisante en droit interne, par exemple lorsqu'il est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux* »¹¹. Dès lors, la « *présomption selon laquelle la jurisprudence constante des juridictions nationales continuerait de*

⁹ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, A. 301-B, § 59 ; *JCP G*, 1995, I, 3823, n° 40, obs. F. Sudre.

¹⁰ Dans ce sens, le Conseil d'État a qualifié de « biens » les cotisations des assurés, en tant que ressources de caisses de retraite (CE, 12 juin 2002, *Caisse autonome de retraite des médecins de France*, *JCP G*, 2003, II, 10028, concl. S. Boissard), les créances d'un organisme de gestion d'un établissement scolaire dues, de façon certaine, par l'État (CE, Ass., avis, 5 décembre 1997, *Ministre de l'Éducation c/ OGEF de Saint-Sauveur-le-Vicomte*, *Leb.*, p. 464 ; *RFDA*, 1998, p. 160, concl. L. Touvet ; *AJDA*, 1998, p. 97, chron. X.-T. Girardot et F. Raynaud) ou encore « *les créances constituées par les intérêts moratoires échus sur les sommes dues par l'administration aux entreprises titulaires de marchés publics* » (CE, 5 décembre 2004, *Société sud parisienne de construction*, req. n° 236840).

¹¹ Cour EDH, Gr. Ch., 28 septembre 2004, *Kopeccky c/ Slovaquie*, *Rec.* 2004-IX, § 52.

s'appliquer »¹² fonde un « espoir légitime » de voir se concrétiser une créance, qui sera considérée de ce fait un « bien ».

La question des validations législatives témoigne de la difficulté des juges français à adopter cette interprétation. En effet, dans le cadre du contentieux des « tableaux d'amortissement », s'agissant d'une créance d'emprunteurs découlant de la déchéance du droit aux intérêts du prêteur, qui était due en vertu d'une jurisprudence constante, mais remise en cause du fait de l'adoption d'une telle loi, la Cour de cassation a estimé qu'il s'agissait d'« une prétention à l'issue incertaine qui n'est, dès lors, pas constitutive d'un droit »¹³. Soulevée devant le juge européen, cette question a reçu une interprétation contraire ; en effet, il a estimé qu'il s'agissait d'un espoir légitime d'obtenir le remboursement des intérêts, qui avait une base suffisamment constituée par une jurisprudence constante du juge interne. La condamnation de la France dans cette affaire¹⁴ suivait de près une autre condamnation dans les retentissantes affaires *Draon* et *Maurice*¹⁵ (cette fois-ci c'est l'interprétation du Conseil d'État qui était en cause¹⁶), dans lesquelles la Cour avait constaté l'existence d'un espoir légitime concernant les requérants ayant subi les conséquences de la loi « anti-Perruche ». Ces condamnations à répétition ont déterminé les juges internes à s'aligner sur

¹² *Idem*, § 48.

¹³ Cass., 1^{ère} civ., 20 juin 2000, *Lecarpentier*, *D.*, 2000, Jur., p. 699, note M.-L. Niboyet ; *RTD civ.*, 2000, p. 933, obs. J.-P. Marguénaud.

¹⁴ Cour EDH, 14 février 2006, *Lecarpentier et a.*, req. n° 67847/01.

¹⁵ Cour EDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, req. n° 1513/03 et *Maurice c/ France*, req. n° 11810/03 ; *JCP G*, 2006, I, 109, n° 16, obs. F. Sudre.

¹⁶ CE, Ass., Avis, 6 décembre 2002, *Draon*, *AJDA*, 2003, p. 283, chron. F. Donnat et D. Casas ; *Dr. fam.*, 2003, p. 8, chron. A. Debet.

l'interprétation européenne. Tant le juge judiciaire¹⁷, que le juge administratif¹⁸ considèrent désormais qu'une créance en réparation susceptible de naître sur le fondement d'une jurisprudence antérieure constante constitue un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1.

2 - La reconnaissance de l'applicabilité de l'article 8 au contentieux des étrangers

Initialement, le Conseil d'État refusait de reconnaître l'applicabilité de l'article 8 de la CEDH aux mesures d'éloignement des étrangers. En effet, il estimait qu'un étranger « *ne peut utilement se prévaloir [...] des dispositions de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales [...], à l'appui de ses conclusions tendant à l'annulation de la mesure d'expulsion dont il fait l'objet* ». ¹⁹

La Cour européenne avait déjà jugé dans l'affaire *Berrehab c/ Pays-Bas*²⁰ qu'une mesure d'expulsion d'un étranger constituait une ingérence dans sa vie familiale, du fait de la difficulté du maintien de ses liens avec son enfant. Mais c'est surtout le constat de violation de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Beldjoudi* qui a provoqué une évolution dans la jurisprudence

¹⁷ Cass., 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, *Franck X. et a. c/ Pol Z. et a.* ; Cass., 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, *FS P+B, CPAM de Loir et Cher c/ Sté Le Sou médical et a.* ; Cass., 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, *FS P+B, Fondation Bagatelle et a. c/ SHAM et a.*

¹⁸ CE, 5^e et 4^e ss-sect., 24 février 2006, *Levenez*, préc.

¹⁹ CE, 25 juillet 1980, *Touami Ben Abdeslem*, *Leb.*, p. 820 ; *JCP G* 1981, II 19613, note B. Pacteau. Dans le même sens, CE, 6 décembre 1985, *Chrouki*, req. n° 55912.

²⁰ Cour EDH, 21 juin 1988, *Berrehab c/ Pays-Bas*, A. 138 ; dans le même sens, Cour EDH, 18 février 1991, *Moustaquim c/ Belgique*, A. 193, *RTDH*, 1991, p. 377, note P. Martens.

nationale²¹. Le revirement opéré par les sous-sections réunies dans l'arrêt *Beldjoudi* du 18 janvier 1991²² est confirmé peu de temps après en assemblée, qui admet l'applicabilité de l'article 8 à une mesure d'éloignement du territoire, dans deux arrêts du 19 avril 1991, *Belgacem* et *Mme Babas*²³, pour l'étendre ensuite à toutes les mesures de police des étrangers²⁴ ou pour l'appliquer dans le cadre de la procédure du référé-liberté²⁵.

On notera toutefois que ce revirement n'a pas empêché la condamnation de la France dans l'affaire *Beldjoudi*. En effet, contrairement au juge national qui estimait que la mesure d'expulsion se justifiait par la défense de l'ordre public, eu égard au comportement du requérant et à la gravité des actes commis par lui, la Cour a considéré que cette mesure était disproportionnée²⁶.

Au-delà de la question de l'applicabilité des droits garantis par la Convention, c'est surtout celle de l'appréciation de la conventionnalité d'une disposition nationale qui illustre l'emprise du droit conventionnel sur la jurisprudence nationale et le droit interne.

²¹ V. le Rapport de la Commission du 6 septembre 1990, § 70 où celle-ci conclut par douze voix contre cinq que l'expulsion du requérant constituerait une violation du droit au respect de la vie familiale au sens de l'article 8.

²² CE, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, req. n° 99201, *Leb.*, p. 18, concl. R. Abraham.

²³ CE, Ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, *Leb.*, p. 152 ; même date, *Mme Babas*, *Leb.*, p. 162 ; concl. R. Abraham, *RFDA*, 1991, p. 497-510 ; *AJDA*, 1991, p. 551-556, note F. Julien-Laferrière ; *Rev. adm.*, 1991, p. 239, note H. Ruiz-Fabri ; *RCDIP*, 1991, p. 681, note D. Turpin.

²⁴ CE, Sect., 10 avril 1992, *Aykan, Marzini et Minin (3 arrêts)*, *RFDA*, 1993, p. 541, concl. M. Denis-Linton.

²⁵ CE, 30 octobre 2001, *Mme Tliba*, req. n° 238211, *RFDA*, 2002, p. 324, concl. I. de Silva.

²⁶ Cour EDH, 26 mars 1992, *Beldjoudi c/ France*, A. 234-A, *GACEDH*, n° 53 ; *JCP G*, 1993, I, 3654, n° 22, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 1993, p. 449, note J.-Y. Carlier.

B - L'évolution de l'appréciation de la conventionnalité d'une disposition nationale

Pris entre le marteau d'une condamnation de la France à Strasbourg et l'enclume d'une loi interne contraire à la Convention mais toujours en vigueur, qu'il est en principe censé d'appliquer tant qu'elle n'a pas été modifiée ou abrogée par le législateur, le juge national est confronté à un dilemme cornélien. Le professeur J.-P. Marguénaud a pertinemment souligné à cet égard que « *lorsque le juge est saisi d'une question à laquelle un arrêt de la Cour de Strasbourg a déjà apporté une réponse contraire à celle encore prévue par la loi nationale, il se trouve confronté à un choix qui, pour l'heure, ne relève que de son éthique personnelle : doit-il braver l'État en faisant prévaloir la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ou doit-il défier la Cour européenne des droits de l'homme en appliquant la loi nationale que le législateur n'a toujours pas modifiée ?* »²⁷.

En choisissant de plus en plus la première voie, tant le juge administratif (1°) que le juge judiciaire (2°) non seulement reconnaissent, même indirectement, l'autorité de l'interprétation fournie par le juge européen, mais ils prouvent également que le message d'inconventionnalité envoyé de Strasbourg a été bien et utilement accueilli dans le prétoire national.

²⁷ J.-P. Marguénaud, « La reconnaissance de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les juges du fond ou comment expurger le droit de la famille de ses archaïsmes sans attendre le législateur », *RTD civ.*, 2000, p. 930.

1 - L'interprétation corrective du juge administratif

S'il faut attendre l'intervention du législateur, le seul qui a le pouvoir de faire disparaître de l'ordre juridique interne la disposition litigieuse, le juge national, à défaut de pouvoir l'annuler, peut intervenir d'une manière différente.

D'une part, il peut *compléter* le droit interne en y ajoutant, sous l'influence de la jurisprudence européenne, des conditions qui n'y figurent pas.

D'autre part, le juge national peut *corriger* le droit interne contraire à la Convention, de manière directe (en écartant l'application de la disposition contraire) ou indirecte (en annulant la décision administrative). Dès lors, son emprise sur la loi n'est pas négligeable et ses revirements de jurisprudence sont, la plupart du temps, à l'origine des changements législatifs significatifs. Agissant de la sorte, il répond aux attentes du juge européen qui n'hésite pas à sanctionner une attitude passive conditionnée par l'intervention du législateur²⁸. L'apparition du législateur dans la structure binaire du dialogue des juges est la solution qui met fin, *a priori*, à la divergence d'interprétations. L'équation est parfaite et le dialogue clos.

En ce qui concerne le juge administratif, on a pu noter « *une accélération dans le temps de l'influence de la jurisprudence*

²⁸ Le juge national semble ainsi tirer des enseignements de la condamnation de la Belgique qui, après l'arrêt *Marckx* de 1979 n'avait pas tenu compte de l'interprétation européenne en matière de vocation successorale des enfants naturels et a été à nouveau condamnée en 1991 pour des griefs similaires, alors que la réforme législative était en cours (Cour EDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c/ Belgique*, A. 214-C). La Cour considère que « *la liberté de choix reconnue à l'État quant aux moyens de se soumettre à la force obligatoire de ses arrêts ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention en attendant l'aboutissement d'une réforme législative* », § 26.

européenne sur la jurisprudence administrative »²⁹, comme résultat d'un « souci d'un dialogue avec la Cour européenne »³⁰. Deux exemples sont révélateurs à cet égard.

a - Le droit interne sur la chasse (plus précisément, la loi Verdeille), devenu une « nouvelle pomme de discorde entre le juge du Palais-Royal et celui du Palais des Droits de l'homme »³¹, a donné lieu à une condamnation de la France en 1999 dans l'affaire *Chassagnou*³², pour violation de la liberté de manifestation et du droit au respect des biens du fait d'une obligation d'adhésion des petits propriétaires aux associations communales de chasse agréée imposée par cette loi. Par la suite, le Conseil d'État change sa jurisprudence antérieure³³ et un an plus tard il reprend l'interprétation européenne dans un arrêt *Madame Vignon*³⁴, quoique partiellement, puisqu'il se prononce uniquement à l'égard du droit au respect des biens.

²⁹ J. Andriantsimbazovina, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ? », *RFDA*, 2002, p. 124.

³⁰ J. Andriantsimbazovina, L. Sermet, *RFDA*, 2001, chron., p. 1256.

³¹ J. Andriantsimbazovina, L. Sermet, *RFDA*, 1999, chron., p. 799.

³² Cour EDH, G.Ch., 29 avril 1999, *Chassagnou et a. c/France*, Rec. 1999-III ; *GACEDH*, n° 67 ; *AJDA*, 1999, p. 922, note F. Priest ; *RTDH*, 1999, p. 901, note M. Florès-Lonjou et P. Florès ; *RDP*, 2000, chron. F. Sudre ; *D.*, 2000, p. 141, note E. Alfandari ; *RTD civ.*, 1999, p. 913, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.*, 2000, obs. T. Revet.

³³ En effet, il estimait auparavant que l'obligation imposée par la loi Verdeille ne constituait pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété : CE, 22 février 1995, *Madame Godard*, *Leb.*, Tab., p. 794 et 795 ; *RFDA*, 1997, p. 1256 ; CE, 10 mai 1995, *Montion*, *Rev. Dr. rur.*, 1996, p. 208 ; CE, 30 décembre 1998, *Ministre de l'Environnement c/ Association de chasse de Haute Jarrie*, req. n° 160676, *RFDA*, 1999, p. 811, obs. J. Andriantsimbazovina. On notera aussi que la jurisprudence nationale en ce domaine est très abondante, mais porte la marque d'un « certain imbroglio, voire un manque de cohérence », selon E. Alfandari, *D.*, 2000, préc.

³⁴ CE, 27 octobre 2000, *Mme Vignon*, *Leb.* 2000, p. 467 ; *D.* 2000, *IR* p. 283 ; *RFDA*, 2000, p. 1374.

b - Le régime spécifique des publications de provenance étrangère³⁵ a également été mis en cause à Strasbourg. La tentative de la Haute juridiction de « contourne[r] l'obstacle »³⁶ de l'inconventionnalité évidente de la loi nationale par le biais d'une interprétation neutralisante (modification de la nature du contrôle et encadrement des pouvoirs du ministre de l'Intérieur)³⁷ échoue et la France est condamnée au motif que la disposition en cause représentait une restriction non nécessaire de la liberté d'expression³⁸. En agissant en véritable « récepteur » du message transmis par le juge européen, la Cour administrative d'appel de Paris reprend ses arguments pour souligner l'imprécision de l'article 14 de la loi sur la liberté de la presse et l'absence de nécessité du régime dérogatoire qu'il instaurait³⁹. Un an plus tard, le Conseil d'Etat prend la relève et, dans son arrêt *GISTI* du 7 février 2003⁴⁰, considère que l'article litigieux accorde au ministre de l'Intérieur un pouvoir qui est contraire à la liberté d'expression du fait qu'il constitue « une atteinte disproportionnée » aux buts de restriction autorisés par la Convention.

³⁵ Notamment l'ancien article 14 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, tel que modifié par le décret-loi du 6 mai 1939, qui permettait au ministre de l'Intérieur d'interdire (et ce sans que soient indiqués les motifs d'une telle interdiction) la circulation, la distribution et la vente en France des publications de provenance étrangère.

³⁶ D. de Bellescize, « La France et l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (L'emprise de la Convention européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence et la législation française) », *RTDH* 2005, p. 245.

³⁷ CE, 9 juillet 1997, *Association Ekin*, concl. M. Denis-Linton, *RFDA*, 1997, p. 1284, note B. Pacteau ; *RDP*, 1998, p. 539, obs. P. Wachsmann.

³⁸ Cour EDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c/ France*, *Rec.* 2001-VIII ; *RDP*, 2002, p. 704, chron. M. Levinet ; *AJDA*, 2002, p. 52, note F. Julien-Lafferrière.

³⁹ CA Paris, 4^{ème} ch. section A, 22 janvier 2002, *Reynouard et Fondation européenne pour le libre examen historique*.

⁴⁰ CE, 7 février 2003, *GISTI*, *AJDA* 2003, p. 996, note F. Julien-Lafferrière ; *RDP*, 2003, p. 903, note P. Mouzet ; *RFDA*, 2003, p. 972, obs. A. Fitte-Duval et S. Rabiller.

Le droit interne est ainsi ajusté ou corrigé par voie jurisprudentielle, car le juge interne écarte l'application des dispositions nationales contraires à la Convention. Le signal d'inconventionnalité, parti de Strasbourg et amplifié par sa réception au Palais Royal arrive enfin au législateur qui les modifie⁴¹ ou les supprime⁴².

2 - L'interprétation corrective du juge judiciaire

Le juge judiciaire n'a pas échappé, évidemment, à l'influence croissante de la CEDH. Des domaines variés, tels celui des écoutes téléphoniques, le droit de la famille, le droit de la presse ou encore l'état civil des transsexuels ont évolué de manière significative.

a - On évoquera très brièvement les arrêts *Kruslin* et *Huvig*⁴³, dans lesquels la Cour européenne s'est penchée sur la question de la conventionnalité des écoutes téléphoniques, pour estimer qu'il existait une base légale de celles-ci, mais qu'elle n'était pas suffisamment précise pour remplir la condition d'être « prévues par la loi » au sens de la CEDH. En réponse à la condamnation de la France pour violation de l'article 8, dans l'arrêt *Bacha* du 15 mai 1990⁴⁴ la Cour de

⁴¹ La loi Verdeille est modifiée afin de reconnaître un droit d'objection de conscience « cynégétique » aux propriétaires d'un terrain compris dans le périmètre d'une ACCA : Loi 2000-698 du 26 juillet 2000, *D.*, 2000, Législ., p. 349 ; déc. 2000-434 DC, 20 juillet 2000, *Loi relative à la chasse, RFDC*, 2000, p. 833, note D. Ribes.

⁴² Tel est le cas de l'article 14 de la loi de 1881 : décret n° 2004-1044 du 4 octobre 2004, *JORF* du 5 octobre 2004 ; *JCP G*, 2004, act. p. 556, obs. H. Moysan.

⁴³ Cour EDH, 24 avril 1990, *Kruslin c/ France*, A. 176-A, *GACEDH*, n° 5 ; *RUDH*, 1990, p. 195, note G. Cohen-Jonathan ; *D.*, 1990, p. 187, chron. R. Koering-Joulin ; *JDI*, 1991, p. 786, obs. E. Decaux ; même date, *Huvig c/ France*, A. 176-B.

⁴⁴ Cass. crim. 15 mai 1990 (écoutes téléphoniques réalisées en exécution d'une commission rogatoire délivrée par le juge d'instruction) ; *JCP G*, 1990, II, 21541, obs. W. Jeandier.

cassation précise que les écoutes téléphoniques trouvent une base légale dans les articles 81 et 151 du CPP, qui ne sont toutefois pas suffisamment clairs et précis ainsi que l'exige l'article 8 § 2 de la Convention. Pour remédier, elle ajoute aux conditions déjà existantes des innovations destinées à compléter le texte afin de rendre régulières les écoutes téléphoniques⁴⁵ et de « *parfaire le droit prétorien des écoutes* »⁴⁶. C'est le législateur qui a achevé la mise en conformité des écoutes téléphoniques avec les exigences européennes⁴⁷.

b - L'évolution la plus remarquable est probablement celle du droit de la famille qui a été mis en conformité avec le principe de non discrimination proclamé par la CEDH, suite notamment au désormais célèbre arrêt *Mazurek c/ France* du 1^{er} février 2000⁴⁸. Le juge européen a estimé que l'article 760 du Code civil établissait une distinction discriminatoire dans l'exercice du droit de propriété du fait de la réduction de la part successorale de l'enfant adultérin qui entrait en concurrence avec un enfant légitime. Seulement trois mois plus tard, le juge du fond tire les conséquences de cette condamnation et écarte l'application de l'article 760, en jugeant qu'il entraîne une

⁴⁵ Elle exige ainsi que la transcription des écoutes téléphoniques puisse être discutée de manière contradictoire par les parties et qu'elles ne soient ordonnées qu'en vue d'établir la preuve d'un crime ou de toute infraction portant atteinte à l'ordre public et d'en identifier les auteurs.

⁴⁶ *JCP G*, 1990, II, 21541, obs. W. Jeandidier, préc.

⁴⁷ Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des communications émises par voie des télécommunications, *JORF*, 13 juillet 1991, p. 9167. La Cour européenne a déjà eu l'occasion de confirmer la conventionnalité de cette loi, Cour EDH, 28 août 1998, *Lambert c/ France*, *Rec.* 1998-V, *JCP G*, 1999, I, 105, n° 45, chron. F. Sudre.

⁴⁸ Cour EDH, 1 février 2000, *Mazurek c/ France*, *Rec.* 2000-II ; *GACEDH*, n° 52 ; *RJPF*, mars 2000, p. 24, obs. J. Casey ; *D.*, 2000, p. 626, note B. Vareille ; *JCP N*, 2001, p. 834, note M. Josselin-Gall ; *Deffrénois*, 2000, p. 310, obs. J. Massip ; *JCP G*, 2000, II, 10286, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *RTD civ.*, 2000, p. 429, obs. J-P. Marguénaud.

violation des dispositions de la Convention⁴⁹. La mise en conformité avec l'interprétation européenne et l'appui sur la solution de l'arrêt *Mazurek* lui ont valu d'ailleurs les éloges de la doctrine, qui ne tarde pas de remarquer la « *magistrale leçon d'application, en droit interne, des normes européennes et internationales* »⁵⁰.

Le sort de l'article 760 a également été partagé par l'article 1527 al. 2 du Code civil. Dans la droite ligne de l'arrêt *Mazurek*, la Cour de cassation a estimé que l'action en retranchement instituée par ce dernier article⁵¹, du fait qu'elle ne bénéficie pas à l'enfant naturel, est contraire à la Convention, car « *les enfants légitimes nés d'un précédent mariage et les enfants naturels nés d'une précédente liaison se trouvant dans une situation comparable quant à l'atteinte susceptible d'être portée à leurs droits successoraux en cas de remariage de leur auteur sous le régime de la communauté universelle, la finalité de la protection assurée aux premiers commande qu'elle soit étendue aux seconds, au regard du principe de non-discrimination selon la naissance* »⁵². Outre la confirmation de l'ancrage de la vocation successorale au droit de propriété, le fait qu'elle intègre dans son raisonnement l'interprétation européenne de

⁴⁹ TGI Montpellier, 2 mai 2000, *Mme Thiery ép. Newby*; *Dr. fam.*, 2000, comm. n° 99, obs. A. Gouttenoire-Cornut; *RTD civ.*, 2000, p. 930, obs. J.-P. Marguénaud; *Deffrénois*, 2000, p. 1435, note J. Massip; *D.*, 2001, p. 1270, note C. Pelletier; *D.*, 2001, p. 2794, obs. F. Vasseur-Lambry. Dans le même sens, CA Pau, 28 novembre 2000, inédit; *Dr. fam.*, 2001, comm. 60, obs. B. Beignier; *D.*, 2001, p. 1068, obs. H. Bosse-Platière.

⁵⁰ *Dr. fam.*, 2000, comm. n° 99, A. Gouttenoire-Cornut, préc.

⁵¹ Cette action, réservée aux enfants d'un premier mariage, permet de faire respecter la réserve héréditaire dont ceux-ci bénéficient lorsque les avantages matrimoniaux consentis au nouveau conjoint excèdent la quotité disponible.

⁵² Cass. 1^{ère} civ., 29 janvier 2002, *Rolland c/ Fourtier*, *Bull. civ. I*, n° 32; *D.*, 2002, Jur. p. 1938, note A. Devers; *RTD civ.*, 2002, p. 278, obs. J. Hauser, p. 347, obs. B. Vareille et p. 865, obs. J.-P. Marguénaud; *AJ Famille*, 2002, p. 110; *Deffrénois*, 2002, art. 37611, n° 84, obs. G. Champenois.

la « situation comparable » témoigne de « *l'influence considérable qu'exercent désormais sur l'ordre juridique français la Convention et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* »⁵³.

La suppression par le législateur de toutes les dispositions du Code civil restreignant les droits successoraux des enfants adultérins⁵⁴ entérine l'évolution jurisprudentielle. Cela n'a pas empêché cependant une nouvelle condamnation de la France dans l'affaire *Merger et Cros* du 22 décembre 2004, en raison de la contrariété de son ancienne législation relative aux droits successoraux des enfants adultérins avec la Convention⁵⁵.

c - Plusieurs exemples illustrent le même schéma dans le domaine de la liberté de la presse.

La lecture de l'article 2 de la loi du 2 juillet 1931 (interdisant la publication d'informations relatives au dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile) faite par la Cour de cassation, qui le considérait compatible avec la CEDH⁵⁶, a été infirmée par le juge

⁵³ A. Devers, « L'enfant naturel, un enfant légitime comme les autres », *D.*, 2002, Jur., p. 1938.

⁵⁴ La loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins, *D.*, 2001, Lég. p. 3593 ; *JCP G*, 2002, III, n° 20000. Pour une application de cette loi, v. Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 2004, *D.*, 2004, p. 2338, obs. M. Nicod.

⁵⁵ Cour EDH, 22 décembre 2004, *Merger et Cros c/ France*, req. n° 68864/01, *Dr. fam.*, 2005, n° 7-8, étude 12, S. Le Chuiton. La Cour européenne sanctionne l'inertie du juge interne, car l'affaire *Merger et Cros* était pendante devant la Cour de cassation au moment où l'arrêt *Mazurek* a été rendu.

⁵⁶ Cass. crim., 19 mars 1996, *Du Roy et Malaurie*, pourvoi n° 94-83918. La Cour de cassation confirme le jugement des juridictions inférieures (TGI Paris, 17^{ème} ch., 9 juillet 1993 et CA Paris, 2 février 1994) qui considéraient que la restriction énoncée par la loi de 1931 visait « à garantir la présomption d'innocence et à prévenir toute influence extérieure sur le cours de la justice ». Dans le même sens, Cass. crim., 14 juin 2000, *J.-M. Colombani et autres*, *LPA*, 18/04/2001, n° 77, p. 6 ; *Légipresse*, n° 177-III, p. 198, note M.-N. Louvet.

européen dans l'arrêt *Du Roy et Malaurie c/ France*⁵⁷. Le juge européen estime que cet article énonce « *une interdiction de publication générale et absolue visant tout type d'information* », qui « *entrave de manière totale le droit pour la presse d'informer le public* »⁵⁸. Après cette condamnation, la Cour de cassation effectue un revirement de jurisprudence et décide que « *l'article 2 de la loi du 2 juillet 1931, par l'interdiction générale et absolue qu'il édicte, instaure une restriction à la liberté d'expression qui n'est pas nécessaire à la protection des intérêts légitimes énumérés par l'article 10-2 de la Convention* »⁵⁹. Elle s'approprie ainsi la représentation que le juge européen se fait de la prévisibilité et de la qualité de la loi. Pour la première fois sur le fondement de l'article 10, elle écarte la disposition litigieuse pour décider « *qu'étant incompatible avec ces dispositions conventionnelles, il [l'article 2 de la loi de 1931] ne saurait servir de fondement à une condamnation pénale* »⁶⁰. Ce revirement a été sévèrement critiqué, certains auteurs parlant d'une « *inclinaison française* » et d'une « *soumission immédiate* » de la part du juge national⁶¹.

⁵⁷ Cour EDH, 3 octobre 2000, *Du Roy et Malaurie c/ France*, Rec. 2000-X ; JCP G, 2001, I, 291, n° 39 ; JDI, 2001, p. 223, note A. Guedj ; Rev. sc. crim. dr. pén. comp., 2001, p. 180, note J. Francillon.

⁵⁸ Cour EDH, *Du Roy et Malaurie* préc., § 35.

⁵⁹ Cass. crim., 16 janvier 2001, X. *Gouyou-Beauchamps et autres*, *Légipresse*, 2001, 181-III, p. 80, note Derieux ; LPA n° 77, 18 avril 2001, p. 13, note E. Derieux ; D., 2001, somm., p. 1066, obs. J.-F. Renucci ; *Gaz. Pal., Rec.* 2001, jur. p. 1572, J. n° 298, 25 octobre 2001, p. 7, note Y. Monnet. Dans le même sens, Cass. crim., 27 mars 2001, *Bull. crim.*, 2001, n° 80.

⁶⁰ Cette disposition a été par la suite abrogée par la loi du 9 mars 2004 portant application de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF* du 10 mars 2004.

⁶¹ E. Dreyer, « L'assimilation par le juge judiciaire de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit français de la presse confronté à l'article 10 », *RRJ*, 2004-2, p.872.

Un autre exemple concerne l'article 36 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse (délit d'offense envers un chef d'Etat étranger). Contrairement à l'interprétation de la Cour de cassation⁶², la Cour de Strasbourg a estimé que la loi nationale conférait aux chefs d'État « *un régime exorbitant du droit commun* » et que, de ce fait, « *le délit d'offense tend à porter atteinte à la liberté d'expression et ne répond à aucun "besoin social impérieux" susceptible de justifier cette restriction [à la liberté d'expression]* »⁶³. Après la condamnation de la France dans l'affaire *Colombani*, la Cour d'appel de Versailles⁶⁴ « *se fait le relais de la jurisprudence européenne* »⁶⁵, en adoptant la même grille d'analyse que le juge européen. En concluant que le plaignant pouvait agir sur le fondement de l'article 32, alinéa 1^{er} de la loi de 1881 (applicable aux simples particuliers), le juge national neutralise l'article 36 précédemment banni par le juge européen.⁶⁶ Le dialogue est clos, à nouveau, par l'intervention du législateur qui a abrogé l'article 36 de la loi de 1881.

⁶² Cass. crim., 22 juin 1999, *D.*, 1999, IR, p. 193. De même, Cass., 2^{ème} civ., 28 septembre 2000, *D.*, 2000, IR, p. 293 ; *LPA*, 7 décembre 2000, p. 17, note E. Derieux ; *Gaz. Pal., Rec.*, 2001, somm., p. 983 ; *J.*, n° 170, 19 juin 2001, p. 43, note P. Guerder.

⁶³ Cour EDH, 25 juin 2002, *Colombani et a. c/ France*, *Rec.* 2002-V, § 68-69. Le TGI de Paris anticipe la solution européenne (TGI Paris, 17^{ème} ch., 25 avril 2001, *Deby et Bongo c/ Verschave, Beccaria et les éd. Les Arènes, Légipresse*, n° 182, III, juin 2001 ; *LPA* n° 117, 13 juin 2001, p. 102 ; *D.* 2003, p. 715) et la Cour européenne n'hésite pas à le citer. Il est cependant contredit en appel (CA Paris, 11^{ème} ch. A, 3 juillet 2002).

⁶⁴ CA Versailles, 24^e ch., 9 septembre 2004, *Hachette Filipacchi Associés (Sté.)*, *D.*, 2005, p. 2849, note B. Beignier et B. de Lamy.

⁶⁵ B. Beignier et B. de Lamy, *D.*, 2005, préc., p. 2851.

⁶⁶ *Idem* : « *Le délit d'offense à un chef d'Etat étranger est considéré comme disparu de l'ordre juridique, transparent, comme inexistant non par l'autorité de la Convention, mais par celle de la décision rendue par le juge européen* ».

En outre, après la condamnation de la France dans l'affaire *Fressoz et Roire*⁶⁷ qui consacrait l'inconventionnalité du délit de recel, la Cour de cassation a fini par admettre que le journaliste puisse faire la preuve de ses allégations par la production de pièces protégées par un secret, afin d'exercer les droits de la défense. Dans un arrêt du 11 juin 2002 elle a accepté la preuve de la vérité des faits diffamatoires par la production de pièces issues d'une procédure en cours, en cherchant à savoir « *si, en l'espèce, la production en justice des pièces litigieuses (...) n'avait pas été rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense* »⁶⁸.

d - Enfin, la reconnaissance du droit, pour un transsexuel, de changer son état civil et, dès lors, son prénom a été le résultat direct d'une condamnation de la France. Le refus initial de la Cour de cassation de reconnaître un tel droit⁶⁹ a été considéré contraire au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la CEDH et sanctionné dans l'arrêt *B. c/France* du 25 mars 1992⁷⁰. Par la suite, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a admis le changement d'état civil,

⁶⁷ Cour EDH, Gr. Ch., 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c/ France*, Rec. 1999-I ; *JCP G*, 1999, II, 10120, note E. Derieux ; *RDP*, 2000, p. 732, obs. M. Levinet.

⁶⁸ Cass. crim., 11 juin 2002, *D.*, 2004, Somm. p. 317, obs. B. de Lamy ; *Légipresse*, n° 196, nov. 2002, III, p. 181, note J.-Y. Dupeux ; *JCP G*, 2003, II, 10061, note E. Dreyer. Dans le même sens, Cass. crim., 11 février 2003, *D.*, IR, p. 807 ; *D.*, 2004, Somm. p. 317, obs. B. de Lamy ; *Légipresse*, n° 2001, mai 2003, note B. Ader.

⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1990, *Bull. civ. I*, n° 117, p. 83 (4 arrêts) ; Rapp. J. Massip et concl. F. Flipo, *JCP G*, 1990, II-21588. La Cour de Cassation avait jugé que le sexe psychologique ne prévaut pas sur le sexe biologique (en refusant d'admettre en conséquence la modification de l'état civil) et que dans le but de changer de prénom ne doivent pas être prises en compte les traitements ou opérations résultant d'une volonté délibérée (non thérapeutiques).

⁷⁰ Cour EDH, 25 mars 1992, *B. c/ France*, *JCP G*, 1992, II, 21955, note M. Levinet.

mais uniquement dans un but thérapeutique, dans deux arrêts du 11 décembre 1992⁷¹.

Le juge interne peut être encore plus novateur et corriger le droit interne non parce qu'il y a eu une condamnation de la France, mais d'un autre Etat partie à la Convention. La mise en conformité de son interprétation avec celle délivrée par le juge européen est destinée à rectifier le droit interne afin de prévenir une telle condamnation.

II - L'interprétation préventive du juge national

On parle d'une interprétation préventive du juge national lorsque, en l'absence de condamnation de la France, mais suite à la condamnation d'un autre État, il se rallie à l'interprétation européenne de la Convention afin d'éviter une éventuelle condamnation si une affaire similaire contre la France se présente devant la Cour de Strasbourg.

Il n'est pas inintéressant de reprendre le regard rétrospectif que le président J.-P. Costa porte en 2007 sur la jurisprudence nationale : « *Quand j'ai quitté le Conseil d'État, il y a huit ans, la Cour de Strasbourg et sa jurisprudence, c'était le diable, maintenant, on les a intégrées presque complètement. Ainsi, concernant l'article 6, sur les validations législatives, le Conseil d'État, et même le Conseil constitutionnel ont complètement suivi la Cour. De la même façon, dans l'affaire Diop, le Conseil d'État a anticipé la jurisprudence de Strasbourg sur l'article 1^{er} du premier protocole. C'est une attitude*

⁷¹ Cass. Ass. plén., 11 décembre 1992, *René X. et Marc X.*, *Bull. Ass. plén.*, n° 13, p. 27; *JCP G*, 1993, II, 21991, concl. M. Jéol et note G. Mémeteau.

nouvelle dont je me réjouis. C'est un changement de perspective qui correspond aussi sans doute à un changement des mentalités »⁷².

L'évolution sans doute la plus remarquable est celle qui l'a conduit à suivre la démarche constructive du juge européen, qui a procédé à l'élargissement du champ d'application des droits garantis par la Convention. De ce fait, l'adoption de l'interprétation européenne par le juge national « *élargit inéluctablement le champ de son propre contrôle sur le droit interne* »⁷³ (A). Au demeurant, c'est le contrôle même opéré par le juge national qui a connu d'importants infléchissements (B).

A - L'extension de l'applicabilité des droits garantis par la Convention

Concernant tout d'abord l'élargissement du champ d'application des droits garantis par la Convention, le reflet national de l'interprétation européenne conduit peu à peu à ce que des domaines nouveaux soient intégrés dans le contrôle de conventionnalité de la loi, qu'il s'agisse du principe de l'égalité de l'impôt (1°) ou encore des droits à des prestations sociales (2°).

1 - La reconnaissance de l'applicabilité de la Convention à la matière fiscale

Pour l'heure, les exemples ne sont guère nombreux dans ce domaine, ce qui justifie d'ailleurs le nombre réduit de lignes qu'on lui

⁷² « Questions à Jean-Paul Costa... », préc., p. 60.

⁷³ F. Sudre, « À propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité », op. cit., p. 217.

consacrera. Bien évidemment, on entend exclure ceux portant sur l'article 6 de la Convention, qui ne fait pas l'objet de notre étude⁷⁴.

L'applicabilité de l'article 1 du Protocole n° 1 de la CEDH et, conséquemment, celle de l'article 14 à la matière fiscale, reconnue depuis longue date par le juge européen⁷⁵, a été admise récemment par le Conseil d'État dans l'avis *SA Financière Labeyrie*, qui estime que les dispositions combinées de ces deux articles « *peuvent être utilement invoquées pour soutenir que la loi fiscale serait à l'origine de discriminations injustifiées entre contribuables* »⁷⁶.

2 - La reconnaissance de l'applicabilité de la Convention en matière de droits sociaux

L'application par le juge national de la jurisprudence européenne en matière de droits sociaux⁷⁷ mérite d'être mise en évidence.

Pour le juge européen, un droit à pension peut constituer un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 s'il y a eu un versement des cotisations spécifiques⁷⁸ ou, hypothèse plus rare, si l'employeur s'est engagé à verser aux intéressés une pension dans des conditions « *qui peuvent être considérées comme faisant partie du contrat de travail* »

⁷⁴ Cf. K. Grabarczyk, « Dialogue des juges : éléments d'analyse », *supra*, pp. 6-37.

⁷⁵ Cour EDH, 23 octobre 1990, *Darby c/ Suède*, A. 187 ; *RFDA*, 1991, p. 848, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 1992, p. 183, note J.-F. Flauss.

⁷⁶ CE, Ass., avis du 12 avril 2002, *SA Financière Labeyrie*, *AJDA*, 2002, p. 210, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *RDP*, 2002, p. 619, obs. X. Prétot.

⁷⁷ Cour EDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche*, *Rec.* 1996-IV, D., 1998, p. 438, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; 27 mars 1998, *Petrovic c/ Autriche*, *Rec.* 1998-II, *RTDH*, 1998, p. 721, obs. S. Priso-Essawe ; Cour EDH, 25 octobre 2005, *Okpisz c/ Allemagne*, req. n° 59140/00.

⁷⁸ Cour EDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche*, préc.

»⁷⁹. Plus spécifiquement, il considère que les pensions de retraite des fonctionnaires peuvent entrer dans le champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1⁸⁰.

Le juge national n'ignore pas cette jurisprudence ; tant le juge judiciaire que le juge administratif ont qualifié de « biens » des prestations sociales, même non contributives, sur le fondement uniquement de l'article 1 du Protocole n° 1 ou en combinaison avec l'article 14 ou l'article 8 de la Convention.

Ainsi, la Cour de cassation a admis qu'une allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité constitue un « bien », pour juger ensuite que le refus de son octroi pour des raisons tenant à seule la nationalité étrangère du demandeur est discriminatoire ; à cet effet, elle fonde ouvertement son raisonnement sur l'interprétation du juge européen⁸¹.

Elle est suivie à court terme par le Conseil d'État, qui se fonde sur le terrain seul du droit de propriété pour qualifier de « biens » les primes de qualifications et de service pour les militaires⁸² ou encore des pensions civiles et militaires⁸³ ou les allocations forfaitaires des

⁷⁹ Comm. EDH, 13 juillet 1988, *Sture Stigson c/ Suède*, n° 12264/86, D. R. 57, p. 131.

⁸⁰ Cour EDH, 14 décembre 1999, *Antonakopoulos et autres c/ Grèce*, req. n° 37098/97 ; Cour EDH, 28 mars 2000, *Dimitrios Georgiadis c/Grèce*, req. n° 41209/98.

⁸¹ Cass. soc., 14 janvier 1999, *Bozkurt c/ CPAM de Saint Etienne*, JCP G, 1999, II, 10082, note F. Sudre.

⁸² CE, Ass., 11 juillet 2001, *Ministre de la Défense c/ Préaud*, Leb., p. 345 ; AJDA, 2001, p. 841, chron. M. Guyomar et P. Collin ; RFDA, 2001, p. 1047, concl. C. Bergeal.

⁸³ CE, 7 janvier 2004, *Colombani et Greselle* (2 arrêts), AJDA, 2004, p. 1653, note O. Dord. On notera que dans un premier temps le Conseil d'État considérait que « la suspension des droits à pension ne porte pas atteinte à un droit de propriété protégé par les dispositions précitées », CE, 26 novembre 1993, *Nabarrot*, req. 137700.

rapatriés⁸⁴. La Haute juridiction administrative admet également l'applicabilité de l'article 14 rattaché à l'article 1 du Protocole n° 1 à des griefs de discrimination en matière d'allocations familiales⁸⁵, de pension militaire⁸⁶ ou de pension de réversion⁸⁷.

Des griefs similaires sont admis en utilisant le support de l'article 8. Tel est le cas, par exemple, en matière de prestations familiales, où la Cour de cassation combine le droit au respect de la vie familiale et l'article 14 et interprète les dispositions nationales à la lumière de la jurisprudence européenne afin d'énoncer que la jouissance de telles prestations doit être assurée sans distinction fondée sur l'origine nationale⁸⁸. De même, dans une affaire concernant le droit à une pension de réversion au titre de conjoint survivant, le Conseil d'État rattache l'article 14 au droit au respect de la vie privée⁸⁹.

Si les exemples relatifs à l'applicabilité des droits garantis illustrent de manière convaincante l'emprise du droit européen sur la jurisprudence nationale, il en va de même en ce qui concerne le contrôle proprement dit de la conventionnalité d'une disposition nationale. L'évolution dans ce domaine est évidente.

⁸⁴ CE, 19 mars 2003, *Bahri*, req. n° 243658.

⁸⁵ CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette, Leb.*, p. 37 ; *RFDA*, 1999, p. 357, concl. C. Maugüe ; *AJDA*, 1999, p. 420, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; *RFDA*, 1999, p. 372, obs. D. de Béchillon.

⁸⁶ CE, 30 novembre 2001, *M. Diop, Leb.*, p. 605 ; *AJDA*, 2001, p. 1039, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *RFDA*, 2002, p. 573, concl. J. Courtial ; CE, 29 décembre 2004, *D'Amato*, req. n° 265846.

⁸⁷ CE, 28 octobre 2002, *Veuve Hammoudi Mizouni, AJDA*, 2003, p. 301.

⁸⁸ Cass. Ass. Pl., 16 avril 2004, *DRASS c/ M. et Mme Lingouala*, concl. R. de Gouttes.

⁸⁹ CE, 27 juillet 2005, *Mme Margain*, req. n° 272443.

B - Le développement du contrôle de conventionnalité d'une disposition nationale

Le professeur F. Sudre remarque le fait que « *la transposition en droit interne (...) de certaines techniques d'interprétation et de contrôle du juge européen [permet] manifestement au juge national d'élargir la palette des modalités de son propre contrôle juridictionnel* »⁹⁰. Deux évolutions peuvent être soulignées : d'une part, le renforcement du contrôle du juge national (1°) ; d'autre part, en termes de conséquences, ses répercussions sur le droit interne (2°).

1 - L'intensification du contrôle de conventionnalité du droit interne

À titre liminaire, on remarquera que l'étendue du contrôle effectué par le juge interne est soumise aux aléas de l'interprétation européenne. L'exemple de l'arrêt *Mademoiselle B.* du Conseil d'État⁹¹, qui marque l'alignement du juge national sur la jurisprudence *Fretté c/ France*⁹² en matière d'adoption des homosexuels est relevant. L'ambiguïté de l'arrêt en ce qui concerne l'applicabilité de l'article 8 en la matière⁹³, soulignée par le commissaire du Gouvernement dans ses conclusions, conduit celui-ci à inciter le Conseil d'État à pratiquer un contrôle

⁹⁰ F. Sudre, « À propos du "dialogue des juges" et du contrôle de conventionnalité », op. cit., p. 216.

⁹¹ CE, 5 juin 2002, *Mlle B.*, req. n° 230533.

⁹² Cour EDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, Rec. 2002-I ; *JCP G*, 2002, II, 10074, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre, p. 885-890.

⁹³ Le refus d'agrément à l'adoption ne relève ni de la vie privée, ni de la vie familiale, mais le droit d'accès à l'adoption est inclus, de manière très discutable, dans l'article 8. V. *JCP G*, 2002, II, 10074, préc.

restreint et laisser aux juges du fond une appréciation souveraine⁹⁴. L'illisibilité de la solution européenne fonctionne, en ce cas, comme une barrière à l'effectivité du dialogue des juges.

a - D'une manière plus générale, qu'il s'agisse ou non d'une condamnation préalable de la France, le juge national renforce son contrôle, sous l'influence de l'interprétation européenne. L'abandon du contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation en faveur du contrôle de proportionnalité directement inspiré de la jurisprudence strasbourgeoise est visible dans le contentieux des étrangers ou celui des mesures d'interdiction des publications étrangères. Ainsi, dans le cadre du contentieux des étrangers, la Haute Assemblée administrative accepte de substituer au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation au regard de la seule menace pour l'ordre public un contrôle entier de proportionnalité⁹⁵. Il en va de même dans le domaine des publications étrangères. Avant même la condamnation de la France dans l'affaire *Association Ekin*⁹⁶, le contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation que le juge administratif pratiquait⁹⁷ fait place à un contrôle entier, correspondant au contrôle de proportionnalité exigé par la jurisprudence européenne en la matière⁹⁸.

⁹⁴ *AJDA*, 2002, p. 615-623, *Mlle B.*, préc., concl. P. Fombeur.

⁹⁵ CE, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, préc. ; CE, Ass., 19 avril 1991, *Belgacem et Mme Babas*, préc.

⁹⁶ Cour EDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c/ France*, préc.

⁹⁷ CE, Ass., 2 novembre 1973, *SA Librairie François Maspero*, *Leb.* p. 611 ; *JCP* 1974, II, 17642, concl. G. Braibant ; *AJDA*, 1973, p. 577, chron. M. Franc et M. Boyon ; *GAJA*, Dalloz, 13^e éd. 2001, n^o 93. De même, CE Ass., 30 janvier 1980, *Ministre de l'Intérieur c/ SA Librairie François Maspero*, *Leb.* p. 53 ; *AJDA*, 1980, p. 242, concl. B. Genevois et note C. Jordan ; *Gaz. Pal.*, 1980, n^o 2, p. 586, note F. Julien-Lafférière.

⁹⁸ CE, 9 juillet 1997, *Association Ekin*, préc.

b - Plus visible encore est l'évolution de la jurisprudence interne concernant le droit à l'image. Dans un premier temps, la Cour de cassation considérait que le caractère absolu du droit à l'image est compatible avec l'article 10 de la Convention, tout en refusant d'effectuer un contrôle de proportionnalité. Elle estimait en effet que « *selon l'article 9 du Code civil, la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation* »⁹⁹. Sans doute influencée par la jurisprudence européenne qui condamne toute réglementation posant une interdiction totale et absolue de publication d'une photo¹⁰⁰, la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence et décide que le droit exclusif sur l'image est contraire à l'article 10 de la CEDH pour tous les clichés à caractère informatif. La conception nationale du droit à l'image, considérée comme « *trop absolutiste* »¹⁰¹, change. Ainsi, la liberté de communication des informations justifie la publication de l'image d'une personne impliquée dans un événement ou dans une affaire judiciaire, sous réserve du respect de la dignité de la personne humaine. La mise en balance que la Cour de cassation effectue désormais est directement issue de la jurisprudence européenne. Les arrêts de revirement de février et juillet 2001 de la Cour de cassation¹⁰², suivis de nombreux d'autres arrêts, semblent ainsi anticiper le nouveau critère introduit par l'arrêt *Von Hannover*

concl. M. Denis-Linton, *RFDA*, 1997, p. 1284, note B. Pacteau ; *RDP*, 1998, p. 539, obs. P. Wachsmann.

⁹⁹ Cass., civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, *D.*, 1997, Jur. p. 403. Dans le même sens, Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, *D.*, 2001, p. 1571 ; Cass., civ. 1^{ère}, 12 décembre 2000, (2 arrêts), *Légipresse* 2001, n° 179, III, p. 30 ; Cass., civ. 1^{ère}, 20 décembre 2000, *Société Cogedipresse c/ Mme Erignac*, *Bull. civ. I*, n° 341.

¹⁰⁰ Cour EDH, 11 janvier 2000, *News Verlags GmbH c/ Autriche*, *Rec.* 2000-I, § 40.

¹⁰¹ E. Dreyer, « L'assimilation par le juge judiciaire de la CEDH... », préc., p. 883.

¹⁰² Cass. 1^{ère} civ., 20 février 2001, *Sté Hachette Filipacchi c/ G. Bruno*, *Bull. civ.*, 2001, I, n° 42 et 43 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2001, *SNC Prisma Presse et a. c/ S.*, *Bull. civ.* 2001, I, n° 222.

*c/Allemagne*¹⁰³ afin de permettre la publication des images, plus précisément la nécessité qu'elles illustrent un débat d'intérêt général.

2 - Les conséquences du contrôle de conventionnalité sur le droit interne

Le contrôle que le juge effectue sur la loi lui permet de mettre son empreinte sur le droit interne, en le complétant ou en le corrigeant. On peut s'imaginer, avec E. Royer, qu'« *en ratifiant la Convention européenne des droits de l'homme (...), les autorités françaises ne se doutaient pas, à l'époque, de l'ampleur des bouleversements entraînés par ces actes de droit international dans l'ensemble de notre édifice juridique* »¹⁰⁴.

D'une part, comme on l'a précédemment montré, le juge national peut compléter le droit interne, en ajoutant aux textes des conditions qui n'y figurent pas, mais qui sont directement inspirées de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Lorsque certains textes nationaux sont muets à l'égard de la condition de proportionnalité d'une mesure, cette exigence est quand même imposée par le juge national.

Ainsi, une perquisition réalisée dans une agence de presse doit être conforme non seulement aux dispositions nationales pertinentes du Code de procédure pénale, mais également aux exigences européennes de nécessité et proportionnalité de l'atteinte portée à la liberté

¹⁰³ Cour EDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c/ Allemagne*, Rec. 2004-VI ; *GACEDH*, n° 41 ; *JCP G*, 2004, I, 161, n° 8, obs. F. Sudre ; *RTD civ.*, 2004, p. 802, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.*, 2005, chron. J.-L. Halperin.

¹⁰⁴ E. Royer, « La remise en cause du droit français des pensions civiles et militaires », *AJDA*, 2002, p. 580.

d'expression¹⁰⁵. Il n'est pas difficile de faire le rapprochement avec l'arrêt *Niemietz c/ Allemagne* de la Cour européenne¹⁰⁶. De même, un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 18 février 2003, marquant un changement net de sa jurisprudence¹⁰⁷, impose la double condition de nécessité et proportionnalité de l'usage des armes par les gendarmes lors de l'arrêt d'un véhicule¹⁰⁸, qui n'était pas prévue par l'article 174 du décret du 20 mai 1903, mais qui figure par contre dans la jurisprudence européenne sur le terrain de l'article 2, en matière d'usage de la force publique meurtrière¹⁰⁹.

D'autre part, le juge national peut corriger le droit interne afin de prévenir une éventuelle condamnation de la France et s'appuie sur l'interprétation européenne pour écarter une disposition nationale qu'il estime contraire à la CEDH. Deux exemples parlent d'eux-mêmes, l'un en matière d'établissement de la filiation maternelle, l'autre en matière de lois dites de « cristallisation de pensions ».

¹⁰⁵ Cass. crim., 5 décembre 2000, *Sté Agence A et a.*, *Bull. crim.* 2000, n° 362 p. 1091 ; *JCP G*, 2001, II, 10615, note P. Comte.

¹⁰⁶ Cour EDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, A. 251-B (perquisition dans un cabinet d'avocat constitutive d'une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée), *GACEDH*, n° 45 ; *AFDI*, 1992, p. 629, obs. V. Coussirat-Coustère ; *RTDH*, 1993, p. 410, chron. P. Lambert et F. Rigaux.

¹⁰⁷ Cass. crim., 5 janvier 2000, *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 2000, p. 606, obs. Y. Mayaud ; *D.*, 2000, p. 780, note B. de Lamy.

¹⁰⁸ Cass. crim., 18 février 2003, *Consorts X., D.*, 2003, p. 1317, note F. Defferrard et V. Durtette et p. 809, *IR* n° 12 ; la Cour de Cassation juge désormais que l'usage de l'arme à feu par les gendarmes (art. 174 du décret du 20 mai 1903) peut se faire seulement s'il est « absolument nécessaire » et si la force employée est « strictement proportionnée au danger de la situation ». Dans le même sens, Cass. crim., 14 juin 2005, *Bull. crim.*, 2005, n° 177, p. 629.

¹⁰⁹ Cour EDH, Gr. Ch., 27 septembre 1995, *Mac Cann et a. c/ Royaume-Uni*, A. 324 ; *GACEDH*, n° 10 ; *AFDI*, 1995, p. 485, chron. V. Coussirat-Coustère ; *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 1996, p. 462, obs. R. Koering-Joulin ; *RUDH*, 1996, p. 9, chron. F. Sudre.

Dans le premier cas, c'est l'arrêt *Marckx c/ Belgique*¹¹⁰ qui se trouve à l'origine d'une « réécriture du code civil par les juges »¹¹¹. Dans un jugement très remarqué¹¹², le TGI de Brives s'est référé directement à cet arrêt pour écarter l'application de l'article 334-8 du Code civil, qui prévoyait que la filiation naturelle était établie par la reconnaissance volontaire ou la possession d'état¹¹³. Le juge du fond fixe ainsi la règle qu'« il doit désormais être admis que l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant naturel emporte de facto établissement juridique de la filiation maternelle... »¹¹⁴. La Cour de cassation continue dans la même direction et, contrairement à ce qu'elle avait décidé un an auparavant¹¹⁵, s'appuie sur l'application combinée des articles 8 et 14 et reprend à son compte le principe *mater semper certa est* consacré par la jurisprudence *Marckx*. Elle juge que l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de

¹¹⁰ Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, A. 31 ; *GACEDH*, n° 49.

¹¹¹ J. Hauser, « Maternité naturelle : la réécriture du code civil par les juges », *RTD civ.*, 2001, p. 344.

¹¹² TGI Brives, 30 juin 2000, *RTD civ.*, 2000, p. 815, obs. J. Hauser; *RTD civ.*, 2000, p. 930, obs. J.-P. Marguénaud ; *Dr. fam.*, 2000, comm. n° 107, obs. P. Murat ; *Deffrénois*, 2000, p. 1310, obs. J. Massip.

¹¹³ Cette disposition était en effet contraire à la jurisprudence de la Cour et aux articles 8 et 14 combinés, car établissant une discrimination par rapport à l'établissement de la filiation légitime (qui se prouve par le seul acte de naissance).

¹¹⁴ Ce *dictum* est qualifié de « formule d'avant-garde » par le professeur J.-P. Marguénaud, qui, en comparant le jugement du TGI de Brives avec celui du TGI de Montpellier du 2 mai 2000 (préc.) considère que « l'audace limousine est plus grande encore que le courage languedocien. Elle conduit en effet à écarter une disposition législative toujours en vigueur en invoquant expressément l'autorité interprétative d'un arrêt condamnant un autre État que la France », *RTD civ.*, 2000, p. 930, préc.

¹¹⁵ Dans une affaire concernant une action déclaratoire de nationalité elle considérait que la filiation n'était pas établie en l'absence d'une preuve de possession d'état : Cass. 1^{ère} civ., 14 juin 2005, *D.*, 2005, *IR* p. 825 ; cet arrêt confirmait le jugement de la Cour d'appel de Paris du 4 avril 2003, *D.*, 2004, *Somm.*, p. 462, obs. V. Godron et *Jur.* p. 1697, note M.-C. Meyzeaud-Garaud ; *RTD civ.*, 2003, p. 487, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.*, 2003, comm. n° 141, obs. P. Murat.

l'enfant naturel suffit pour établir juridiquement la filiation, sans qu'une reconnaissance soit nécessaire¹¹⁶. Elle anticipe ainsi l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme du droit de la filiation¹¹⁷. Le « voyage » de ce principe entre des interprétations différentes aboutit finalement à une convergence d'interprétation entre le juge européen et le juge national, qui est entérinée par le législateur. Dans le cas des lois de « cristallisation de pensions »¹¹⁸, le Conseil d'État s'inspire de la jurisprudence européenne pour juger que le gel de la revalorisation des pensions de retraite des anciens militaires sénégalais instituait une différence de traitement fondée uniquement sur l'absence de possession de la nationalité française et qui ne reposait sur aucune justification objective et raisonnable, étant donc discriminatoire¹¹⁹. Les dispositions nationales incompatibles avec la Convention et leur application vont être, dès lors, écartées, avant que le législateur intervienne. Il en va de même dans une autre affaire où il a jugé que la privation d'une pension de réversion au conjoint d'un fonctionnaire décédé pour le seul fait qu'il n'avait pas la nationalité française constituait une discrimination contraire à la Convention¹²⁰.

¹¹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 14 février 2006, *D.*, 2006, p. 1029, note G. Kessler. Dans le même sens : Cass. 1^{ère} civ., 25 avril 2006, pourvois n° 04-19341 et 05-16841 ; Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 2006, pourvoi n° 05-13737.

¹¹⁷ Cette ordonnance, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006, supprime distinction entre filiation légitime et naturelle et consacre l'établissement de la filiation par simple mention de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant. V. F. Granet et J. Hauser, « Le nouveau droit de la filiation », *D.*, 2006, p. 17.

¹¹⁸ Ces lois privaient les anciens agents publics de France, devenus ressortissants des anciennes colonies françaises qui se sont transformées en États indépendants, des mécanismes de revalorisation des pensions applicables aux anciens agents qui étaient restés français.

¹¹⁹ CE, 30 novembre 2001, *M. Diop*, préc.

¹²⁰ CE, 6 février 2002, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c/ M. Bab Hamed*, req. n° 219383. Pour un développement sur les changements dans le régime juridique des pensions civiles et militaires à la suite de l'application de la

À travers les nombreux exemples que la jurisprudence nationale offre, on a vu comment le juge interne prend en compte l'interprétation du juge européen. En acceptant d'opérer un revirement de jurisprudence, il adapte sa propre interprétation afin qu'elle concorde, plus ou moins parfaitement, avec celle du juge strasbourgeois. Il en résulte un ajustement du droit interne et au-delà, une « *normalisation de l'usage du droit de la Convention européenne des droits de l'homme par le juge français* »¹²¹. On peut dès lors considérer, avec le président B. Genevois, que les suites données par le Conseil État (et on pourrait y ajouter la Cour de cassation) aux arrêts de la Cour européenne « *dénotent qu'il n'entend nullement faire preuve de désinvolture à l'égard de la jurisprudence européenne* »¹²². La perspective de la « guerre des juges » semble ainsi écartée et la voie du « dialogue des juges » est ouverte.

CEDH par le juge français, v. E. Royer, « La remise en cause du droit français des pensions civiles et militaires », *AJDA*, 2002, p. 580.

¹²¹ F. Sudre, « À propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité », *op. cit.*, p. 215.

¹²² B. Genevois, « Quelques remarques... », *op. cit.*, p. 59-60.

L'anticipation

Manifestation d'un dialogue « vrai » entre juge national et juge européen ?

Colombine MADELAINE

Doctorante, Allocataire de recherche – moniteur

Université Montpellier I (IDEDH)

Sommaire

I - Le dialogue potentiel

A - Le dialogue improbable

B - Le dialogue suspendu

II - Le dialogue effectif

A - La réception européenne des interprétations novatrices du juge national

B - La réception européenne des interprétations extensives du juge national

Est-il juste de parler de l'existence d'un dialogue entre juge national et juge européen ? Celui-ci n'est-il pas plutôt un monologue ? N'est-il pas une façade, une « invention » des juges français pour se persuader d'être encore maîtres de l'application du droit interne ?

Les diverses sagas jurisprudentielles dans lesquelles le juge interne a tenté de résister aux interprétations européennes portent à le croire, tant les cas de figure dans lesquels le juge européen a finalement cédé aux arguments des juges nationaux sont rares¹.

¹ Un exemple en est donné par J. Andriantsimbazovina : « *une influence de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur celle de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas impossible dans le contentieux de la compatibilité de l'éloignement* »

Cependant, dresser un tableau aussi cynique serait occulter une partie de la réalité.

La recevabilité d'une requête devant la Cour de Strasbourg est conditionnée par l'article 35 de la CEDH à l'épuisement des voies de recours internes². La Cour a tiré les conséquences de cette règle procédurale en affirmant que « *le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme* »³.

Le juge national est donc le juge de droit commun de la Convention. En tant que tel, il est amené à connaître un contentieux avant que celui-ci n'arrive entre les mains du juge européen. En répondant aux divers moyens invoqués par les parties et plus particulièrement à ceux tirés de la Convention, il devra faire acte d'interprétation de cette dernière.

Du fait de l'autorité relative des arrêts de la Cour⁴, rien n'oblige le juge national à appliquer les solutions dégagées par le juge de Strasbourg.

des étrangers avec le droit à la vie privée et familiale. C'est semble-t-il, sur l'influence du Conseil d'Etat que la Cour a nuancé sa jurisprudence qui faisait primer la vie familiale d'un étranger délinquant ou criminel sur la mesure d'éloignement qui le frappe. En harmonie avec la jurisprudence administrative, la Cour considère désormais que la gravité des infractions commises et l'existence de liens avec le pays d'origine font qu'une mesure d'expulsion ne porte pas une atteinte disproportionnée à la vie privée et familiale d'un étranger expulsé.». J. Andriantsimbazovina, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ? », *RFDA* 2002, p. 124.

² « *La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive* ».

³ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, GACEDH, n° 7, A/24, § 48, CDE 1978, 350, chron. G. Cohen-Jonathan ; JDI 1978, 706, chron. P. Rolland.

⁴ Article 46 CEDH « *Le Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquelles elles sont parties* ».

Mais les ignorer serait courir le risque d'une condamnation de la France.

De plus, en appliquant le droit européen le juge national n'utilise pas seulement la Convention européenne et la jurisprudence de Strasbourg mais également les méthodes d'interprétation développées par le juge européen ; interprétation évolutive⁵ et interprétation dynamique⁶ qui vont constituer une « *source d'élargissement de son pouvoir " créateur de droit" »*⁷.

En comprenant l'inutilité d'une résistance et surtout la liberté que lui confère l'application de la Convention considérée non plus comme une menace mais comme une arme, en se réappropriant les méthodes du juge de Strasbourg, les bases d'un dialogue peuvent être posées. Or dans ce dialogue, le juge interne se trouve dans une position de choix, il intervient avant son homologue européen, et peut même être amené à connaître des affaires qui n'iront jamais jusqu'à Strasbourg. Il peut ainsi anticiper en proposant une nouvelle interprétation de la Convention.

L'anticipation recouvre deux cas de figure.

⁵ « *La Convention s'interprète à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques* », Cour EDH, 6 novembre 1980, *Guzzardi c/ Italie*, Série A n°39, § 95.

⁶ « *Celle qui partant du texte de la Convention en tire une conception élargie des droits proclamés voire de l'existence de droits qui n'ont pas été primitivement perçus comme en faisant partie* », P. Rolland, « Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme – Droits et Libertés en Europe, Actes du colloque de Montpellier 20-21 janvier 1989*, S.T.H. 1990, pp. 70-74.

⁷ R. De Goutte, « La CEDH et le juge français », *RIDC* 1999 p. 9.

Le juge national peut être confronté en premier à des questions nouvelles d'interprétation de la Convention sur lesquelles le juge de Strasbourg n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer. L'étude de la jurisprudence permet de constater que le juge national exerce, selon l'expression du Professeur F. Sudre, une « *interprétation novatrice, (...) il entame un dialogue à l'adresse du juge européen, à charge pour celui-ci de le renouer ensuite* »⁸. Bien sur, le juge national est presque contraint de procéder à cette « innovation », à étudier la jurisprudence européenne pour pronostiquer quelle serait la solution dégagée par le juge européen dans des contentieux inédits. S'il agissait autrement il risquerait une condamnation postérieure de la part de Strasbourg. Ainsi, si dialogue il y a, il serait plutôt un « *dialogue subi* »⁹.

Mais le juge peut également aller plus loin en « *procédant à une interprétation extensive qui le mène au delà de l'interprétation européenne* ». Il « *retient une interprétation de la Convention qui favorise un élargissement du champ d'application du droit garanti et, en conséquence, la soumission au respect de ce droit de situations qui ne sont pas visées par la jurisprudence européenne* »¹⁰. En effet, c'est le principe même de la subsidiarité que de laisser aux instances nationales la liberté de garantir une protection des droits de la Convention supérieure à celle conférée au niveau européen. Ainsi, rien n'empêche le juge national d'aller au delà des solutions strasbourgeoises, en ayant une démarche plus dynamique que ce dernier. La démarche du juge français sera d'autant plus intéressante

⁸ F. Sudre, « À propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionalité », in *Études en l'honneur de Jean Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen en début du siècle*, Ed. A. Pedone, Paris, 2004, pp. 207-224, spéc. p. 218.

⁹ L. Milano, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *RFDA* 2006, p. 447.

¹⁰ F. Sudre, *Ibidem*, p. 219.

qu'elle pourra inciter le juge de Strasbourg à modifier sa jurisprudence.

A la différence de l'innovation, cette « surenchère » a lieu à l'occasion d'une application de la Convention qui n'est pas inconnue de la Cour de Strasbourg. Le juge national confère une portée plus grande à un droit. Ceci peut l'amener à conclure à l'inconventionnalité alors que le juge européen dans des contentieux similaires procède à un constat de non violation.

La frontière entre innovation et surenchère est cependant ténue. Ainsi, une interprétation novatrice pourra à posteriori se révéler être une surenchère dans le cas où le juge européen adoptera par la suite une interprétation moins constructive.

A travers l'anticipation, la finalité du dialogue prend ici tout son sens pour servir doublement le justiciable. D'une part, elle lui évite un recours long et fastidieux devant la juridiction européenne. D'autre part elle permet « *l'enrichissement mutuel des jurisprudences européenne et nationale pour une meilleure effectivité des droits conventionnels* »¹¹.

On assiste alors ici à un « *vrai dialogue* » au sens où l'entend J. L. Gardies, c'est-à-dire « *un échange intégralement bilatéral ou multilatéral qu'évoque le mot latin sermo, cet entrelacement de propos dans un seul et même logos (colloquia cum aliquo serere), qui reposerait sur un renoncement définitif de chacun à sa conviction dans l'attente d'une vérité atteinte d'un commun effort, où la part*

¹¹ L. Milano, *Ibidem* p. 448.

propre des constituants se dissocierait en fin de compte aussi peu que la fibre se dissocie de la tresse»¹².

Cette construction commune de l'énoncé conventionnel à travers le dialogue connaît plusieurs étapes. En procédant à une anticipation, le juge national incite le juge européen à lui répondre, en reprenant l'interprétation de la Convention dégagée par lui. Cette réponse ne sera pas immédiate. Le requérant ayant obtenu gain de cause ne fera pas de recours à Strasbourg, et l'État n'ayant pas la qualité de victime, il ne pourra porter l'affaire au niveau européen. Il faudra donc attendre que le juge européen connaisse un contentieux similaire pour se prononcer sur la question. Le dialogue sera alors potentiel (I).

Si le juge européen reprend la solution dégagée au niveau national le dialogue sera alors effectif (II).

I - Le dialogue potentiel

En proposant une interprétation qui anticipe sur la jurisprudence européenne, le juge national interpelle le juge de Strasbourg. Dans certains cas particuliers, il sera improbable qu'un dialogue s'engage (A), en revanche, dans la plupart des cas, le dialogue est suspendu dans l'attente d'une réception européenne (B).

A - Le dialogue improbable

Ce dialogue improbable se noue autour d'une série d'arrêts, dans

¹² J. L. Gardies, « De la spécificité du dialogue à l'intérieur du droit », in *Dialogue, dialectique en philosophie du droit, collection Archives de philosophie du droit*, tome 29, Sirey, Paris, 1984, p. 169.

lesquels le Conseil d'Etat a accepté l'invocabilité de la Convention par des personnes morales de droit public. Cette question ne fera pas l'objet de réponse de la part du juge européen tant que ce dernier ne sera pas revenu sur sa jurisprudence traditionnelle¹³. En effet, il refuse le droit de recours individuel aux collectivités locales au motif qu'elles ne remplissent pas les conditions posées par l'article 34 de la Convention, n'étant ni des « *personnes physiques* », ni des « *organisations non gouvernementales* ».

Mais ce faisant, le juge français ne se situe pas nécessairement en porte à faux avec la jurisprudence européenne. En effet, « *la titularité d'un droit de l'homme au plan interne et la défense de celui-ci par le biais d'un droit de recours individuel au plan international ne constituent aucunement les deux faces d'une même médaille* »¹⁴.

V. Coussirat-Coustère, explique cette différence entre effet direct de la Convention et conditions de recevabilité d'une requête à Strasbourg. « *Les clauses procédurales de la Convention sont rédigées dans une perspective radicalement différente de celle de l'effet direct et, par conséquent, les restrictions qu'elles comportent doivent être considérées ici comme sans pertinence. Ces clauses ont pour objet de fixer les conditions auxquelles un particulier peut agir à Strasbourg contre un Etat partie; elles ne s'intéressent donc qu'à l'effet « vertical » de la Convention, entendu comme la faculté d'opposer à*

¹³ Comm., déc., 14 décembre 1988, *Commune de Rothenturn c/ Suisse*, req. n° 13252/87, DR 59 ; Comm., déc., 7 janvier 1991, *Ayuntamiento de X. c/ Espagne*, req. n° 15090/89.

¹⁴ J.-F. Flauss, Note sous TA Strasbourg, 6 février 2001, *Aéroport de Bâle-Mulhouse c/ TPG du Haut-Rhin*, AJDA 2001, p. 657.

l'Etat son propre engagement»¹⁵.

Ainsi, le Conseil d'Etat a reconnu la possibilité pour des collectivités locales d'invoquer des dispositions de la Convention ; l'article 6§1 dans un litige l'opposant à des personnes privées lors de son arrêt *Département de l'Indre*¹⁶ et l'article 1 Protocole 1 à l'encontre d'une autre collectivité locale, dans son arrêt *Section de commune d'Antilly*¹⁷. Cette dernière qui avait par la suite fait un recours à Strasbourg avait vu son pourvoi déclaré irrecevable, du fait qu'une section de commune est « *une personne morale de droit public, qui exerce une partie de la puissance publique et doit être qualifiée, aux fins de l'article 34 de la Convention, d'organisation gouvernementale* »¹⁸. Après cette décision, la Cour administrative d'appel de Lyon avait refusé, au terme d'un raisonnement juridique discutable, qu'une collectivité locale invoque la Convention en la considérant comme « *une Haute Partie contractante* »¹⁹. Cet arrêt montre les effets éventuellement pervers du « dialogue », dans le cas

¹⁵ V. Coussirat-Coustère, « Convention européenne et droit interne : primauté et effet direct », in *La Convention européenne des droits de l'homme*, L.E. Pettiti et al, ed. Bruylant Nemesis, Collection Droit et Justice n°12, 1992, pp. 11-23, spéc. p.14.

¹⁶ Le département a pu invoquer le bénéfice de l'article 6, § 1 dans un litige relatif à l'allocation compensatrice en faveur des handicapés qui l'opposait à une personne physique dans CE sect. 29 juillet 1994, *Département de l'Indre, Leb.* p. 363, *RFDA* 1995, p. 161, concl. J.-C. Bonichot; *AJDA* 1994, p. 750, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl. Confirmé par CE sect. 27 mars 1998, *Département de Saône-et-Loire, Lebon* p. 106.

¹⁷ Le Conseil d'Etat reconnaît à une section de communes la possibilité de l'invoquer à l'encontre des dispositions de l'article L. 151-15 du Code des communes, relatif au changement d'usage ou vente de tout ou partie des biens d'une section de communes, tout en jugeant son argumentation infondée. CE 3 octobre 1997, *Section de commune d'Antilly, Lebon* tables, p. 700.

¹⁸ Cour EDH, Déc., 23 novembre 1999, *Section de commune d'Antilly c/ France, req.* n° 45129/98.

¹⁹ CAA Lyon, 29 mai 2002, *Commune d'Annecy, AJDA* 2002, 758, concl. A. Bonnet.

d'un manque de compréhension de la jurisprudence européenne de la part du juge interne.

La question était ensuite de savoir si le Conseil d'Etat allait maintenir la possibilité pour cette catégorie de personnes morales d'invoquer la Convention devant le juge interne.

Ce fut chose faite avec les arrêts *Ville d'Annecy*²⁰, et *Commune de Champagne-sur-Seine*²¹ rendus tous deux le 29 janvier 2003. Non seulement il y confirme sa jurisprudence, mais il vient élargir les possibilités de recours sur le fondement de la Convention pour les collectivités locales. Alors qu'il leur avait déjà reconnu la possibilité d'invoquer la Convention contre une personne privée²² et contre une autre collectivité locale²³, il consacre l'invocabilité de la Convention par ces requérants contre l'Etat.

Cependant, il vient limiter cette dernière possibilité, en précisant dans son arrêt *Commune de Champagne-sur-Seine* que les articles 6§1 et 1, Protocole 1 ne s'appliquent pas « *dans un litige qui, quels que soient ses éventuels effets patrimoniaux, est relatif à la répartition des ressources financières publiques entre personnes publiques* »²⁴.

L'initiative du juge français n'attend pas de réponse européenne, le dialogue est ici improbable. Mais cette jurisprudence montre bien le

²⁰ CE, Sect. 29 janvier 2003, *Ville d'Annecy*, req. n° 247909. *AJDA* 2003, 613, concl. L. Vallee.

²¹ CE, Sect. 29 janvier 2003, *Commune de Champagne-sur-Seine*, req. 248894.

²² CE sect. 29 juillet 1994, *Département de l'Indre*, *Leb.* p. 363, *RFDA* 1995, p. 161, concl. J.-C. Bonichot ; *AJDA* 1994, p. 750, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl. Confirmé par CE sect. 27 mars 1998, *Département de Saône-et-Loire*, *Lebon* p. 106.

²³ CE, 3 octobre 1997, *Section de commune d'Antilly*, *Lebon* tables, p. 700.

²⁴ CE, Sect. 29 janvier 2003, *Commune de Champagne-sur-Seine*, req. n° 248894. Interprétation réitérée par la suite : CAA Douai, 28 février 2006, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c. Département de l'Oise*, req. 04DA00317 ; CAA Versailles, 13 avril 2006, *Commune d'Achères*, req. n° 03VE0346.

souci du Conseil d'Etat de garantir l'effet direct de la Convention et par là même l'effectivité de celle-ci.

Cet exemple de dialogue « improbable » reste marginal. Dans la plupart des cas, lorsque le juge interne procède à une anticipation, le dialogue est « suspendu ».

B - Le dialogue suspendu

En proposant des interprétations de la Convention qui constituent des innovations (1) ou des surenchères (2) par rapport à la jurisprudence européenne, le juge français ouvre ou continue le dialogue, mais celui-ci reste suspendu dans l'attente d'une réception de son interprétation par le juge européen, soit parce qu'il n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la question, soit parce qu'il a adopté une position moins constructive que le juge interne.

1 - L'innovation du juge national dans l'attente d'une réception européenne

Deux exemples sont ici à relever. Dans le premier, le juge judiciaire a procédé à une interprétation constructive de la notion de vie familiale de l'article 8 CEDH. Le second concerne la compatibilité de la loi portant interdiction des sondages pendant la semaine précédant une élection avec la liberté d'expression protégée par l'article 10 CEDH.

Ces interprétations ont en commun de ne pas avoir été reprises par la Cour européenne, du fait que ne s'est pas présenté devant elle un contentieux qui lui en aurait donné l'occasion.

Dans l'arrêt *Ministre des affaires sociales c/ Mme B.*²⁵, le Conseil d'Etat afin de déterminer l'applicabilité de l'article 8 devait décider s'il existait une « vie familiale » entre Mme B et une petite fille résidant au Maroc. Ceci afin de savoir si cette dernière pouvait bénéficier du droit au regroupement familial. La loi nationale marocaine ne permettait pas à la requérante de recourir à l'adoption et le seul lien existant entre elles était une « Kafala », décision marocaine de mise sous tutelle.

En reconnaissant implicitement l'applicabilité de l'article 8, le juge administratif a alors pu indirectement « réécrire » l'ordonnance sur les étrangers du 2 novembre 1945 qui exige l'existence d'un lien de filiation pour bénéficier du droit au regroupement familial²⁶ afin de la rendre compatible avec les exigences conventionnelles. Ce faisant, comme le note A.-M. Tournepiche²⁷, il adopte le raisonnement du juge européen qui dessine des contours beaucoup plus large à la notion de vie familiale²⁸ que ce que pouvait le faire traditionnellement le juge administratif²⁹. On peut penser que la démarche du juge est avant tout dictée par la crainte d'une condamnation, mais cette affaire montre néanmoins le caractère coopératif du dialogue qui a pour conséquence

²⁵ CE, 24 mars 2004, *Ministre des affaires sociales c/ Mme B.*, req. n° 249369. Note de A.-M. Tournepiche, *AJDA*, 2004, pp. 1425-1427.

²⁶ « Il appartient à l'autorité administrative de s'assurer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, qu'une décision refusant le bénéfice du regroupement familial demandé pour un enfant n'appartenant pas à l'une des catégories ainsi mentionnées [cf. l'ordonnance de 1945] ne porte pas une atteinte excessive aux droits des intéressés au respect de leur vie privée et familiale ».

²⁷ A.-M. Tournepiche, *AJDA* 2004, p. 1427.

²⁸ Par exemple, le mariage n'est pas nécessaire à l'applicabilité de l'article 8 CEDH (Cour EDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz et autres c/ Royaume-Uni*, Série A n° 94).

²⁹ H. Labayle, « Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes », *RFDA* 1993, p. 511.

un enrichissement et une construction commune de la notion de vie familiale de l'article 8.

L'exemple suivant est d'autant plus intéressant qu'il a également donné lieu à un nouveau type de dialogue. Celui-ci n'est plus seulement « vertical », entre le juge national et le juge européen mais devient également « horizontal », entre les juges nationaux, juge judiciaire et juge administratif. Les juridictions suprêmes françaises devaient déterminer la compatibilité des dispositions de la loi du 19 juillet 1977³⁰ qui interdisait les sondages d'opinion pendant la semaine précédant un scrutin, avec le droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention.

Il n'existe pas de jurisprudence européenne en matière de sondages d'opinion en période préélectorale, mais la Cour européenne intègre dans l'article 10 « *la liberté de communiquer et de recevoir des informations* »³¹. L'interprétation novatrice de cette disposition a donné lieu à des réponses opposées de la part des deux juges français. Le Conseil d'Etat a refusé plusieurs fois d'écarter la loi pour inconvictionnalité³². La position du juge administratif est parfois plus réservée lorsqu'il est confronté à une interprétation de la Convention qui l'amènerait à écarter une loi jugée inconvictionnelle³³. Il s'avère

³⁰ Articles 11 et 12 de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977.

³¹ A titre d'exemple, voir Cour EDH, 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia et a. c/ Autriche*, Série A n° 276 ; Cour EDH, 9 février 1995, *Vereniging Weekblad Bluf! c/ Pays-Bas*, Série A n° 306-A ; Cour EDH, 26 avril 1995, *Prager et Oberschlick c/ Autriche*, Série A n° 313.

³² CE, Ass., 17 février 1995, *Meyet et autres, Leb.*, p. 78 ; CE, sect., 2 juin 1999, *Meyet, RFDA* 2000, p. 359, note M. Verpeaux ; *RFDA* 2000, p. 1076-1078 ; CE, sect., 13 septembre 2000, *Meyet*, Comm. com. électr., février 2001, p. 36, obs. A. Lepage.

³³ A cet égard, voir D. Bailleul « Le juge administratif et la conventionalité de la loi : vers une remise en question de la jurisprudence *Nicolo* ? », *RFDA* 2003, p 876.

alors moins enclin que le juge judiciaire à entrer dans un dialogue coopératif avec Strasbourg.

La Cour de Cassation est en effet quant à elle revenue sur son refus initial³⁴ d'écartier l'application de la loi en question, par un arrêt de la Chambre Criminelle *Amaury* du 4 septembre 2001³⁵. En adoptant une position qui « *semble fidèle à l'esprit de la jurisprudence européenne relative à la liberté d'expression* »³⁶ elle vient également trouver dans l'application novatrice de la Convention « *un moyen d'affranchissement par rapport à la loi nationale et donc par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif* »³⁷. Le juge « *dépasse ainsi son statut constitutionnel d'autorité et se hisse au rang des pouvoirs* »³⁸.

La résolution de la divergence entre les juges administratif et judiciaire est venue du législateur, qui par une loi du 19 février 2002, a modifié la loi du 19 juillet 1977. Les sondages d'opinion sont à présent seulement interdits « *La veille de chaque tour de scrutin ainsi que le jour de celui-ci* ».

³⁴ Cass. crim., 14 mai 1996, *Du Roy*, *Bull. crim.* 1996, n° 204, p. 577. Dans cette affaire, le directeur de la publication L'Événement du Jeudi avait été condamné pour avoir publié un sondage concernant le référendum sur le Traité de Maastricht et la chambre criminelle avait rejeté les arguments du pourvoi fondés sur la liberté d'information.

³⁵ Cass. crim., 4 septembre 2001, *Amaury*, *JCP G* 2001, II, 10623, concl. D. Commaret, note A. Lepage; *RFDC* 2001, p. 793, note M. Verpeaux; *LPA*, 26/09/2001, n° 192, p. 15, note F.-J. Pansier et C. Charbonneau; *D.*, 2002, somm., p. 1794, obs. B. de Lamy; J.-Cl. Zarka, *Sondages pré-électorales et droits de l'homme : l'arrêt du 4 septembre 2001 de la Cour de Cassation*, *Gaz. Pal.*, 5 janvier 2002, doctr. p. 2.

³⁶ F. Sudre, *Ibidem*, p. 222.

³⁷ J. C. Bonichot, « Le juge administratif et l'Europe », *Justice et Cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation*, 2006, pp. 121-126, spéc. p. 123.

³⁸ *Ibidem*.

Ici, le législateur a mis fin au différend entre juges administratif et judiciaire. Le dialogue peut cependant se poursuivre avec la Cour européenne qui un jour aura peut être à se prononcer sur la question de la compatibilité de cette nouvelle loi avec l'article 10 de la CEDH.

Le dialogue est également suspendu lorsque la surenchère opérée par le juge national est dans l'attente d'une réception européenne.

2 - La surenchère du juge national dans l'attente d'une réception européenne

Ces interprétations extensives portent sur la protection du droit au respect du domicile au titre de l'article 8, et sur le contrôle des lois de validation législatives. La particularité de ces cas de figure est que le niveau de protection garanti est aujourd'hui plus élevé au niveau national qu'au niveau européen.

Dans un arrêt du 6 mars 1996, *OPAC de la ville de Paris c/ Mel Yedei*³⁹, la 3eme Chambre Civile a procédé à une application constructive de l'article 8 afin de protéger le droit au respect du domicile de la requérante, et a depuis lors développé une jurisprudence particulièrement dynamique à cet égard. Dans un premier temps, l'interprétation française n'a semblé être qu'une simple innovation. Mais des arrêts européens postérieurs portant certes sur des contentieux différents mais offrant un aperçu de ce que pourrait

³⁹ Civ. 3e, 6 mars 1996, *Office public d'habitation de la ville de Paris c/ Mel Yedei*, Pourvoi n° 93-11.113. *RTD civ.*, 1996, 580, obs. J. Hauser ; *JCP G*, 1997, I, 22764, obs. Nguyen von tuong ; *D*, 1997, 167, note B. de Lamy.

être la position de la Cour, permettent de requalifier la position française en surenchère.

Dans cet arrêt, le juge judiciaire a estimé que les clauses d'un bail d'habitation ne pouvaient « avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches ». Il ouvrait ainsi la voie à une application de la Convention aux relations contractuelles.

La Chambre Sociale a par la suite développé un autre aspect du droit au logement : le droit au respect du choix du domicile du salarié. Dans son arrêt *Spileers* du 12 janvier 1999⁴⁰ elle énonce qu'en vertu de l'article 8 « toute personne a droit au respect de son domicile ; que le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit »⁴¹. Elle a ainsi estimé qu'un transfert de domicile familial du salarié exigé par l'entreprise en vertu d'une clause de « mobilité-résidence » intégrée dans son contrat de travail, ne présentait pas un caractère indispensable ni proportionné au but recherché.

Le juge français a exercé dans ces affaires des interprétations novatrices de la Convention mais s'inscrivait dans la lignée de la Cour européenne. En effet, une partie de la doctrine avait vu dans certaines décisions et arrêts de la Cour, une ouverture vers une possible reconnaissance d'un droit au logement inclus dans le droit au respect du domicile garanti par l'article 8⁴². Ce tressaillement européen vers la reconnaissance d'un droit au logement a été stoppé par un arrêt *Chapman c/ Royaume-Uni* rendu en Grande Chambre le 18 janvier

⁴⁰ Cass. Soc. 12 janvier 1999, *Spileers c/ SARL Omni Pac*, D. 1999, 645, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Cour EDH, 21 novembre 1995, *Velosa Barreto c/ Portugal*, Série A n° 334. RUDH, 1996, 17, chron. M. Levinet. Cour EDH, Gr. Ch., 18 février 1999, *Larkos c/ Chypre*, JCP G, 2000, I, 203, n°20, chron. F. Sudre.

2001⁴³. La Cour y énonce que « *l'article 8 ne reconnaît pas comme tel le droit de se voir fournir un domicile, pas plus que la jurisprudence de la Cour* », en considérant qu'une telle garantie « *relève du domaine politique et non judiciaire* » (§ 99).

Les faits de l'espèce étaient sensiblement différents de ceux rencontrés dans les affaires françaises. Cet arrêt ne constitue donc pas un désaveu direct de la jurisprudence interne en la matière. Cependant il marque « *l'abandon de l'article 8 et du droit au respect du domicile comme instrument privilégié* »⁴⁴ de la consolidation européenne du droit au logement, la Cour ayant à présent une jurisprudence beaucoup plus dynamique sur le sujet sur la base de l'article 1, Protocole 1.

Le juge judiciaire n'en a pas pour autant modifié son interprétation de l'article 8. Ainsi, dans un arrêt du 22 mars 2006⁴⁵, la 3^{ème} chambre civile, se fondant là encore exclusivement sur l'article 8 de la Convention, a repris la solution de l'arrêt *Mel Yedei*.

Dans le domaine du contrôle des lois rétroactives, la France a récemment été condamnée à plusieurs reprises. Cependant ceci n'empêche pas que leur contrôle ait été renforcé par le juge français⁴⁶. En effet, le juge administratif accepte de vérifier leur conventionnalité au regard du seul article 1, Protocole 1, dans des contentieux dans lesquels l'article 6§1 n'est pas applicable. En revanche, le juge

⁴³ Cour EDH, Gr. Ch., 18 janvier 2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*, GACEDH n°46, RTDH, 2001, 887, obs. F. Sudre ; RTD civ, 2001, 448, chron. J.P. Marguénaud ; *L'Europe des libertés*, mai 2001, note M. Levinet.

⁴⁴ F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 4^{éd}, 2006, p. 475.

⁴⁵ Civ 3e, 22 mars 2006, *Zéline*, LPA 2006, N°148, 19, Note E. Garaud.

⁴⁶ Sur le sujet, se reporter à l'article très complet de L. Milano, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », RFDA 2006, p. 447.

européen refuse d'examiner une violation de l'article 1 du Protocole 1 si l'article 6§1 n'est pas applicable. Il opère ainsi un examen double de ce type de norme, un contrôle systématique au regard de l'article 6§1 et le cas échéant de l'article 1 du Protocole 1. Dans l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat, du 11 juillet 2001, *Ministre de la Défense c/M. Préaud*⁴⁷, l'article 6§1 n'était pas applicable du fait que le litige concernait la rémunération de militaires en service. Le juge français a alors procédé à une interprétation extensive en écartant la loi de validation législative. Cette dernière excluait de la rémunération des personnels militaires en service, des primes de qualification et de service. Le juge constate son inconvictionnalité du seul fait que l'atteinte aux biens des requérants, protégés par l'article 1, Protocole 1, n'était pas justifiée par des « motifs d'intérêt général ». Ainsi, là où le juge européen aurait débouté les demandeurs du fait de l'inapplicabilité de l'article 6§1, le juge administratif français « "découple" les deux dispositions »⁴⁸ étendant ainsi le champ d'application de la Convention.

Cependant, un arrêt récent semble montrer que le juge européen n'est pas totalement insensible à l'interprétation de juge national. S'il ne va pas jusqu'à conclure à l'inconvictionnalité de la loi de validation alors que l'article 6§1 n'est pas applicable, il a récemment conclu dans un arrêt *Lecarpentier*⁴⁹, à une violation du seul article 1 du Protocole 1 en estimant parallèlement qu'il n'était « pas nécessaire d'examiner aussi l'affaire sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention » (§47).

⁴⁷ CE, Ass. 11 juillet 2001, *Ministre de la défense c/ Mr Préaud*, RFDA 2001, concl. C. Bergeal ; AJDA, 2001 n°10, p. 841, chron. M. Guyaumar et P. Collin : RDP, 2002, 737, chron. C. Guettier ; RTDH 2003, 1043, obs. J. Kissangoula.

⁴⁸ F. Sudre, *ibidem* p. 220.

⁴⁹ Cour EDH, 14 février 2006, *Lecarpentier*, req. n° 67847/01.

Ainsi, tout particulièrement dans ce domaine, si le dialogue n'est pour le moment que potentiel, il est probable que ce dernier devienne bientôt effectif le jour où le juge européen acceptera de contrôler les lois de validation législative au seul regard de l'article 1 du Protocole 1.

Mais pour le moment, le niveau de protection offert au niveau national est dans les domaines évoqués dans cette partie plus élevé qu'au niveau européen. Le dialogue reste suspendu. Il faudra attendre que la Cour de Strasbourg connaisse des contentieux similaires pour infirmer ou confirmer l'interprétation du juge national.

En revanche, le dialogue n'est plus potentiel mais effectif, quand l'anticipation du juge national est reprise au niveau européen.

II - Le dialogue effectif

Cette figure du dialogue a pu être également qualifiée de « *dialogue ascendant* »⁵⁰. La proposition d'interprétation formulée par le juge national est reprise au niveau européen.

On assiste à la réception européenne des interprétations novatrices du juge national (A). Le dialogue est d'autant plus effectif lorsque ce phénomène se produit pour des interprétations extensives (B), du fait de l'élévation du niveau de protection conventionnel qu'il entraîne.

⁵⁰ F. Sudre, débats du colloque « Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux », Mélanges en hommage à P. Lambert, *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, pp. 153-166. spéc. p. 197.

A - La réception européenne des interprétations novatrices du juge national

Le juge Costa a lui-même souligné cet état de fait. « *Il arrive et il arrive même de plus en plus que le juge national aborde une question inédite et la tranche dans un certain sens, puis que la Cour s'aligne sur sa position* »⁵¹.

Le dialogue s'est ici concentré autour de la question de l'applicabilité de la Convention entre personnes privées. Dans plusieurs arrêts le juge français a ainsi fait application de dispositions conventionnelles à des rapports interindividuels alors même que le juge européen n'avait pas encore reconnu l'effet horizontal de celles-ci.

Une première audace revient au juge judiciaire qui a fait très tôt application de la Convention aux relations contractuelles. Dès 1996, dans l'arrêt *OPAC de la ville de Paris c/ Mel Yedei*⁵², la 3eme Chambre Civile a procédé à une application de l'article 8 à un contrat de bail. Puis dans son arrêt *Spileers* du 12 janvier 1999⁵³, la Chambre Sociale a fait de même pour un contrat de travail.

⁵¹ J.-P. Costa « Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux », Mélanges en hommage à P. Lambert, *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, pp. 153-166. spéc. p. 155.

⁵² Civ. 3e, 6 mars 1996, *Office public d'habitation de la ville de Paris c/ Mel Yedei*, Pourvoi n° 93-11.113. *RTD civ.*, 1996, 580, obs. J. Hauser ; *JCP G*, 1997, I, 22764, obs. Nguyen von tuong : *D.* 1997, 167, note B. De lamy.

⁵³ Cass. Soc. 12 janvier 1999, *Spileers*, *D.* 1999, 645, note J. P. Marguénaud et J. Mouly.

La Cour européenne n'a exercé une telle application de la Convention qu'en 2003 dans son arrêt *Van Kück*⁵⁴ dans lequel elle pratique un contrôle de conventionnalité sur un contrat d'assurance.

Quant au Conseil d'Etat, il a fait application des articles 1 protocole 1 et 14 combinés entre personnes privées. Dans son avis *Labeyrie*⁵⁵, il a indiqué que ces dispositions « *peuvent être utilement invoquées pour soutenir que la loi fiscale serait à l'origine de discriminations injustifiées entre contribuables* ».

L'application de l'article 1 du Protocole 1 au contentieux fiscal n'est pas nouvelle que ce soit dans la jurisprudence européenne ou administrative. Mais cet avis constitue une innovation en ceci qu'il admet pour la première fois qu'une différence de traitement entre contribuables puisse constituer une discrimination violant la Convention, ce qui « *conduit à intégrer le principe d'égalité devant l'impôt dans le contrôle de conventionnalité de la loi* »⁵⁶.

Cette reconnaissance a eu lieu alors que la Cour de Strasbourg n'avait jamais fait application du droit au respect de ses biens à des relations interindividuelles, et ne l'admettra que trois mois plus tard, dans un arrêt *Sovtransvto Holding c. Ukraine*⁵⁷. L'effet horizontal des article 1

⁵⁴ Cour EDH, 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne*, *RTD civ.*, 2004, 361, obs. J.-P. Marguénaud.

⁵⁵ CE, Ass., Avis, 12 avril 2002, *SA financière Labeyrie*, *AJDA*, 2002, 410, chron. M. Guyomar et P. Colin ; *RDP*, 2002-3, 619, obs. X. Prétot ; pour une application récente : CAA Douai, 25 octobre 2006, *SA SFIR*, req. n° 05DA01278.

⁵⁶ *AJDA*, 2002, 410, chron. M. Guyomar et P. Colin.

⁵⁷ Cour EDH, 25 juillet 2002, *Sovtransvto Holding c/ Ukraine*, *JCP G*, 2003, I 109, n° 24, chron. F. Sudre.

du Protocole 1 et 14 combinés a par la suite été expressément reconnu par la Cour dans son arrêt *Pla et Puncernau c/ Andorre*⁵⁸.

La reconnaissance par le juge interne de l'applicabilité de la Convention entre personnes privées n'est qu'une reconnaissance de l'effet direct de cette dernière. Cependant, elle indique l'intérêt et le soutien du juge interne à la jurisprudence européenne qui connaît depuis une dizaine d'année un phénomène d'extension de la reconnaissance de l'effet horizontal des dispositions de la Convention⁵⁹. De plus la démarche des juges nationaux ne peut qu'inciter la Cour de Strasbourg à agir de la sorte⁶⁰.

⁵⁸ Cour EDH, 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c/ Andorre* ; *RTD civ.* 2004, 804, obs. J.- P. Marguénaud, *JCP G*, 2005, I, 103, n°15, chron. F. Sudre.

⁵⁹ Dernièrement, le juge européen a reconnu l'effet horizontal de l'article 5 (Cour EDH, 16 juin 2005, *Storck c/ Allemagne*, req. n° 61603/00), de l'article 11 (Cour EDH, 20 octobre 2005, *Ouranio Toxo et al. c/ Grèce*, req. n° 74989/01) ou encore de l'article 4 (Cour EDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c/ France*, *Rec.* 2005-VII).

⁶⁰ Un exemple éclatant est donné par l'arrêt *Cabourdin*, concernant l'article 6§1, disposition ne rentrant pas dans le champ de notre étude (Cour EDH, 11 avril 2006, *JCP*, 2006, I, 164, §4, chron. F. Sudre). La Cour vient reconnaître l'applicabilité horizontale de l'article 6§1 en matière de validation législative alors que le juge national en avait déjà fait précédemment application dans le cadre de rapports interindividuels (Cass. Soc. 24 avril 2001 *Association « Etre enfant au Chesnay » c/Terki*, concl. S. Kehrig, *Dr. soc.* 2001, p. 583-591 ; note J. Y. Froulin, B. Mathieu, *RFDA* 2001, p. 1055-1062, confirmé par Cass. Ass. plé. 23 janvier 2004, *SCI Le Bas Noyer c/ Castorama France*, *Bull. A.P.*, n° 2, M. Friocourt, B. Mougin, « Un contrôle de conventionnalité de la loi ouvert au particulier : remède à un contrôle de constitutionnalité qui lui est inaccessible ? », *RTDH* 2004, p. 461-502 ; P.-Y. Gautier, « Rétroactivité des lois et révision du loyer commercial : la Cour de Cassation fête le bicentenaire du Code Civil ? », *D.* 2004, Jur. p. 1108-1112 ; B. Mathieu, « La Cour de Cassation et le législateur : ou comment avoir le dernier mot », *RFDA* 2004, p. 224-229.

Le dialogue apparaît d'autant plus effectif lorsque le juge européen reprend une interprétation extensive de la Convention initialement dégagée par le juge interne.

B - La réception européenne des interprétations extensives du juge national

Dans deux domaines, l'influence du juge français sur la jurisprudence européenne est visible. Le dialogue est ici manifestement effectif et est l'outil d'une construction commune du contenu de la norme conventionnelle. Ceux-ci sont la protection de la vie privée du salarié (1) et la construction de la notion de bien (2).

1 - La protection de la vie privée du salarié

La Chambre Sociale a construit cette protection en effectuant une interprétation particulièrement constructive de l'article 8 CEDH.

La Cour européenne avait précédemment affirmé dans son arrêt *Niemietz* du 16 décembre 1992⁶¹, que l'article 8 protégeait « *le droit pour l'individu de nouer des relations avec ses semblables* » et qu'il n'y avait « *aucune raison de principe d'en exclure les activités professionnelles et commerciales* » (§29).

Cependant, avant que le juge de Strasbourg n'ait eu l'occasion de le faire explicitement, la Chambre Sociale a reconnu l'applicabilité horizontale du droit au respect de la vie privée, aux relations interindividuelles de travail. Dans son arrêt *Spileers* du 12 janvier

⁶¹ F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 4^eéd, 2006, n°45.

1999⁶² déjà évoqué précédemment, elle vient protéger la liberté de choix du domicile du requérant. Elle a ensuite enrichi sa jurisprudence par ses arrêts *Nikon* du 2 octobre 2001⁶³ et *Meret* du 26 novembre 2002. Dans le premier, elle énonce que « *le salarié, a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée* » et qu'en conséquence un employeur ne peut licencier un salarié sur le fondement d'informations recueillies dans « *des messages personnels émis par le salarié et reçu par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur* », et dans le second, « *qu'une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur* ». En exerçant un contrôle de conventionnalité sur des clauses d'un contrat de travail et indirectement sur des licenciements, elle donne une véritable consistance au droit à la vie privée du salarié sur son lieu de travail sur le fondement de l'article 8.

Le juge européen a par la suite traité deux affaires concernant la question du droit au respect de la vie privée du salarié dans le cadre de relations interindividuelles de travail. Dans les décisions *Wretlund c/ Suède* du 9 mars 2004 et *Madsen c/ Danemark* du 7 novembre 2002 les salariés d'une centrale nucléaire et d'une société exploitant un ferry, avaient été soumis à des tests de dépistage d'alcool et de drogue

⁶² Cass. Soc. 12 janvier 1999, *Spileers*, *D.*, 1999, 645, note J. P. Marguénaud et J. Mouly.

⁶³ Cass. Soc. 2 octobre 2001, *Nikon France*, *D.* 2001, J, 3148, note P.Y. Gautier, *D.*, 2002, *Somm. com.*, 2296, obs. Ch. Caron.

et invoquaient la violation de l'article 8. La Cour, après avoir précisé que les mesures de contrôle contestées n'étaient pas disproportionnées et que l'ingérence était «nécessaire dans une société démocratique» pour la protection de la sécurité publique et des droits et libertés d'autrui, avait déclaré les requêtes irrecevables.

Ainsi, outre cette application anticipée de la protection de la vie privée au cadre professionnel, la Chambre Sociale a conféré une portée beaucoup plus large à l'article 8 que ce que l'a postérieurement fait le juge européen⁶⁴. Toujours est-il qu'après avoir innové dans ce domaine, la Chambre Sociale a maintenu sa ligne jurisprudentielle⁶⁵ malgré les décisions *Madsen* et *Wretlund*. Son interprétation est alors devenue plus extensive que celle de Strasbourg⁶⁶.

Suite à des affaires récentes concernant la liberté syndicale⁶⁷ et conduisant à l'extrême protection du salarié, notamment par l'influence croissante du concept d'autonomie personnelle sur la jurisprudence de

⁶⁴ Comme le soulignent J.-P. Marguénaud et J. Mouly, «*l'attitude réservée de la CEDH*» qui «*revient à admettre l'applicabilité d'un article de la Convention européenne des droits de l'homme sans dire expressément qu'il est applicable tout en tirant d'ores et déjà les conséquences logiquement attachées à l'applicabilité...*» contraste «*avec celle de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui (...) n'hésite plus à fonder sur l'article 8...des solutions courageuses favorables au salarié*», *D.* 2005, p. 36.

⁶⁵ Dans l'arrêt *Klajer* (Cass. Soc., 17 mai 2005, *Klajer*, req. n° 03-40017) «*La chambre sociale confirme et renforce son interprétation de l'article 8 en condamnant l'intrusion de l'employeur dans des dossiers personnels du salarié alors même qu'il existe un fort soupçon d'y trouver des données pornographique*» (*GACEDH*, p. 411).

⁶⁶ Pour un récapitulatif de la question aller voir J. Mouly, «*Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne*», in F. Sudre, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, 2006, pp.279-303.

⁶⁷ Cour EDH, Gr. Ch., 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c/Danemark*, *Droit Social*, 2006, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *RTDH* 2006, 787, obs. F. Krenc.

la Cour, on pouvait pressentir que la position du juge européen sur le sujet allait évoluer.

Ce fut chose faite avec un récent arrêt *Copland* du 3 avril 2007⁶⁸. La requérante avait été engagée comme assistante du principal d'un collège géré par l'Etat. La Cour a estimé que la surveillance opérée à l'instigation du principal-adjoint de l'utilisation qu'elle avait faite du téléphone, du courrier électronique et d'Internet pendant son travail constituait une ingérence dans son droit à la vie privée. Elle conclut à la violation de l'article 8 du fait que cette ingérence n'était pas « prévue par la loi ». La Cour examine l'affaire sous l'angle de l'ingérence du fait que l'employeur de la requérante n'était autre que l'Etat⁶⁹. Elle ne fait donc pas jouer l'effet horizontal de l'article 8 mais vient tout de même explicitement reconnaître une large portée au droit à la vie privée du salarié sur son lieu de travail. Il n'est pas ici possible de voir l'éventuelle influence de la jurisprudence française sur la démarche suivie par la Cour. Reste que cet arrêt *Copland*, semble ouvrir la voie à une garantie équivalente au niveau national et européen, de la vie privée du salarié sur son lieu de travail.

Dans l'exemple suivant il existe en revanche des preuves de l'existence d'une influence réciproque des jurisprudences européennes et nationales, la « réponse » du juge européen survenant dans une affaire française. Le dialogue va ici permettre la construction commune de la notion de « bien ».

⁶⁸ Cour EDH, 3 avril 2007, *Copland c/ Royaume-Uni*, req. n° 62617/00.

⁶⁹ Elle avait suivi la même démarche dans son arrêt *Fuentes Bobo*. Cour EDH, 29 février 2000, *Fuentes Bobo c/ Espagne*, D. 2001, jur., p. 574, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud.

2 - La construction de la notion de « bien »

La Cour européenne avait entamé le dialogue en estimant dans son arrêt *Gayguzuz* du 16 septembre 1996⁷⁰, qu'une allocation d'urgence accordée à un chômeur en fin de droit, mettait en jeu un droit patrimonial et entraînait ainsi dans le champ d'application de l'article 1 Protocole 1. La Chambre Sociale de la Cour de Cassation avait poursuivi le dialogue dans son arrêt *Bozkurt* du 14 janvier 1999⁷¹ en étendant la notion de bien à des prestations sociales non contributives (en l'espèce une allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité). Le Conseil d'Etat s'aligna sur cette jurisprudence, qualifiant de « biens » les allocations familiales dans l'arrêt *Rouquette du 5 mars 1999*⁷², les primes de qualification et de service pour les militaires⁷³, les allocations forfaitaires des rapatriés⁷⁴ ainsi que des pensions civiles et militaires⁷⁵.

La Cour européenne ne confirma cette interprétation qu'en 2003, dans son arrêt *Koua Poirrez*⁷⁶ dans lequel elle appliqua l'article 1 du

⁷⁰ Cour EDH, 16 septembre 1996, *Gayguzuz c/ Autriche*, D. 1998, 438, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

⁷¹ Elle y fait d'ailleurs référence aux « textes, tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme », Cass, soc., 14 janvier 1999, *Bozkurt c. CPAM de Saint-Etienne*, JCP G, 1999, II, 10082, note F. Sudre.

⁷² CE, Ass, 5 mars 1999, *Rouquette*, RFDA 1999, p. 357, concl. C. Maugie ; AJDA 1999, p. 420 et 462, chron. F. Raynaud et P. Fombeur.

⁷³ CE, Ass, 11 juillet 2001, *Ministre de la Défense c/ M. Préaud*.

⁷⁴ CE, 27 juin 2005, *Barhi*, RFDA 2005, 984.

⁷⁵ CE, 30 novembre 2001, *Diop*, AJDA 2001, 1039, chron. M. Guyomar et P. Colin ; RFDA 2002, 573, concl. Courtial ; RTDH 2003, 299, obs. P. Wachsmann. CE, 7 janv. 2004, *Colombani*, AJDA 2004, 1653, note O. Dord. CE, 8^e et 9^e ss-sect., 7 janvier 2004, *Greselle*, AJDA 2004, 1653, note O. Dord. CE, 29 décembre 2004, *D'Amato*.

⁷⁶ Cour EDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c/ France*, RDP, 2004, 845, obs. F. Sudre ; AJDA, 2004, 537, obs. J.-F. Flauss. Cet arrêt fut ensuite confirmé en Grande Chambre par l'arrêt Cour EDH, Gr. Ch., 12 avril 2006, *Stec et a. c/ Royaume-Uni*, JCP G, I, 109, n° 14, chron. F. Sudre.

Protocole 1 à une allocation aux adultes handicapés. Elle y fait référence, dans sa partie « droit interne pertinent », à l'arrêt *Bozkurt*⁷⁷, preuve de l'influence de l'interprétation nationale sur la décision du juge européen. Cette application de l'article 1 du Protocole 1 aux prestations sociales non contributives fut ensuite confirmée en Grande Chambre en 2006, par l'arrêt *Stec et a. c. Royaume-Uni*⁷⁸.

On assiste bien dans ces derniers cas de figure à un dialogue effectif. L'interprétation extensive de la Convention opérée par les juges français est reprise par le juge européen qui l'applique ensuite à des contentieux concernant d'autres pays, ici le Royaume-Uni.

En 1991, deux ans après l'arrêt *Nicolo*⁷⁹, P. Rolland s'interrogeait sur les perspectives des relations entre juge administratif et juge européen, et notamment sur le choix des méthodes pour interpréter la Convention de la part du juge interne. Nous sommes bien ici dans la situation envisagée et encouragée par cet auteur, non pas « *une attitude passive* » ou « *une attitude d'autonomie* » du juge national face au juge de Strasbourg mais « *une attitude de coopération et de coordination volontaire dans laquelle le juge administratif non seulement chercherait à comprendre l'esprit des solutions jurisprudentielles délivrées par les organes de Strasbourg, mais*

⁷⁷ Cour EDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez, prec.*, § 26.

⁷⁸ Cour EDH, Gr. Ch., 12 avril 2006, *Stec et a. c. Royaume-Uni*, JCP G, 2006, I, 109, n° 14, chron. F. Sudre.

⁷⁹ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, GAJA n° 96, RFDA 1989, 656, note B. Genevois.

accepterait de jouer ce rôle actif d'interprétation et d'application de la Convention en droit interne »⁸⁰.

Le dialogue, particulièrement lorsqu'il se matérialise par l'anticipation du juge national, peut alors être un outil majeur de cette coopération.

⁸⁰ P. Rolland, « L'interprétation de la Convention », in *Le juge administratif français et la CEDH, RUDH*, 1991, pp. 280-288, spéc. p. 281.

CHAPITRE II :
LA PORTEE DU DIALOGUE DES JUGES

La dimension objective du « dialogue des juges »

Hervé SUXE

Doctorant, Chargé des Travaux Dirigés

Université de Rouen (IDEDH)

SommaireI - L'objectivation des *termes* du dialogueA- L'explicitation des termes du contentieux *européen* des droits de l'hommeB - L'objectivation des termes du contentieux *interne* des droits de l'homme

II - L'objectivation de l'objet du dialogue

A - Rendre concret la notion de « dialogue » des juges

B - Le dialogue *objectif* comme source de cohérence et d'unité

Le « dialogue des juges » est une construction doctrinale à la dénomination récente ayant pour objet principal d'expliquer le droit positif, notamment en vue d'appréhender les rapports entre droit interne et droit européen. Le dialogue est considéré comme un procédé par lequel le juge national discute le sens d'une disposition conventionnelle. Il est envisagé comme une controverse, une discussion, une « confrontation », un débat sur le sens ou encore un échange d'arguments entre le juge européen des droits de l'homme et le juge interne français.

Le but du dialogue est d'échanger sur le sens et sur la portée des dispositions conventionnelles entre un émetteur et un récepteur, chacun des juges exerçant tour à tour les deux fonctions. En ce sens, la seule voie praticable du « dialogue des juges » est celle d'un

dialogue « *dépassionné et dépourvu de visées hégémoniques* ». Ainsi, le « seul » dialogue possible est un dialogue pris dans sa dimension objective.

Traiter de la dimension objective du « dialogue des juges », c'est démontrer, tout d'abord, que les « termes » du dialogue s'objectivent¹. Cela signifie que chacun des acteurs du dialogue, co-responsables des termes du dialogue, rendent objectifs, chacun à leurs manières, les termes de leurs propres contributions au dialogue (I).

Partant, *l'objet* même du dialogue - échanger sur le sens et la portée des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme - s'en trouve objectivé (II). Cette seconde phase d'objectivation du « dialogue des juges » permet d'une part, de rendre *concret* la notion même de « dialogue », d'autre part de mettre en exergue le fait que l'objectivation du dialogue aboutit, non pas à une transformation du système de protection mis en place par la Convention vers un consensus – une application uniformisée, le juge interne suivant l'interprétation donnée par Strasbourg de la Convention EDH -, mais à une identification objective des foyers de violation des droits de l'homme et donc à des propositions *objectives* et constructives de protection des droits, contributions indispensables au « dialogue ». Ce « dialogue objectif » sera alors susceptible de générer une « bonne protection », une partition jouée à quatre mains étant souvent mieux interprétée qu'à deux...

¹ Du verbe « objectiver » : Transformer en *réalité objective*, susceptible d'étude objective. La *réalité objective* se dit d'une réalité dont on ne peut contester le caractère scientifique, *Le petit Larousse illustré*, Larousse, 2007.

I - L'objectivation des *termes* du dialogue

Alors que certains observateurs soulignent un mouvement de « subjectivisation » du droit², auquel l'essor des droits et des libertés n'est certainement pas étranger, on assiste paradoxalement, au « renforcement de la *dimension objective* du mécanisme européen de protection des droits de l'homme »³.

Le corpus des règles en matières de droits de l'homme occupe « une place à part au sein de l'ordre juridique international »⁴. Cet ordre juridique est de plus en plus composé de règles objectives telles que l'obligation générale de respecter les droits de l'homme dont la mise en œuvre est placée sous la garantie collective de la communauté internationale⁵.

Le système européen de protection des droits de l'homme n'est pas épargné par ce constat. Même si ce qui fonde la particularité du dispositif prévu par la Convention tient à l'existence du droit de recours individuel⁶ - qui suppose que l'organe de jugement ne statue que sur un cas précis de violation des droits de l'homme – la Cour

² V. Fabrice Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 212, 2001, pp. 378-391. Voir aussi, R. Wahl, « Aux origines du droit public allemand contemporain », *RDP*, 1 mai 2007 n° 3, p. 817.

³ F. Lazaud, « L'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme. Lecture de l'arrêt Broniowski à la lumière du protocole n°14 », *RRJ*, 2005/2, 01 avril 2005, pp. 913-934.

⁴ G. Cohen-Jonathan, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de Strasbourg, 29-31 mai 1997, SFDI, Pédone, 1998, p. 340.

⁵ G. Cohen-Jonathan, « Universalité et singularité des droits de l'homme », *RTDH*, 2003, 53/2003, p.3.

⁶ A partir du moment où les recours interétatiques restent rarissimes, c'est de façon quasi exclusive que la Cour se trouve saisie de recours individuels visant à faire constater une violation dans une situation déterminée.

n'hésite pas à étendre la portée de son contrôle au-delà du cas d'espèce.

Les récents développements de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg⁷ et l'adoption du Protocole n° 14 annexé à la Convention, sans pour autant bouleverser l'économie générale du système de contrôle, ont « *néanmoins (...) des incidences non négligeables sur la physionomie de celui-ci* »⁸. Il semble désormais que l'exercice du contrôle européen se concentre sur des affaires significatives, en ce sens qu'il existe un intérêt de plus en plus marqué pour les affaires présentant une portée générale. Selon la Cour, le système de la Convention n'a pas pour objet exclusif d'offrir le redressement individuel, il a aussi pour vocation de trancher des questions d'intérêt général. A partir du moment où la requête a trait à une question importante d'intérêt général intéressant non seulement l'Etat partie mais aussi les autres Etats membres⁹, c'est « le respect des droits de l'homme » qui exige la poursuite de l'examen de la requête. Cette attitude du juge européen est de moins en moins rare¹⁰, d'aucun y voyant « une lente mais profonde transformation de la nature du contentieux européen qui, en se déplaçant du plan individuel au plan

⁷ Cour EDH, Gr. Ch., 22 juin 2004, *Broniowski c/ Pologne*, *GACEDH*, n°72 ; *Europe des Libertés*, mars 2005, p. 12, obs. P. Ducoulombier ; *RTDH*, 2005, p. 203, obs. E. Lambert-Abdelgawad ; *JDI*, 2005, p. 544, obs. P. Tavernier ; *RDP*, 2005, pp. 758 et 809, obs. F. Sudre et H. Surrel. Voir aussi : Cour EDH, Gr. Ch., 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c/Pologne*, *RDP*, 01 mai 2007, n° 3, p. 871, obs. Sudre ; Cour EDH, Gr. Ch., 29 mars 2006, *Scordino c/ Italie*, *RDP*, 01 mai 2007, n°3, p. 870, obs. Sudre.

⁸ J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2004, p. 1809.

⁹ Cour EDH, 24 juillet 2003, *Karner c/ Autriche*, §25-27, *RDP*, 2004-4, p. 1083 et s., obs. L. Burgogue-Larsen.

¹⁰ Voir les nombreux exemples d'extension de la compétence de la Cour cités par le Professeur F. Sudre sous ses observation sous Cour EDH, Gr. Ch., 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, Exceptions préliminaires, série A, n° 310, in *GACEDH*, 2006, 4^{ème} édition, n°1, spéc. p. 15.

général, se fait de moins en moins subjectif pour devenir de plus en plus objectif »¹¹.

On sait que depuis l'arrêt *Loizidou*¹², la Cour qualifie la Convention d'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen »¹³. En citant sa précédente jurisprudence¹⁴, la Cour rappelle que « la Convention (...) crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficie d'une "garantie collective" »¹⁵. Le caractère *objectif* de la Convention est donc affirmé. Ce « caractère *singulier* »¹⁶ de la Convention fonde la notion d'ordre public européen. L'intérêt de la notion d'ordre public européen est de soumettre les Etats parties au mécanisme conventionnel de contrôle. Elle fonde et renforce, notamment, la compétence du juge européen. L'article 37 de la Convention permet à la Cour de refuser la radiation d'une affaire du rôle si « le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles l'exige »¹⁷. Au-delà, la Cour a depuis longtemps acté la possibilité que lui réservait la norme conventionnelle de déterminer dans l'intérêt commun les questions de principe permettant de « clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention »¹⁸.

¹¹ J.-P. Mrguénaud, « Transfert du droit au bail au concubin homosexuel et *actio popularis* européenne », obs. sous Cour EDH, 24 juillet 2003, *Karner c/ Autriche*, *RTD Civ.*, 2003, p. 765. Nous soulignons.

¹² Cour EDH, Gr. Ch., 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, Exceptions préliminaires, série A, n° 310, *GACEDH* n°1 ; *RUDH*, 1996, p. 6, obs. F. Sudre ; *RGDIP*, 1998, p. 123, obs. G. Cohen-Jonathan ; *RTDH*, 1998, p. 102, obs. J.-P. Cot.

¹³ *Ibid.*, § 75.

¹⁴ Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, série A., n° 25, p. 90, 239 ; *JDI*, 1980, p. 449, obs. Rolland.

¹⁵ Cour EDH, *Loizidou c/ Turquie*, préc., § 70.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Art. 37§1 Conv. EDH.

¹⁸ Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, préc. .

L'objectivation du dialogue des juges participe de cet effort de la Cour d'*explicitation* de son contentieux. En clarifiant d'elle-même les causes de violations des droits de l'homme qui l'amène à conclure au cas d'espèce, la Cour rend les termes du dialogue plus objectifs (A). En contrepoint, le juge interne quant à lui, *objective les termes* du dialogue qu'il entretient avec Strasbourg en apprivoisant progressivement les potentialités subtiles que la norme européenne offre à son office (B).

A - L'explicitation des termes du contentieux européen des droits de l'homme

L'objectivation de la contribution européenne au dialogue emprunte deux modalités complémentaires. D'une part la Cour tend à exercer son office en s'arrachant des spécificités d'une espèce pour opérer un contrôle qui se veut *objectif* dans le but de donner un maximum de résonance à la portée de ses arrêts (1). D'autre part, la Cour s'efforce de mettre davantage en exergue – notamment, à l'adresse des juges internes - les causes objectives qui l'ont conduit à constater une violation des droits (2). Ces deux modalités sont la marque d'une métamorphose de l'office du juge européen qui substitue à sa démarche subjective, une logique de plus en plus objective.

1 - Un contrôle objectif

Dans l'hypothèse d'un recours individuel, il est communément admis qu'il appartient seulement à la Cour de statuer sur l'application

concrète d'une norme à l'égard du requérant¹⁹. Cependant, le Cour a considérablement assoupli sa position de sorte qu'en pratique on assiste très souvent au dépassement du contrôle *concret* dont l'application stricte conduit à accorder une trop grande place aux éléments d'espèces. Les organes de contrôle européen ont reçu puis développé des moyens très énergiques de contrôle à tel point que la Cour est parvenue à s'ériger en juge de la conventionnalité des lois internes²⁰. Dans un certain nombre d'hypothèses, c'est le texte conventionnel qui amène nécessairement le juge européen à se pencher sur l'état de la législation nationale. Tel est le cas par exemple de l'alinéa 2 des articles 8, 9, 10 et 11²¹ lequel, pour qu'une restriction aux droits concernés soit déclarée admissible exige que l'atteinte soit « *prévue par une loi* ».

Bien que depuis longtemps, la Cour refuse de « *se prononcer in abstracto sur une législation* »²², l'exercice d'un contrôle abstrait semble désormais assumé par la Cour qui se sent suffisamment forte pour affirmer qu'elle n'a « *jamais exclu de constater qu'un texte législatif emportait directement violation de la Convention* »²³.

Même si la Cour se plaît à répéter qu'elle ne juge qu'au cas d'espèce, elle admet parallèlement que l'article 34 habilite les particuliers à

¹⁹ F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2004, p. 74.

²⁰ J.-P. Marguénaud, « L'appréciation par la Cour de Strasbourg des efforts d'adaptation du droit français des écoutes téléphoniques aux exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », notes sous Cour EDH, 24 août 1998, *Lambert c/France*, *RTD Civ.* 1998, p. 995.

²¹ Articles faisant l'objet de la présente étude.

²² Cour EDH, 25 avril 1983, *Silver c/Royaume-Uni*, série A, n°61, § 79.

²³ J.-P. Marguénaud, « Requiem pour l'adage *Ubi lex non distinguit ?* La Cour européenne des droits de l'homme pourfend les lois trop générales qui n'établissent pas de discriminations positives », *RTD Civ., Chron.*, notes sous Cour EDH, Gr. Ch., 6 avril 2000, *Thlimmenos c/Grèce*, *RTD Civ.* 2000, p. 434.

soutenir qu'une loi viole leurs droits par elle-même s'ils en subissent ou risquent d'en subir directement les effets²⁴.

Ainsi, dans l'arrêt *Ekin*, la Cour n'hésite pas à admettre la requête au motif que « *le maintien en vigueur dans l'ordre juridique interne de l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 donnant de larges compétences au ministre de l'intérieur en matière de contrôle des publications de provenance étrangère faisait peser sur le requérant, en raison de ses activités, une menace réelle et sérieuse* »²⁵. A l'occasion de son arrêt, la Cour conclura que « *l'ingérence que constitue l'article 14 de la loi de 1881 modifiée ne peut être considérée comme nécessaire dans une société démocratique* »²⁶.

Au contrôle concret, la Cour adjoint donc un contrôle *abstrait* qui impose de prendre en considération la portée générale de ses arrêts. Mais loin de ne s'arrêter qu'à ce constat, la Cour tend à identifier, désormais, à l'occasion notamment de ses « *arrêts-pilotes* »²⁷, les causes *objectives* de la violation.

²⁴ Par ex. : Cour EDH, 9 janvier 2003, *S. L. c/ Autriche*, req. 45303/99, obs. L. Burgorgue-Larsen, « Une banalisation de la notion de "victime potentielle" », *D.* 2003 p. 2278. L'auteur observe que « *L'actio popularis apparaît ainsi systématique pour les requérants homosexuels qui se plaignent d'une législation discriminatoire sous l'empire de laquelle ils sont susceptibles de tomber. Initiée avec l'arrêt fondateur Dudgeon c/ Royaume-Uni du 22 octobre 1981, confirmée avec les arrêts non moins célèbres Norris c/ Royaume-Uni du 26 octobre 1988 et Modinos c/ Chypre du 22 avril. 1993, elle se poursuit ici avec l'arrêt S. L. c/ Autriche du 9 janvier. 2003 (arrêt uniquement disponible en anglais à l'instar de l'arrêt L. et V. c/ Autriche), après avoir été réitérée plus discrètement dans l'affaire Sutherland c/ Royaume-Uni (V. Com. EDH, rapp. 1er juill. 1997, req. n° 25186/94), celle-ci ayant été in fine radiée du rôle (arrêt du 27 mars 2001)* ».

²⁵ Cour EDH, déc., 18 janvier 2000, *Ekin c/France*, req. 39288/98.

²⁶ Cour EDH, 17 juillet 2000, *Ekin c/France*, § 64, *RFDA*, 2002, Chron. Labayle-Sudre, p. 1108.

²⁷ Cour EDH, Gr. Ch., 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c/Pologne*, *RDP*, 01 mai 2007, n° 3, p. 871, obs. F. Sudre ; *RTD Civ.* 2006 p. 719, obs. J.-P. Marguénaud. Ce dernier note que : « *L'application de la procédure de l'arrêt pilote à la matière contractuelle*

2 - L'identification des causes objectives de la violation

A l'occasion d'un « *arrêt-pilote* », la Cour indique de façon précise le sens des mesures générales attendues dans le prolongement du constat de violation. S'il est constant que, dans certaines affaires, le juge européen applique un contrôle véritablement concret dans la mesure où les circonstances de la cause pèsent de façon déterminante sur la solution retenue, il se plaît à souligner que bien souvent c'est la conformité d'une norme avec la Convention qui constitue le véritable nœud de l'affaire. Ainsi, ne sont pas rares les arrêts de la Cour mettant en cause *clairement* les normes générales de l'Etat et non seulement l'application dont elles font l'objet²⁸. Le constat de violation auquel aboutit la Cour dans ces cas là²⁹, remet alors en cause, indirectement certes, mais objectivement, le droit interne.

conduit à un degré d'objectivisation qui modifie profondément les données de l'influence de la source européenne en ce domaine. Il ne s'agit pas en effet de réglementer un contrat, le bail en l'occurrence, en émettant séparément une charte des droits du bailleur et une déclaration des droits du locataire. Dans l'affaire Hutten-Czapska, la Cour est en effet sortie de cette logique individualiste et subjective pour lui substituer une démarche objective qui replace le fait social, d'ailleurs longuement décrit sous tous ses aspects, au point de départ de la future réglementation. Pour empêcher le droit des droits de l'homme de continuer à se construire à partir de l'individu et de perturber tous les juristes aussi bien britanniques que français, il suffirait donc que le juge européen des droits de l'homme se fasse de moins en moins juge et de plus en plus législateur.» Nous soulignons.

²⁸ D.de Bechillon, « Conflits de sentences entre les juges de la loi », *Pouvoirs*, n°96, 2001, p. 116.

²⁹ Les exemples concernant la France sont connus. V. : Cour EDH, 1 février 2000, *Mazurek c/France*, GACEDH n°52 ; RTD Civ.2000, p. 429, chron. J.-P. Marguénaud ; Cour EDH, Gr. Ch., 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c/France*, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, rec. 1999-III, GACEDH, n° 67; ou encore Cour EDH, 24 avril 1990, *Kruslin et Huvig c/ France*, GACEDH, n°5 ; RUDH, Vol. 2, n°5, 31 mai 1990, p. 185, obs. G. Cohen-Jonathan.

Complétant ce que la Cour faisait timidement, la procédure de « l'arrêt-pilote » est aussi l'occasion donnée à la Cour de dresser un bilan clair et *objectif* des lacunes des réglementations internes³⁰. Autant de *précisions, d'explicitations* qui sont adressées - entre autres - aux « bouches nationales » de la loi, les juges internes.

B - L'objectivation des termes du contentieux *interne* des droits de l'homme

La portée directe du « dialogue des juges » est celle de l'émancipation interprétative du juge interne. Le « dialogue des juges » permet en effet au juge interne de se défaire des contraintes qui pèsent sur lui ; celle de son asservissement supposé à la loi nationale dont le juge n'hésite plus à censurer la contrariété avec la norme CEDH ; celle de l'interprétation donnée par la Cour dont il discute parfois les fondements. Le contrôle de conventionalité repose dès lors sur des modalités appréhendées *objectivement* par le juge. Loin de faire preuve de solipsisme³¹, force est de constater que le juge interne exerce son contrôle de conventionnalité en s'affranchissant tant des contraintes internes (1) que des contraintes européennes (2). Cette utilisation « décomplexée » du texte conventionnel permet au juge

³⁰ Dans l'arrêt *Broniowski*, préc., la Cour indique que « *compte tenu du caractère systémique ou structurel de la défaillance qui se trouve à l'origine du constat de violation dans un arrêt pilote, il est évidemment souhaitable pour le bon fonctionnement du mécanisme de la Convention que redressement individuel et redressement général aillent de pair* », § 36.

³¹ Théorie d'après laquelle il n'y aurait pour le sujet pensant d'autre réalité que lui-même. Conception selon laquelle le moi, avec ses sensations et ses sentiments, constituerait la seule réalité existante, *Le petit Larousse illustré*, Larousse, 2007.

d'apprivoiser davantage la norme CEDH, et par là même, *objective son propre contrôle* (3), qualité qui pèsera sur l'objet du dialogue.

1 - L'affranchissement interprétatif de l'autorité de la norme interne

S'agissant de la norme interne, le juge national utilise à dessein le texte conventionnel pour contourner un dispositif législatif suranné. D'aucuns seraient tentés d'y voir une « utilisation stratégique » des dispositions utiles de la Convention pour annihiler les effets négatifs d'une disposition nationale. L'émancipation interprétative trouve ici son illustration dans deux modalités du dialogue : la *lecture conforme*, d'une part, et l'*interprétation novatrice* d'autre part.

a - La lecture conforme

Ainsi, la *lecture conforme* du juge interne des exigences conventionnelles traduit bien son affranchissement de l'autorité de la norme nationale. L'attitude d'alignement du juge national à la position du juge européen se traduit par l'adoption - par le premier - d'une même grille de lecture que le second. Autrement dit, par une « interprétation conforme le juge interne recourt, dans le cadre de l'exercice de son contrôle de conventionnalité de la norme interne, à une interprétation de la CEDH conforme à celle délivrée par la Cour européenne »³². Notons d'emblée que seul ici *l'alignement spontané* peut rendre état de l'émancipation interprétative du juge. En effet,

³² F. Sudre, « À propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionalité », in *Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen*, Pedone, Paris, 2004, p. 212.

*l'alignement contraint*³³ relativise, par trop, l'affirmation. On parle d'alignement spontané du juge national lorsque, en l'absence de condamnation de la France, mais suite à la condamnation d'un autre Etat, le juge français se rallie à l'interprétation européenne de la Convention afin d'éviter une éventuelle condamnation si une affaire similaire contre la France se présentait devant la Cour de Strasbourg. Lorsqu'il procède ainsi, le juge interne complète le droit interne en ajoutant aux règles imposées par une loi, celles exigées par la jurisprudence européenne. Loin d'être réduit à procéder à une lecture quasi notariale de la jurisprudence de la Cour, le juge interne apprivoise celle-ci.

Par exemple, en matière de droit à l'image, la Cour de Cassation considérait que le caractère absolu du droit à l'image est compatible avec l'article 10 de la Convention, tout en refusant d'effectuer un contrôle de proportionnalité³⁴. Sans doute influencée par la jurisprudence européenne qui condamne toute réglementation posant une interdiction totale et absolue³⁵, la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence et décide que le droit exclusif sur l'image est contraire à l'article 10 de la CEDH pour tous les clichés à caractère informatif. Ainsi, la liberté de communication des informations justifie la publication de l'image d'une personne impliquée dans un

³³ L'alignement contraint souligne l'hypothèse dans laquelle le juge interne est saisi d'une question à laquelle le juge européen a déjà apporté une réponse contraire à celle prévue par la loi nationale.

³⁴ Cass., 1^{ère} civ., 5 novembre 1996, *D.* 1997, p. 403 ; Cass., 1^{ère} civ., 30 mai 2000, *D.* 2001, p. 1571 ; Cass., 1^{ère} civ., 12 décembre 2000, (2 arrêts), *Légipresse* 2001, n° 179, III, p. 30 ; Cass., 1^{ère} civ., 20 décembre 2000, *Société Cogedipresse c/ Mme Erignac*, Bull. civ. I, n° 341.

³⁵ Cour EDH, 11 janvier 2000, *News Verlags Gmbh c/ Autriche*, Rec. 2000-I; Cour EDH, 3 octobre 2000, *Du Roy et Malaurie c/ France*, LPA, 18 avril 2001, p. 5, obs. E. Derieux.

événement ou dans une affaire judiciaire, sous réserve du respect de la dignité de la personne humaine. La mise en balance qu'elle effectue désormais est directement issue de la jurisprudence européenne. Les arrêts de revirement de février et juillet 2001 de la Cour de cassation³⁶, suivis de nombreux d'autres arrêts, semblent ainsi *anticiper* le nouveau critère introduit par l'arrêt *Von Hannover c/ Allemagne*³⁷ afin de permettre la publication des images, plus précisément la nécessité qu'elles illustrent un débat d'intérêt général.

b - L'interprétation novatrice

Ensuite, l'émancipation interprétative vis-à-vis de la loi passe par une seconde modalité de dialogue, celle de *l'interprétation novatrice* fournie par le juge national de la Convention. Alors que la jurisprudence de la Cour européenne peut rester silencieuse sur certains aspects du contentieux des droits de l'homme, le juge interne, affranchi de son asservissement à la loi, va solliciter la norme conventionnelle en en donnant une interprétation personnalisée et parfois, inédite. « *Par une interprétation novatrice de la Convention, le juge interne ouvre, en quelque sorte, la voie au juge européen* »³⁸. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle interprété « de manière inventive »³⁹ le droit au respect de la vie privée et familiale consacré à

³⁶ Cass., 1^{ère} civ., 20 février 2001, *Sté Hachette Filipacchi c/ G. Bruno*, Bull. civ. 2001, I, n° 42 et 43 ; Cass., 1^{ère} civ., 12 juillet 2001, *SNC Prisma Presse et a. c/ S.*, Bull. civ. 2001, I, n° 222.

³⁷ Cour EDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c/ Allemagne*, Rec. 2004-VI, GACEDH, n° 41.

³⁸ F. Sudre, « À propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionalité », in *Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen*, Pedone, Paris, 2004, p. 221.

³⁹ *Ibidem*.

l'article 8 de la CEDH. En consacrant l'applicabilité de cette disposition aux relations de travail, la chambre sociale entendait ainsi protéger le salarié contre une restriction au libre choix de son domicile personnel et familial par l'employeur⁴⁰ et, surtout, lui garantir « *le droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée* »⁴¹. Même si, comme le souligne le Professeur Sudre, « cette jurisprudence peut se réclamer de l'arrêt *Niemietz* de la Cour européenne des droits de l'homme »⁴² qui a ouvert la « vie privée » aux activités professionnelles ou commerciales, la position audacieuse de la Cour de cassation n'en demeure pas moins singulière.

De même le Conseil d'Etat a eu l'occasion d'exercer une telle interprétation dans le cadre des articles 1 du Protocole 1, article 14 et 8 de la Convention. Dans son avis *Labeyrie*⁴³, qualifié d'« *interprétation novatrice prudente* »⁴⁴, deux questions étaient posées au juge administratif. L'une portait sur la question de savoir si les articles 1 du Protocole 1 et 14 de la Convention combinés, pouvaient avoir un « *effet horizontal* ». L'autre question portait sur l'invocabilité de l'article 14 de la Convention au sujet d'une discrimination entre l'Etat français et des personnes privées. A la première question, le Conseil d'Etat a répondu positivement en considérant que les stipulations des article 1 du Protocole 1 et 14 de la

⁴⁰ Cass., Soc., 12 janvier 1999, *Spileers*, D. 1999, 645, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

⁴¹ Cass. Soc., 2 octobre 2001, *Société Nikon France S.A.*, D. 2001, 3148, note P.-Y. Gautier.

⁴² Cour EDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, série A., 251, *GACEDH* n° 45, *AFDI*, 1992, p. 629, obs. V. Coussirat-Coustère ; *RTDH*, 1993, p. 410, chron. P. Lambert et F. Rigaux.

⁴³ CE., Ass., Avis, 12 avril 2002, *SA Financière Labeyrie*, note A. Saillard, « Le Conseil d'Etat refuse d'assimiler l'intérêt de retard à une sanction administrative », *LPA*, 2002, n° 162, p. 7.

⁴⁴ F. Sudre, *loc. cit.*, p. 222.

Convention combinées « peuvent être utilement invoquées pour soutenir que la loi fiscale serait à l'origine de discriminations injustifiées entre contribuables ». La novation opérée par le Conseil se situe au niveau de l'extension de l'application du droit au respect des biens à des relations interindividuelles. La Cour européenne opérera la même extension quelques mois plus tard, dans son arrêt *Sovtransavto Holding*⁴⁵. L'avis *Labeyrie* indique ainsi l'intérêt et l'acuité du juge interne s'agissant de la jurisprudence européenne qui connaît depuis une dizaine d'années un phénomène d'extension de la reconnaissance de l'effet horizontal des dispositions de la Convention⁴⁶.

Ce recours aux potentialités interprétatives de la norme conventionnelle permet dès lors d'envisager l'émancipation du juge non plus seulement vis-à-vis de la norme nationale qu'il a ainsi pu contourner mais également, par rapport à la Convention européenne et notamment à l'interprétation qui en est donnée par la Cour européenne des droits de l'homme.

⁴⁵ Cour EDH, 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding c/ Ukraine*, spéc. § 96, *JCP G* 2003, I, 109, n° 24, chron. F. Sudre.

⁴⁶ Depuis l'arrêt fondateur est l'arrêt *Lopez Ostra* qui confirme, au visa de l'article 8, « l'effet horizontal » de la Convention (§ 55) : Cour EDH, *Lopez Ostra c/ Espagne*, 9 décembre 1994, série A, n° 303-C, *GACEDH* n°3. Au delà de l'article 8, le juge européen a reconnu, entre autres, l'effet horizontal de l'article 5 (Cour EDH, 16 juin 2005, *Storck c/ Allemagne*), de l'article 11 (Cour EDH, 20 octobre 2005, *Ouranio Toxo et al. c/ Grèce*), ou encore l'article 4 (Cour EDH, 28 juillet 2005, *Siliadin c/ France*).

2 - L'affranchissement interprétatif de l'autorité de la norme conventionnelle

L'*innovation* est sans doute la marque la plus flagrante de l'affranchissement interprétatif du juge interne quant à l'autorité prétendue⁴⁷ des arrêts de la Cour européenne. Loin d'attendre que la Cour daigne se prononcer sur un point de droit non encore tranché, le juge interne n'hésite pas à faire usage de sa compétence d'interprète de premier rang du texte conventionnel. Au delà de cette configuration relativement rare, le juge interne n'hésite pas à discuter le sens d'une disposition particulière de la Convention, en faisant, le cas échéant, obstacle à une interprétation antérieure de la Cour.

a - L'innovation

Tout d'abord, l'émancipation interprétative du juge national atteint son paroxysme lorsqu'il *innove*. En d'autres termes, lorsque le juge, confronté au silence de la jurisprudence de la Cour, censure un dispositif national sur le fondement direct de la Convention européenne des droits de l'homme. On se trouve dans le cas d'une interprétation novatrice lorsque, en l'absence de toute jurisprudence européenne en la matière, le juge national fournit une solution fondée sur une interprétation de la Convention qui lui est propre. Le juge national entame ainsi un dialogue que le juge européen est appelé à continuer. En l'absence de toute indication dans la jurisprudence européenne, le juge national dispose d'une grande liberté

⁴⁷ F. Sudre, « À propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionalité », in *Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen*, Pedone, Paris, 2004, p. 208.

d'interprétation de la Convention. Selon le professeur Sudre, le juge interne peut emprunter une double voie : il peut soit donner une portée très large aux droits garantis, soit, au contraire, se montrer très prudent et choisir « *de ne pas s'aventurer dans des constructions jurisprudentielles aléatoires* »⁴⁸.

Le Conseil d'Etat a ainsi eu l'occasion de procéder à une interprétation très dynamique de la notion de « vie familiale » consacrée à l'article 8 de la Convention⁴⁹. Dans un arrêt *Ministre des affaires sociales c/ Mme B.*⁵⁰, le Conseil reconnaît implicitement l'applicabilité de l'article 8 en considérant qu'il existe un vie familiale entre Mme B. et une petite fille résidant au Maroc du seul fait qu'il existait une « Kafala », décision marocaine de mise sous tutelle. Alors que la « Kafala » n'est pas assimilable à une adoption, et nonobstant que l'ordonnance sur les étrangers du 2 novembre 1945 exige un lien de filiation pour bénéficier du droit au regroupement familial, le juge administratif considère qu'un étranger peut bénéficier du droit au regroupement familial, dès lors que le respect de sa vie privée et familiale en dépend. « *En répondant positivement, le Conseil d'Etat s'éloigne des strictes exigences légales internes (notamment la nécessité d'un lien de filiation entre le demandeur et le bénéficiaire du regroupement familial) et reconnaît, à l'instar de la cour*

⁴⁸ *Ibid*, p. 223.

⁴⁹ Sur la notion de vie familiale, voir : Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, série A, n° 31, *GACEDH* n°49. Voir également, F. Sudre (Dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droits et justice, n°38, 2002.

⁵⁰ CE, 24 mars 2004, *Ministre des affaires sociales c/ Mme B.*, n° 249369, *AJDA* 2004, p. 1425, obs. A.-M. Tournepiche. Voir également, F. Boulanger, « La sauvegarde des effets de la "Kafala" par l'appel à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2005, p. 129.

administrative d'appel, la contrariété des dispositions internes avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme »⁵¹.

En dehors de l'hypothèse du silence de la jurisprudence de la Cour, l'émancipation interprétative du juge se manifeste également par son attitude consistant à *résister* aux positions jurisprudentielles de la Cour.

b - La résistance

Sans doute le contentieux des lois de validation en est la marque la plus prégnante.

Dans sa décision *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c/ France*⁵², la Cour européenne avait affirmé que « *si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige* »⁵³, subordonnant ainsi la matière à « *un impérieux motif d'intérêt général* ».

⁵¹ A.-M. Tournepiche, « Extension de possibilités du regroupement familial », *AJDA* 2004, p. 1426.

⁵² Cour EDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzales et al. c/ France*, Rec., 1999-VII, *GACEDH* n°28, *RFDA* 2000, p. 1254, obs. S. Bolle ; *AJDA* 2000, p. 533, chron. J.-F. Flauss ; *RDP* 2000, p. 716, obs. G. Gonzalez ; *RDT Civ.*, 2000, p. 436, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G*, 2000, I, 203, n° 11, obs. F. Sudre.

⁵³ § 57.

Si le contrôle des lois de validation s'est d'abord illustré sur le terrain de l'article 6 de la Convention, il est apparu qu'elles pouvaient parallèlement porter atteinte au droit de propriété⁵⁴. Madame Bergeal, commissaire du gouvernement avait, dans ses conclusions sur l'arrêt *Préaud* du 11 juillet 2001⁵⁵, invité le Conseil d'Etat à adopter l'interprétation retenue suivant laquelle « *l'intérêt général [à] exiger d'une loi de validation pour être conforme à l'article 1er du premier protocole, lorsqu'elle porte atteinte au droit de propriété rétroactivement et sans indemnisation, doit être de même intensité que l'intérêt général [à exiger] du droit à un procès équitable* ». Si dans cet arrêt, le Conseil d'Etat, comme il l'avait fait jusqu'alors s'agissant de l'article 6 §1⁵⁶, a négligé le critère d'impériosité des motifs d'intérêt général se satisfaisant de la notion de « *motifs d'intérêt général* », il opéra, dans son avis *Provin*⁵⁷ pour un contrôle de moindre intensité s'agissant de l'atteinte à l'article 1 du Protocole 1⁵⁸

⁵⁴ Or, il est intéressant de relever que la Cour européenne a estimé dans l'arrêt *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c/ Belgique* (Cour EDH, 20 novembre 1995, Req. n° 17849/91, série A, n° 332), après avoir conclu à la violation de l'article 1 du Protocole 1, qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les griefs sous l'angle de l'article 6§1.

⁵⁵ CE, 11 juillet 2001, *Ministère de la Défense c/ Préaud*, *Leb.* p. 345 ; *RFDA* 2001, p. 1052.

⁵⁶ CE, avis, 5 déc. 1997, *Ministre de l'éducation c/ organisme de gestion des écoles catholiques (OGEC) de Saint-Sauveur-le-Vicomte*, req. n° 188530.

⁵⁷ CE, avis, 27 mai 2005, *Provin*, req. n° 277975 ; *AJDA*, 2005, 1455, chron. C. Landais et F. Lenica.

⁵⁸ *Ibid.* « *Si les stipulations [de l'article 1P1] ne font en principe pas obstacle à ce que le législateur adopte de nouvelles dispositions remettant en cause, fût-ce de manière rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, c'est à la condition de ménager un juste équilibre entre l'atteinte portée à ces droits et les motifs d'intérêt général susceptibles de la justifier* ».

par rapport à celui de l'article 6 §1⁵⁹, raisonnant suivant les conclusions du commissaire du gouvernement C. Devys, qui, reprenant l'hypothèse de C. Bergeal dans l'affaire *Préaud*⁶⁰, estime qu'« à la différence des articles qui, comme l'article 1er du premier Protocole additionnel, consacrent des droits dits substantiels et prévoient immédiatement les conditions dans lesquelles il peut y être porté atteinte, l'article 6, § 1, qui consacre des droits dits processuels, est conçu comme absolu ». L'approche de la Cour européenne dans les arrêts *Maurice* et *Draon* rendus en Grande chambre⁶¹, qui s'est s'abstenue de toute référence au caractère impérieux des « motifs d'intérêt général », et qui « n'estime pas nécessaire d'examiner séparément le grief des requérants sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention » (§ 95), contrastant par là même avec sa jurisprudence antérieure, a pu laisser penser qu'elle accueillait favorablement la distinction opérée par le Conseil d'Etat dans son avis *Provin*. Pourtant, dans sa décision *Lecarpentier*⁶² condamnant la France dans l'affaire « des tableaux d'amortissement », la Cour mettra fin à toute ambiguïté, réaffirmant la nécessité du caractère *impérieux* des motifs

⁵⁹ *Ibid.* « Pour être compatible avec ces stipulations, l'intervention rétroactive du législateur en vue de modifier au profit de l'Etat les règles applicables à des procès en cours doit reposer sur d'impérieux motifs d'intérêt général ».

⁶⁰ C. Bergeal dans ses conclusions dans le cadre de l'arrêt *Préaud* du 11 juillet 2001 (préc.) avait émis l'hypothèse selon laquelle on pouvait penser « *a priori* » que l'intensité du contrôle à exercer sur la conformité d'une loi de validation à ces deux dispositions conventionnelles n'est pas de même intensité « lorsqu'il porte sur le critère de l'intérêt général, commun aux deux dispositions (...), le droit au respect des biens [n'étant] pas considéré comme ayant la même valeur que le droit à un procès équitable ».

⁶¹ Cour EDH, 6 oct. 2005, *Maurice c/ France*, req. n° 11810/03 ; Cour EDH, 6 oct. 2005, *Draon c/ France*, req. n° 1513/03 : condamnation de la France pour violation de l'article 1 du Protocole 1 s'agissant de la loi du 4 mars 2002 dite loi « anti-perruche ».

⁶² Cour EDH, 14 février 2006, *Lecarpentier et autres c/ France*, req. 67847/01.

d'intérêt général et, dans l'examen de la violation de l'article 1 du Protocole 1, réaffirme sa solution selon laquelle le contrôle de conformité d'une loi de validation est de même intensité au regard de l'article 6§1 et de l'article 1 du Protocole 1 annexé à la Convention⁶³, solution qu'elle confirmera dans l'arrêt *Cabourdin*⁶⁴. Bien que la jurisprudence européenne soit aujourd'hui clairement établie, on constate, à la lecture de l'arrêt du 6 décembre 2006⁶⁵ du Conseil d'Etat - dans lequel il conserve sa propre grille de lecture en niant au motif d'intérêt général le caractère impérieux - qu'il n'entend pas, pour l'heure, s'y conformer.

Cette modalité de dialogue démontre bien l'affranchissement du juge de l'autorité des arrêts de la Cour, au demeurant relative.

Une dernière modalité, l'interprétation neutralisante, est l'illustration d'une *double émancipation interprétative* de l'autorité respective de la norme interne et de la norme européenne.

c - La neutralisation

L'interprétation neutralisante du droit interne est définie par le professeur Sudre comme une « *stratégie de contournement ou d'évitement, visant à "neutraliser" l'interprétation européenne en*

⁶³ La Cour précise que « *l'intervention législative litigieuse, qui réglait définitivement, de manière rétroactive, le fond du litige opposant des particuliers devant les juridictions internes, n'était pas justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général, ainsi que l'exige, notamment, le principe de la prééminence du droit* » (§48).

⁶⁴ Cour EDH, 11 avril 2006, *Cabourdin c/ France*, req. n° 60796/00.

⁶⁵ CE, 6 décembre 2006, req. 280681 . Se prononçant sur la non violation de l'article 1 du Protocole 1, le Conseil d'Etat constate « *qu'il existe un intérêt général suffisant* » à l'application de nouvelles dispositions contestées.

créant, par une interprétation un peu “forcée” du droit national, voire par une réécriture de la loi, un rapport d’adéquation entre le droit interne et la norme européenne »⁶⁶.

En effet, en interprétant la loi nationale dans un sens qui lui permet de la faire corrélérer aux exigences européennes, le juge sollicite sans états d’âme deux curseurs, celui du droit interne qu’il modèle, celui du droit européen des droits de l’homme dont il nie, *in fine*, l’autorité immédiate.

L’interprétation de la jurisprudence européenne peut être qualifiée de neutralisante dans le cas particulier du droit au respect de ses convictions religieuses et de la manifestation de celles-ci par le port de signes ostensibles. C’est avec l’affaire *X c. Royaume-Uni* de 1978, que la Commission reconnaît pour la première fois implicitement la nature religieuse du port de certains signes distinctifs⁶⁷. Le 3 mai 1993, cette même Commission en fait de même avec le voile islamique dans l’affaire *Karaduman*⁶⁸. En 1989, le Conseil d’Etat rend un avis de principe sur la question particulière du voile à l’école⁶⁹. Dans cet avis, le voile, comme tout signe d’appartenance religieuse, se voit autorisé comme manifestation de la liberté religieuse de l’élève. Manifester son appartenance religieuse n’est pas incompatible avec le principe de

⁶⁶ F. Sudre, « À propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionalité », in *Etudes en l’honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen*, Pédone, Paris, 2004, p. 210.

⁶⁷ Comm. EDH, déc., 12 juillet 1978, *X c/ Royaume-Uni*, DR 14, s’agissant du port du turban sikh par un motocycliste. La requête a été rejetée car l’interdiction en cause était manifestement proportionnée.

⁶⁸ Comm. EDH, déc., 3 mai 1993, *Karaduman c/ Turquie*, req. n°16278/90 ; rejet de la requête d’une étudiante qui se voit refuser la délivrance de son diplôme tant qu’elle n’aura pas fourni une photo sans foulard.

⁶⁹ CE., Avis, 27 novembre 1989 ; « sur la question de savoir si le port de signes d’appartenance à une communauté religieuse est ou non compatible avec le principe de laïcité ».

laïcité. La seule exception se trouve dans de possibles troubles causés à l'ordre public, notamment lorsque le signe religieux, légitimement « *ostensible* » acquiert un caractère ostentatoire, ayant un effet prosélyte, de propagande, de provocation, de pression. Ceci suppose *a contrario* que le voile n'est pas en soi, un élément de prosélytisme⁷⁰.

En 1993, l'arrêt *Kokkinakis*⁷¹ introduit une distinction entre « *prosélytisme de bon aloi* » et « *prosélytisme abusif* »⁷² : Le prosélytisme en tant que tel devient un élément de la liberté de manifester sa religion. Cette solution est reprise dans plusieurs arrêts⁷³. Il y a ainsi contradiction évidente dans les motifs respectifs utilisés par les deux juridictions, quand bien même il y aurait une convergence de solutions⁷⁴. Cette contradiction se transforme en résistance dans la mesure où le Conseil d'Etat persévère dans sa jurisprudence bien après l'arrêt de principe de la Cour européenne⁷⁵. Les affaires *Dahlab*⁷⁶ et *Leyla Sahin*⁷⁷ ont pourtant permis à la Cour de rappeler sa position sur l'appréciation à porter sur le caractère

⁷⁰ Dans le même sens, CE, 2 novembre 1992 ; *Kherouaa et a.*, *Leb.* p. 389.

⁷¹ Cour EDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*, Série A n°260-A, *GACEDH* n°54

⁷² Distinction controversée, à n'en croire que les opinions dissidentes qui accompagnent cet arrêt. Voir, F. Rigaux, « L'incrimination du prosélytisme face à la liberté d'expression, observations sous CEDH, *Kokkinakis*, *RTDH* 1994 ; A. Garraay, « Liberté religieuse et prosélytisme : L'expérience européenne », *RTDH* 1994.

⁷³ Notamment, Cour EDH, 24 février 1998, *Larissis c. Grèce*, Rec. 1998-I.

⁷⁴ La solution retenue par le Conseil d'Etat oblige en effet à une prise en compte des circonstances entourant le port de signes religieux, ce qui introduit une forme de contrôle de proportionnalité conforme de prime abord avec la jurisprudence de Strasbourg.

⁷⁵ CE., 14 mars 1994 ; *Delles Ylmaz* ; CE., 20 mai 1996, *Outamghart* ; CE., 27 novembre 1996, *Delle Khalid* ; CE., 27 novembre 1996, *Ligue Islamique du Nord*, qui considère que « le foulard (...) ne saurait être regardé comme un signe présentant par sa nature un caractère ostentatoire ou revendicatif, et dont le port constituerait dans tous les cas un acte de pression ou de prosélytisme ».

⁷⁶ Cour EDH, déc., 15 février 2001, *Dahlab c/ Suisse*, Rec. 2001-V.

⁷⁷ Cour EDH, 29 juin 2004, *Leyla Sahin c/ Turquie* (arrêt de chambre ayant donné lieu à réexamen).

prosélyte des signes religieux. Celui-ci est clairement affirmé dans la première affaire, à l'occasion de laquelle la Cour affirme qu'on ne peut « *dénier de prime abord tout effet prosélytique que peut avoir le port du foulard* »⁷⁸ : La loi du 15 mars 2004⁷⁹ permet de conclure à la pérennité de l'interprétation donnée par les juridictions nationales. Cette loi dispose en effet en son article premier que « *dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit* ». Les Cours administratives d'appel⁸⁰ saisies de l'application de cette loi en ont tiré la conclusion logique de retenir la légalité de mesures de renvoi d'établissements scolaires en l'absence d'acte de prosélytisme des requérants. Le fait que soit intervenu entre temps l'arrêt de Grande Chambre *Sahin*⁸¹ ou les décisions *Kose*⁸² et *Kurtulmus*⁸³ qui rappellent le caractère prosélyte du voile islamique sans retenir de ce chef la régularité des mesures d'interdiction des

⁷⁸ Cour EDH, déc., *Dahlab c/ Suisse*, préc.

⁷⁹ Loi encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, du 15 mars 2004.

⁸⁰ Citons CAA, Paris, 19 juillet 2005 (2 espèces) ; CAA, Nancy, 24 avril 2006 (3 espèces) ; CAA, Strasbourg, 24 mai 2006 (9 espèces). Sur cette jurisprudence récente, B. Toulemonde, « Le port de signes religieux à l'école : La fin de l'interrogation ? », *AJDA* 2005, p.2044.

⁸¹ Cour EDH, Gr. Ch., 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c/ Turquie*, n°44774/98.

⁸² Cour EDH, 24 janvier 2006, déc., *Kose et 93 autres c/ Turquie*, req. n°26625/02. Notamment : « *Un Etat ayant créé de tels établissements publics ne saurait être dispensé de son rôle d'arbitre neutre, garant du pluralisme confessionnel. Il incombe à cet égard aux autorités compétentes – dans le cadre de la marge d'appréciation dont elles jouissent - de veiller avec une grande vigilance à ce que, dans le respect du pluralisme et la liberté d'autrui, la manifestation par les élèves de leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires ne se transforme pas en un acte ostentatoire, qui constituerait une source de pression et d'exclusion* ».

⁸³ Cour EDH, 24 janvier 2006, *Kurtulmus c/ Turquie*, n°65500/01, s'agissant de sanctions prises à l'égard d'une enseignante voilée dans le cadre de ses enseignements universitaires.

autorités ne semblent pas avoir joué sur l'appréciation portée par les juridictions administratives françaises.

Ces exemples, loin d'être considérés par nous comme « regrettables », comme des « occasion manquées », manifestent à notre sens *une objectivation du contrôle exercé par le juge national*.

En effet, ces positions, rapportées au dialogue des juges, permettent de mettre en exergue que le juge interne a pris conscience de son autonomie interprétative. Par son émancipation, le juge national voit son office revalorisé en ce qu'il voit ses prérogatives décuplées : quant à sa liberté d'interprétation de la loi nationale, le juge n'hésite pas à la censurer voire à l'interpréter dans un sens conventionnellement admis; quant à sa liberté d'interprétation de la norme conventionnelle, le juge interne n'hésitant pas à résister par des interprétations divergentes, n'hésite pas non plus à s'arroger, on l'a vu, le pouvoir d'interpréter la Convention européenne dès lors qu'une question inédite lui est posée, en proposant une interprétation *innovante* voire en *surenchérisant*.

Sous l'effet du « dialogue des juges », les juges internes ont appris à composer avec la norme conventionnelle. L'émancipation interprétative qui en résulte permet de se convaincre que les juridictions ordinaires peuvent désormais moduler les effets *a priori* mécaniques de leur contrôle de conventionnalité. Cette modulation passe par la liberté d'interprétation désormais assumée tant de la loi nationale que de la norme conventionnelle.

Au regard de l'office du juge national, force est de constater que tous les niveaux de juridictions se transforment, progressivement, en mécanismes de contrôle du respect des droits de l'homme, tels qu'ils découlent du texte conventionnel. Loin de faire preuve de

protectionnisme, le juge national s'approprié une disposition tirée de la Convention européenne des droits de l'homme pour contredire la Cour ou pour la suivre, et ce, dans un souci d'*objectivité*.

Il faut souligner à quel point est perçue avec hostilité l'idée de voir s'édifier un ordre juridictionnel structuré dont la Cour européenne serait le sommet. De façon générale, c'est l'installation de la Cour européenne dans la position d'un « juge constitutionnel » qui est mal ressentie. Avant de trancher le litige auquel est partie la France, il lui appartient d'*explicitement* le sens des exigences conventionnelles. Ainsi, « la Cour s'est muée en législateur au sein de l'ordre juridique européen des droits fondamentaux »⁸⁴. Partant, le juge interne a pris acte de ces transformations. Loin d'y rester indifférent, il a souhaité y participer, *objectivement*, et c'est en cela que c'est instauré et se perpétue le « dialogue des juges ». Le dialogue apparaît ainsi comme un moyen pour le juge national de peser objectivement sur l'interprétation donnée par la Cour de la norme conventionnelle. Fort de ce dialogue, le juge a compris qu'il devait prendre part à ce pouvoir interprétatif afin de prévenir ces risques de mutation de la Cour européenne en un quatrième degré de juridiction entraînant par ricochet, la modification du rôle du juge de cassation que joue le Conseil d'Etat et la Cour de cassation.

⁸⁴ F. Lazaud, *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse, Aix-Marseille III, PUAM, Tome II, 2006, p. 521.

3 - Apprivoisement de la norme conventionnelle et objectivité du contrôle de conventionnalité

Les illustrations susmentionnées permettent de se convaincre de l'idée selon laquelle, c'est par l'apprivoisement de la norme européenne que le juge interne peut alimenter le dialogue. Ce dernier a pris conscience qu'il n'était pas dans son intérêt de faire preuve de solipsisme, en défendant bec et ongles les dispositions du droit interne. Bien au contraire, le dialogue nécessite un *objectivisme* de la part de ses interlocuteurs.

Le but du dialogue étant la recherche du sens et de portée d'une disposition de la CEDH, seul la voie *objective* est source de construction. Ce n'est qu'en *objectivant* les termes de son contentieux que le juge européen peut transformer la réalité *a priori* subjective de ses arrêts - au regard de l'autorité relative des arrêts de la Cour, qui ne tranche qu'au cas par cas - en *réalité objective*, seule susceptible *d'étude et d'appréhension objective par le juge interne*.

De son côté, le juge interne fait de même en explicitant les termes de son contentieux. Le juge interne, émancipé, objective ses propres positions afin d'adresser en aval, un message objectif au juge européen.

L'objectivation des termes du dialogue aboutit à objectiver l'*objet* même de ce dernier, permettant ainsi de préciser la notion même de « dialogue » et le but du « dialogue des juges ».

II - L'objectivation de l'objet du dialogue

En ne retenant que la dimension objective des termes du « dialogue des juges », il est possible d'étudier objectivement ce qu'est le « dialogue ». Ainsi, c'est l'objectivation des termes du dialogue qui, en contrepoint, objective l'objet même de « dialogue ».

L'objectivation de l'objet du dialogue permet d'une part, de rendre concret la notion même de « dialogue » (A). D'autre part, la *dimension objective du dialogue* apparaît comme source d'unité et de cohérence du système de garanties prévu par la Convention (B).

A - Rendre concret la notion de « dialogue » des juges

Il est patent de constater, qu'au travers des contributions doctrinales abordant ou faisant référence au « dialogue des juges », les utilisations de la notion sont marquées d'un subjectivisme certain dès lors que l'on remarque que, pour la doctrine, le « bon » dialogue « doit » aboutir à ce que la jurisprudence de la Cour soit suivie et bien suivie par les juges internes (1).

Or, il ne peut y avoir dans cette dimension de « dialogue objectif » (2).

1 - La subjectivité de la doctrine

L'ordre juridique européen prime l'ordre juridique national. La chose semble tellement acquise que, dès lors qu'il est question de dialogue entre le juge européen et le juge national, les termes de celui-ci s'en trouvent immédiatement biaisés.

A quoi bon discuter si l'un l'emportera, à coup sûr, sur l'autre ?

Pour la doctrine, le « dialogue » suppose une collaboration des juges, seule coopération permettant d'aboutir à une *cohérence* du système européen de protection des droits⁸⁵. La doctrine considère ainsi qu'il y a dialogue même lorsqu'il y a une « *application rigoureuse de l'analyse des juges européens* »⁸⁶. De même, lorsque le juge interne applique « mal », « neutralise » ou s'écarte de la position du juge européen, les critiques fulminent pour considérer que le dialogue n'a pas pris.

Or, rien de tout cela ne rend état de ce qu'il convient de considérer comme étant un « dialogue », au sens objectif du terme. Le dialogue « *exige que les participants se rendent compte que leur solutions à eux – c'est à dire leurs opinions (ou leurs opinions exprimées sous forme de normes) – ne sont pas nécessairement vraies uniquement et précisément parce qu'elles sont les leurs* »⁸⁷.

Le dialogue suppose un effort de dépassement de son cadre de pensée – pour chaque juge, de leur ordre juridique respectif – afin de discuter le sens et la portée d'une norme collective dont ils ont la charge d'assurer l'effectivité des droits qu'elle consacre.

2 - Un dialogue objectif

Le terme de dialogue est paré de multiples vertus, notamment celle d'exclure une quelconque idée de soumission d'un ordre juridique sur l'autre. L'expression « dialogue des juges » renvoie à l'idée de

⁸⁵ V. F. Sudre, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne », *RUDH*, 1991, p. 266.

⁸⁶ J. Le Gloan, « L'influence croissante de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les droits nationaux », *RDP*, 1999, p. 1777.

⁸⁷ G. Barben, « Le dialogue qu'est la "Common Law" », *Archives de Philosophie du Droit*, 1984, T.29, p. 95.

« discussion, de concertation, et a le mérite de fournir un concept consensuel [...]. Mais par son imprécision même et sa malléabilité, le “dialogue des juges” apparaît comme une figure de style sans consistance véritable »⁸⁸.

Pourtant, le dialogue, en droit, est un instrument de « vérité ».

Selon Michel Villey, « seul est en mesure d’observer les règles du jeu du dialogue celui qui, suspendant pour un temps ses activités, accepte de chercher, de douter, partage avec ses partenaires cette fin commune : la vérité spéculative sur les choses »⁸⁹.

Tant le juge européen que le juge interne doivent, pour s’inscrire dans une perspective dialogique, être conscient que leurs propres opinions ne sauraient exprimer qu’une vision partielle de l’objet. Cette condition réunie, chacun d’eux sera capable de respecter les opinions émises par l’autre, prises comme autant de témoignages, sur la même chose (le sens et la portée des dispositions de la Convention), mais issus d’une autre expérience, aptes à compléter la sienne. Et il se prêtera objectivement à cet « art dialectique »⁹⁰. La dialectique, cette « logique, non pas de la démonstration, mais bien plutôt de l’invention »⁹¹, cherche « des principes à partir d’opinions »⁹².

Le dialogue objectif suppose donc que ses interlocuteurs soient des dialecticiens, davantage soucieux de faire progresser la protection des

⁸⁸ F. Sudre, « À propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionalité », in *Etudes en l’honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen*, Pedone, Paris, 2004, p. 208.

⁸⁹ M. Villey, « Sur la dialectique comme art du dialogue », *Archives de Philosophie du Droit*, 1976, T. 21, 1976, p. 225.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ M. Villey, « Liminaire : Données historiques », in *La logique du Droit, Archives de Philosophie du Droit*, 1966, p. X.

⁹² R. Aubenque, *Les problèmes de l’être chez Aristote*, 1962, p. 257.

droits qu'enclins « au syllogisme, exercice consciencieux de logique formelle »⁹³.

Ce *dialogue objectif* est une condition de survie nécessaire au mécanisme de sauvegarde mis en place par la Convention. En effet, comment concevoir que l'effectivité des droits puisse être assurée si l'on conditionne la réalisation de leur plein effet à des guerres de chapelle ?

B - Le dialogue *objectif* comme source de cohérence et d'unité

Au niveau du juge ordinaire français et du juge européen, la logique est simple. L'ordre juridique européen prime l'ordre juridique interne. L'articulation pour les juges est aisée, puisque qu'elle se règle par un jeu de primauté de l'un sur l'autre⁹⁴. « *L'incertitude de l'autorité des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État ne doit pas masquer l'obligation qui pèse sur ce dernier de respecter le contenu des jurisprudences européennes. Cette obligation se situe en dehors des jurisprudences elles-mêmes. Elles s'inscrit dans les rapports entre les ordres juridiques et doit être rattachée à l'engagement international des États qui doivent assurer l'application (...) de la Convention dans leur ordre interne et surtout à leur acceptation, simultanée ou non, de la compétence des juges institués par [ce traité] pour assurer le respect par les États de leurs engagements et pour se prononcer sur l'application et l'interprétation de leurs dispositions. Du point de vue des rapports entre les ordres*

⁹³ M. Villey, « Liminaire : Données historiques », in *La logique du Droit, Archives de Philosophie du Droit*, 1966, p. IV.

⁹⁴ Logique de l'article 55 de la Constitution de 1958.

juridictionnels, cette obligation résulte de la coopération juridictionnelle qui découle expressément ou implicitement des articles des traités et s'impose avec autorité et rang de primauté dans l'ordre juridique français »⁹⁵. La cohérence du système européen de protection des droits de l'homme réside donc sur l'emboîtement parfait de l'un et de l'autre. En cas d'imperfection, la nécessaire cohérence impose que soit trouvé une « *coopération, [un] dialogue entre juge européen et juge national, qui repose sur l'idée d'arguments échangés* »⁹⁶.

Ainsi, selon la doctrine, *ce dialogue « vise deux finalités. Tout d'abord, il doit servir à faire disparaître les conflits de juridiction »*⁹⁷. Or, cette finalité ne correspond pas à ce que l'on entend par *dialogue objectif*. En effet, pour la doctrine, il s'agit le plus souvent d'obtenir la cohérence du système par la réception, par le juge interne, des critères européens.

L'exemple cité plus haut⁹⁸ s'inscrit dans cette droite ligne d'extinction des conflits entre solutions européennes et nationales. Ainsi, « les récents arrêts du Conseil d'Etat⁹⁹ et de la Cour de Cassation¹⁰⁰ tirent les conséquences de la condamnation européennes dans les arrêts *Draon et Maurice* »¹⁰¹.

⁹⁵ L. Potvin-Solis, *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public., T.187, 1999, pp. 725-726.

⁹⁶ L. Milano, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *RFDA* 2006, mai-juin, p.448.

⁹⁷ *Ibidem*. Nous soulignons.

⁹⁸ *Supra*, note 51.

⁹⁹ CE, 24 février 2006, *Levenez*, req. n°250704 ; concl. Terry Olson, *JCP A* 2006, 1074, pp. 397-400.

¹⁰⁰ Cass. 1^{re} civ. 24 janvier 2006, *Bull. civ. I*, n° 31, *D.* 2006, p. 325.

¹⁰¹ Cour EDH, 6 octobre 2005, *Maurice c/ France*, req. n° 11810/03 ; Cour EDH, 6 oct. 2005, *Draon c/ France*, req. n° 1513/03. Nous soulignons.

Or, si le juge interne doit, systématiquement, s'inscrire dans la lignée de la jurisprudence européenne, quelle place pour le dialogue ? La doctrine tend à considérer qu'il n'y a de cohérence possible du système que dès lors que le juge national suit son homologue européen, en adoptant les mêmes techniques d'interprétation, les mêmes modalités de contrôle. Or, selon notre schéma du *dialogue objectif*, la cohérence du système est acquise dès lors, simplement, que l'un ou l'autre des interlocuteurs apporte *sa* proposition objective au dialogue, portant sur le sens à donner à une disposition de la Convention.

C'est ainsi que les conditions de ce qu'est un dialogue peuvent être réunies.

Si deux propositions objectives se contredisent ce n'est pas nécessairement signe d'incohérence du système. Il est en effet permis d'envisager que ces incohérences permettent de mettre en exergue les failles du système.

Et c'est sans doute là où réside la fonction première – pour ne pas dire unique¹⁰² - du dialogue des juges : « *l'enrichissement mutuel des jurisprudences européenne et nationale pour une meilleure effectivité des droits conventionnels* »¹⁰³. Cette fonction est d'ailleurs en filiation directe avec l'objet de la Convention : assurer la sauvegarde mais

¹⁰² Pour L. Milano, c'est la « seconde finalité » du dialogue des juges. V. L. Milano, *loc. cit.*, p. 448.

¹⁰³ L. Milano, *loc. cit.*, p. 448.

aussi le développement des droits de l'homme¹⁰⁴, auquel le juge interne et le juge européen participent d'égal à égal¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Cour EDH, Gr. Ch., *Loizidou c/Turquie*, 23 mars 1995, *GACEDH* n°1, 4^e éd., obs. F. Sudre, spéc. p. 12.

¹⁰⁵ La Convention « revêt » - faut-il encore le rappeler ? – « un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme » et confie en premier lieu au juge national le soin d'assurer les droits et garanties qu'elle consacre. V. Cour EDH, *Handyside c/ Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, *GACEDH* n°7, § 48. La Cour affirme qu'elle « ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi, elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention », V. Cour EDH, Pl., *Affaire linguistique belge*, 23 juillet 1968, *GACEDH* n°8, § 10.

L'impact du dialogue des juges sur le juge français
Le renforcement du contrôle du droit national par le juge
ordinaire français

Carole NIVARD

Doctorante, Chargée des Travaux Dirigés

Université Montpellier I (IDEDH)

Sommaire

I - L'élargissement du champ d'intervention du contrôle de la norme nationale

A - L'élargissement par le dialogue autour d'une acception large de la notion de « biens » au sens de l'article 1 du Protocole 1 CEDH

B - L'élargissement par le dialogue autour de l'application de l'article 14 CEDH

II - L'approfondissement du contrôle de la norme nationale

A - L'approfondissement effectif dans le cadre d'un « dialogue serein »

B - L'intensification douteuse dans le cadre d'un « dialogue de sourds »

L'impact du droit de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'office du juge interne a été constaté et commenté depuis longtemps. En 1993, Régis de Gouttes écrivait déjà que « *loin de restreindre les pouvoirs du juge national, le système de la Convention européenne peut lui permettre d'élargir son "office" et de renforcer sa mission première de gardien des libertés individuelles* »¹. Assurer le

¹ R. De Gouttes, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge », in F. Sudre (dir.),

respect de la Convention européenne dans l'ordre interne, en tant que juge de droit commun de ce traité, a pourvu le juge français d'une nouvelle fonction. Le développement exponentiel de l'invocation de ce texte par les requérants, du fait de son efficacité, a banalisé le contrôle du respect de la CEDH dans l'office des juges ordinaires français. Le contrôle de conventionnalité, en tant que tel, est donc une arme dans les mains du juge ordinaire qui valorise sa position par rapport aux pouvoirs normateurs et réglementaires. En quoi le dialogue des juges, ou en tout cas, la prise en compte, plus ou moins fidèle, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par le juge national, valorise l'office de ce dernier ? On voit bien la difficulté de cette interrogation ; car si la constatation d'un véritable dialogue entre le juge européen et le juge français, se révèle délicate, le constat d'un impact de ce dialogue sur la fonction du juge interne l'est nécessairement plus encore. Pourtant, et avec toute la retenue qui s'impose, certains contentieux récents, pour lesquels il semble y avoir eu un échange entre le juge de Strasbourg et les Hautes juridictions internes, méritent l'intérêt à cet égard. A la lumière de ces illustrations², il peut être tenté d'appréhender les conséquences de ce dialogue sur le contrôle du droit interne par le juge national. Notamment, le dialogue avec le juge international renforce la position du juge national par rapport au législateur. Ce renforcement hisse, de

Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme. 1974-1992, éd. N.P. Engel, 1994, p. 50.

² Il convient de préciser que le contrôle du respect de l'article 6 CEDH, qui consacre le droit à un procès équitable, est volontairement éludé même s'il constitue une illustration particulièrement « emblématique » de la valorisation de l'office du juge français, voir F. Sudre, « Office du juge administratif et "déconventionnalisation" », in *Environnements. Les mots du droit et les incertitudes de la modernité, Mélanges en l'honneur de Jean-Philippe Colson*, PUG, 2004, p. 413-425.

plus en plus souvent, le juge ordinaire, de par sa capacité de sanctionner la loi, à la hauteur du juge constitutionnel, voire le place en concurrent. Au point que l'on compare régulièrement les deux types de contrôle³ car, comme l'a affirmé D. De Béchillon, « *cet examen "ordinaire" de conventionnalité des lois aboutit à contrôler leur conformité à un ensemble de normes dont la teneur est, pour l'essentiel, identique à celle des règles comprises au sein du bloc de constitutionnalité* »⁴.

Le dialogue valorise l'office du juge national en élargissant le champ d'intervention de son contrôle de la norme interne (I) et en approfondissant ce contrôle (II).

I - L'élargissement du champ d'intervention du contrôle de la norme nationale

Actuellement, deux voies semblent particulièrement fructueuses dans l'élargissement du champ d'applicabilité du contrôle du respect de la Convention par le juge français. Ces mouvements trouvent leur origine dans la jurisprudence de la Cour européenne, mais la manière active dont cette jurisprudence est réceptionnée par les juges français, permet de déceler l'existence d'un échange avéré. Le dialogue permet donc l'élargissement, et donc l'emprise de plus en plus tentaculaire du contrôle du juge français sur la norme. L'élargissement emprunte la voie de l'acception large de la notion conventionnelle autonome de

³ Encore récemment voir O. Dutheil de Lamoignon, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 315-327.

⁴ D. De Béchillon, « De quelques incidences du contrôle de conventionnalité international des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) », *RFDA* 1998, p. 226.

« biens » (A) et celle du contrôle de l'interdiction de discriminer, inscrite dans l'article 14 CEDH (B).

A - L'élargissement par le dialogue autour d'une acception large de la notion de « biens » au sens de l'article 1 du Protocole 1 CEDH

Le dialogue autour des créances incertaines (1) ou des prestations sociales (2), comme constituant des « biens » au sens de l'article 1 du Protocole additionnel à la Convention, permet l'intervention du contrôle de conventionnalité du juge français dans de nouveaux cas de figure.

1 - La notion de « bien » comme « espérance légitime »

L'interprétation large du champ d'application conventionnel donnée par la Cour européenne est complètement relayée par le juge national, et souvent inaugurée par lui. Cet élargissement permet de redynamiser le contentieux dans certains domaines grâce à un contrôle sous éclairage européen. Au-delà, il peut donner compétence au juge pour ouvrir de nouveaux contentieux.

Le dialogue autour de la notion de « biens » au sens de l'article 1 du Protocole 1 CEDH, qui garantit le droit au respect de ses biens, illustre bien cette idée. La notion de « biens » a été « autonomisée » par la Cour européenne⁵ afin de ne pas laisser aux Etats parties, la faculté de

⁵ Cour EDH, 23 février 1995, *Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, A 306 B, § 53 ; Cour EDH, 18 juin 2002, *Oneryildiz c. Turquie*, req. 48939/99, § 139, *JCP G*, 2002, I, 157, n° 23, chron. F. Sudre ; *D* 2002, Somm., 2568, obs. C. Birsan ; *AJDA* 2002, 1277, chron. J.-F. Flauss.

décider, seuls et sans uniformité, le champ d'application de ce droit. La jurisprudence de la Cour européenne est toujours allée dans le sens d'une interprétation extensive de cette notion, au point de considérer qu'entrent dans son champ, des créances virtuelles et incertaines, du fait de l'« espérance légitime » de les voir se concrétiser un jour. Depuis l'arrêt *Pressos Compania Naviera SA et al. c. Belgique* du 20 novembre 1995, la Cour européenne considère, en effet, qu'est un bien, une créance d'indemnisation qui n'a été ni constatée, ni liquidée par décision judiciaire, quand une jurisprudence ancienne et continue fait naître une « espérance légitime » pour les requérants de voir se concrétiser leur créance⁶. Elle a confirmé sa jurisprudence à plusieurs reprises⁷. L'arrêt *Kopecky* a été l'occasion pour la Grande Chambre de préciser la distinction qui peut être tenue entre un simple espoir d'obtenir une créance (qui ne peut constituer un bien) et une « espérance légitime ». Selon elle, « *lorsque l'intérêt patrimonial concerné est de l'ordre de la créance, il ne peut être considéré comme une "valeur patrimoniale" que lorsqu'il a une base suffisante en droit interne, par exemple lorsqu'il est confirmé par une jurisprudence bien établie des tribunaux* »⁸.

Ainsi, en l'absence d'une décision de justice passée en force de chose jugée et constatant une créance, l'« espérance légitime » de voir sa créance confirmée, conformément à une politique jurisprudentielle

⁶ Cour EDH, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera SA et al. c. Belgique*, A 332, § 29 à 32.

⁷ Cour EDH, 16 avril 2002, *SA Dangeville c. France*, Rec. 2002-III, RFDA 2003, 953, obs. B. Dufourcq ; Cour EDH, 27 mai 2004, *OGIS-Institut Stanislas, OGEC St. Pie X et Blanche de Castille et autres c. France*, req. 42219/98; 54563/00; Cour EDH, 25 janvier 2007, *Aon Conseil et Courtage s.a. et autres c. France*, req. 70160/01.

⁸ Cour EDH, Gr. Ch., 28 septembre 2004, *Kopecký c. Slovaquie*, Rec. 2004-IX, § 52, AJDA 2005, 559, note J.-F. Flauss ; JCP G, 2005, I, 103, n° 18, chron. F. Sudre.

claire, même récente⁹, peut constituer un bien au sens de la Convention. Les juridictions françaises ont semblé difficilement admettre cette notion. Par exemple, dans le cadre du contentieux du « tableau d'amortissement », la Cour de Cassation, dans un arrêt *Lecarpentier*¹⁰ devait se prononcer sur une créance d'emprunteurs découlant de la déchéance du droit aux intérêts du prêteur ; créance due sur le fondement de l'article 312-8 du code de la consommation, et accordée par une jurisprudence constante, mais remise en cause par l'adoption d'une loi. La Cour de Cassation a considéré que la déchéance du droit aux intérêts demandée par les requérants n'est qu'« une prétention à l'issue incertaine qui n'est, dès lors, pas constitutive d'un droit ». Cette interprétation a été contredite par la Cour européenne, concernant la même affaire, en estimant qu'il existait bien une « espérance légitime » d'obtenir le remboursement des intérêts, constitutive d'un bien au sens de la Convention. La créance avait, en effet, une base suffisante, engendrée par des arrêts antérieurs de la Cour de Cassation, argument auquel s'ajoutait l'intervention même de la loi, visant justement à contrer cette jurisprudence établie¹¹. Une telle conception de la notion de « bien » a été confirmée, récemment, par la Cour européenne dans les arrêts

⁹ Dans les arrêts Cour EDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005 *Maurice c. France*, req. 11810/03, *JCP G*, 2006, I, 109, n° 16, chron. F. Sudre ; *JCP G*, 2006, II, 10061, note A. Zollinger et Cour EDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005, *Draon c. France*, req. 1513/03, *JCP G*, 2006, I, 109, n° 16, chron. F. Sudre ; *JCP G*, 2006, II, 10061, note A. Zollinger, la jurisprudence en question datait d'à peine deux ans quand les requérants ont entamé une procédure judiciaire en indemnisation.

¹⁰ Cass, Civ.1^{ère}, 20 juin 2000, *Lecarpentier*, *D.* 2000, Cahier Droit des Affaires, Jur., 699, note M.-L. Niboyet.

¹¹ Cour EDH, 14 février 2006, *Lecarpentier et autres c. France*, req. 67847/01, § 38, *RTDH* 2007, 493, comm. C. Pettiti.

*Maurice*¹² et *Draon*¹³ dans lesquels elle a constaté l'existence d'une « espérance légitime » concernant des requérants ayant subi les conséquences de la « loi anti-Perruche ». Le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation ont fait application de cette jurisprudence¹⁴. Ils s'alignent ainsi sur la conception européenne d'un « bien » constitué par une créance en réparation susceptible de naître sur le fondement d'une jurisprudence antérieure constante. Ce faisant, ils admettent leur compétence pour contrôler des requêtes à l'encontre des lois de validations qui, jusqu'à présent, étaient refusées. La conception européenne, reprise par le juge français, a donc pour premier impact de renforcer encore la valeur accordée à la jurisprudence comme source de droit, dans le sens où elle est, dans ce cas, créatrice d'un « bien ». Le second impact est l'élargissement du champ d'action du contrôle du juge interne sur le législateur. Le juge trouve ici une nouvelle occasion d'encadrer l'effet d'une loi de validation, qui a justement pour objet de s'opposer à une jurisprudence incommode. Le dialogue rééquilibre le rapport de force avec le législateur, en faveur du juge.

¹² Cour EDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005, *Maurice c. France*, préc.

¹³ Cour EDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005, *Draon c. France*, préc.

¹⁴ Pour le juge judiciaire : Cass, 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, *Franck X et a. c/ Pol Z et a.*, req. 02-13.775; Cass, 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, *FS P+B, CPAM de Loir et Cher c/ Sté Le Sou médical et a.*, req. 02-12.260; Cass, 1^{ère} civ., 24 janvier 2006, *FS P+B, Fondation Bagatelle et a. c/ SHAM et a.*, req. 01-16.684 et 01-17.042, *JCP G*, II 10062, 800, note A. Gouttenoire. Pour le juge administratif : CE, 24 février 2006, *Lévenez*, req. 250704, *AJDA*, 2006, 1272, note S. Hennette-Vauchez.

2 - La notion de « bien » comme prestation sociale

L'article 1 du Protocole 1 constitue l'un des articles de la Convention les plus employés pour creuser de nouveaux sillons dans le champ d'application de la Convention. Un dialogue dynamique entre le juge européen et les juges français concerne ce que J.-P. Marguénaud a appelé la *socialisation* de la notion de « bien ». Dans la lignée de la jurisprudence innovante de la Cour européenne, les juridictions internes ont, par exemple, qualifié de « biens » des prestations sociales, même non contributives. La Cour européenne, dans un arrêt *Gayguzuz*¹⁵, avait décidé qu'une allocation d'urgence accordée à un chômeur en fin de droit, met en jeu un droit patrimonial et entre ainsi dans le champ d'application de l'article 1 du Protocole 1. Quelques années plus tard, dans son arrêt *Bozkurt*¹⁶, la Chambre sociale de la Cour de Cassation a admis qu'une allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité constitue un bien, et cela même sans que la Cour européenne précise si la jurisprudence *Gayguzuz* s'applique aux prestations non contributives. On peut donc considérer que la Chambre sociale a été encore plus innovante dans son interprétation de la Convention. La Cour européenne ne confirmera cette interprétation qu'en 2003, dans sa décision *Koua Poirrez*¹⁷ (puis, en

¹⁵ Cour EDH, 16 septembre 1996, *Gayguzuz c. Autriche*, Rec. 1996-IV, D. 1998, 438, note J.P. Marguénaud et J. Mouly ; *JCP G*, 1997, I 4000, n°46, obs. F. Sudre.

¹⁶ Cass. soc., 14 janvier 1999, *Bozkurt c. CPAM de Saint-Etienne*, D. 1999, 334, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *JCP G*, 1999, II, 10082, note F. Sudre.

¹⁷ Cour EDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c/ France*, RDP 2004, 845, obs. F. Sudre ; *AJDA* 2004, 537, obs. J.-F. Flauss.

Grande Chambre, dans l'arrêt *Stec*¹⁸), dans lequel elle appliquera l'article 1 du Protocole 1 à une allocation aux adultes handicapés.

Ainsi, la Convention ne consacre pas le droit de recevoir des pensions ou des prestations sociales en tant que tel¹⁹, qui serait un droit de type social. Cependant, si un Etat accorde une prestation sociale, la personne qui répond à tous les critères d'obtention de la prestation est considérée comme bénéficiaire de la prestation, et donc, d'un bien, au sens de la Convention. L'interprétation large de la notion de « biens » permet de faire entrer la plupart du contentieux social sous l'emprise du contrôle de conventionnalité.

Le Conseil d'Etat a, quant à lui, qualifié de « biens », des allocations familiales²⁰, les primes de qualifications et de services pour les militaires²¹, ou les allocations forfaitaires des rapatriés²². La Haute Juridiction administrative considère, contrairement à sa jurisprudence antérieure²³, que constituent des biens, des pensions civiles et militaires²⁴. Encore récemment, le Conseil d'Etat a déclaré l'article 1

¹⁸ Cour EDH, Gr.Ch., 12 avril 2006, *Stec et a. c. Royaume-Uni*, JCP G, I, 109, n° 14, chron. F. Sudre.

¹⁹ Voir, entre autres, Com EDH, 17 décembre 1966, *X. c. R.F.A.*, *Rec.déc.* 23, p. 10 ; ComEDH, 6 avr. 1994, *A. A. c. Grèce*, req. 22219/93 ; CEDH, 20 juin 2002, *Azinas c. Chypre*, req. 56679/00.

²⁰ CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, RFDA 1999, 357, concl. C. Maugüe ; AJDA, 1999, 420 et 462, chron. F. Raynaud et P. Fombeur.

²¹ CE, 11 juillet 2001, *Ministre de la défense c. Préaud*, RFDA 2001, 1047, concl. C. Bergeal.

²² CE, 27 juin 2005, *Barhi*, RFDA 2005, 894.

²³ CE, 26 novembre 1993, *Nabarrot*, req. 137700. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat estime que « la suspension des droits à pension ne porte pas atteinte à un droit de propriété ».

²⁴ CE, Ass., 30 novembre 2001, *Diop*, AJDA 2001, 1039, chron. M. Guyomar et P. Colin ; RFDA 2002, 573, concl. J. Courtial ; RTDH 2003, 299, obs. P. Wachsmann ; CE, 7 janv. 2004, *Colombani*, AJDA 2004, 1653, note O. Dord ; CE, 7 janvier 2004, *Greselle*, AJDA, 2004, 1653, note O. Dord ; CE, 29 déc. 2004, *D'Amato*, RDSS, n° 4, 2005, 633, note C. Devys, entre autres.

du Protocole 1 applicable concernant une allocation de reconnaissance accordée aux anciens membres des formations supplétives de l'armée française en Algérie²⁵.

La Convention constitue ainsi, de par la jurisprudence dynamique de la Cour européenne, relayée par les juges français, une nouvelle source de contrôle des textes français en matière de prestations sociales et de pensions. La privation d'une pension peut être considérée comme une privation de propriété. Le Conseil d'Etat a jugé, entre autres, que « *la suspension des droits à pension* », sanction assortie à la révocation d'un fonctionnaire, « *en tant qu'elle l'a privé de toute ressource* », doit être regardée « *comme ayant porté une atteinte excessive au droit de l'intéressé au respect de ses biens* »²⁶.

Toutefois, cet élargissement de l'applicabilité de l'article 1 du Protocole 1 a surtout déployé ses effets par sa combinaison avec l'article 14 CEDH.

B - L'élargissement par le dialogue autour de l'application de l'article 14 CEDH

L'article 14 CEDH, qui interdit la discrimination dans la jouissance d'un droit reconnu par la Convention, n'a en principe pas d'existence indépendante dans le sens où il ne peut être invoqué que combiné avec un autre article de la Convention. Cependant, l'autonomisation croissante de cette disposition, amorcée par la Cour européenne, et complètement suivie par les juges français, distend le lien de rattachement au reste de la Convention.

²⁵ CE, 6 avril 2007, *Comité Harkis et Vérité*, req. 282390.

²⁶ CE, 7 janvier 2004, *Colombani*, préc.

En conséquence, il est estimé suffisant que le domaine tombe sous l'empire d'une autre disposition de la Convention pour que l'article 14 soit applicable. L'autonomie de ce principe est tellement grande, que, constitue une inconvencionnalité, une discrimination concernant des droits qui ne sont pas accordés par la Convention elle-même.

Ce « relâchement » du lien est en correspondance avec l'évolution du droit du Conseil de l'Europe. L'adoption du Protocole n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 2000 a introduit l'interdiction générale de la discrimination, sans qu'il soit besoin de la combiner avec une disposition de la Convention.

Ainsi, au travers de la non-discrimination, la Convention trouve à s'appliquer dans des domaines dans lesquels les Etats ont normalement une grande liberté d'action, comme en matière sociale (1) ou en matière fiscale (2). Dans ce dialogue-ci, le juge français est autant moteur que le juge européen. Un tel dynamisme pousse le juge national à opérer des contrôles de conventionnalité dans des domaines qui ne semblaient pas devoir être affectés par la Convention, élargissant encore « le spectre » de son intervention.

1 - La non-discrimination dans le contentieux social

La socialisation de la notion de bien, évoquée *supra*, permet l'élargissement du champ d'application du contrôle du respect de la Convention en fournissant au juge une nouvelle source de contrôle de conformité de la loi. Combiné avec l'article 14 CEDH, l'article 1 du Protocole 1 se révèle, de même, une arme redoutable. Dans ce cas, le principe de non-discrimination permet au juge interne de pénétrer dans un « domaine gardé » du législateur. Les prestations sociales, en

tant que droits sociaux, sont librement créées, accordées par le législateur. Ce dernier bénéficie d'une marge d'appréciation quasiment illimitée concernant le montant et les critères d'obtention de la prestation, sur lesquels le Conseil constitutionnel répugne à se prononcer²⁷.

La Convention, et, spécialement, au travers du droit au respect des biens, ne contient pas un droit à recevoir des prestations sociales. Toutefois, les dispositions 1 du Protocole 1 et 14 CEDH combinées interdisent qu'un Etat, quand il a décidé de créer une prestation, l'accorde de manière discriminatoire. Ce principe a été affirmé dès le premier arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme concernant le principe de non-discrimination, *l'Affaire linguistique belge*, dans lequel elle avait affirmé que si les justiciables ne peuvent tirer de l'article 2 du Protocole 1 (droit à l'instruction), « *le droit d'obtenir des pouvoirs publics la création de tel ou tel établissement d'enseignement; néanmoins, l'État qui aurait créé pareil établissement ne pourrait, en en réglementant l'accès, prendre des mesures discriminatoires au sens de l'article 14* »²⁸. Le principe de non-discrimination « *s'applique également aux droits additionnels, relevant du champ d'application général de tout article de la Convention, que l'Etat a volontairement décidé de protéger* »²⁹, et, donc, appliqué au champ social, « *Dès lors [...] qu'un Etat décide de*

²⁷ Voir CC, 18 décembre 1997, *Loi de financement de la Sécurité sociale*, 97-392 DC, Rec. 320, GD 45, RFDA 1998, 148, note B. Mathieu ; RFDC 1998, n°33, 167, note L. Philip ; Dr. soc., 1998, 164, note X. Prétot.

²⁸ Cour EDH, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, A/6, GACEDH, n° 8 ; AFDI, 1968, 201, obs. R. Pelloux ; RBDI 1970, 353, obs. J. Verhoeven.

²⁹ Cour EDH, Gr. Ch., recev., 6 juillet 2005, *Stec et al. c. Royaume-Uni*, req. 65731/01, req. 65900/01, § 40.

créer un régime de prestations ou de pensions, il doit le faire d'une manière compatible avec l'article 14 de la Convention »³⁰.

La 2^{ème} Chambre civile de la Cour de Cassation a fait une utilisation récente de cette règle de façon particulièrement fidèle, en faisant référence à « *la Convention [...], telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme* »³¹.

Par le biais de l'interdiction de discriminer, l'action du législateur en matière de droits sociaux est encadrée par le pouvoir judiciaire. Une décision très récente du Conseil d'Etat³² met en valeur l'efficacité spécifique du principe de non-discrimination dans ce type de contentieux. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat explique bien que l'invocation des articles 1 du Protocole 1 CEDH et de l'article 8 CEDH ne permet pas de contester la condition de résidence posée par un décret pour l'obtention d'une allocation aux adultes handicapés. Toutefois, ces mêmes articles, combinés avec l'article 14 CEDH, se révèlent opérants car le décret ne doit pas traiter différemment des personnes placées dans des situations analogues, sans justification objective et raisonnable. Le Conseil d'Etat accepte donc de contrôler le décret sur ce fondement.

En plus de valoriser son examen de la norme, le juge interne est ainsi promu au rang du juge constitutionnel. En effet, le juge ordinaire

³⁰ Cour EDH, Gr. Ch., 12 avril 2006, *Stec et al. c. Royaume-Uni, préc.*, § 53.

³¹ Cass, 2^{ème} civ., 21 décembre 2006, req. 04-30586 : « *Mais attendu qu'il résulte de la Convention [...], telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme, que, d'une part, dès lors qu'un Etat contractant met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale, que l'octroi de celle-ci dépende ou non du versement préalable de cotisations, cette législation engendre un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1er du Protocole additionnel n° 1, d'autre part, une différence de traitement entre hommes et femmes ayant élevé des enfants dans les mêmes circonstances ne peut être admise qu'en présence d'une justification objective et raisonnable* ».

³² CE, 23 avril 2007, *CATRED et GISTI*, req. 283311.

assure, quand une loi est concernée, un contrôle similaire au Conseil constitutionnel, qui examine les lois sociales par rapport au principe d'égalité (article 13 de la Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789). Il est même arrivé que les deux juges soient confrontés à un même problème de droit et arrivent aux mêmes solutions, mais sur des fondements différents. Le Conseil Constitutionnel a décidé que la loi concernant l'allocation du Fonds national de solidarité, loi censée modifier l'article L. 815-5 du Code de la Sécurité sociale, était contraire au principe d'égalité en ce qu'elle opérerait une discrimination entre les nationaux et les ressortissants étrangers³³. La loi invalidée n'accordait effectivement toujours pas l'allocation aux ressortissants étrangers hors communautaires. De la même manière, en 1999, la Cour de Cassation a considéré l'article L. 815-5 du Code de la Sécurité sociale contraire aux articles 1 du Protocole 1 et 14 CEDH, en ce qu'il instaure une discrimination du fait de la nationalité³⁴. Le dialogue avec Strasbourg permet ainsi de compléter les voies de droit à l'encontre d'une loi violant les droits fondamentaux des individus.

2 - La non-discrimination dans le contentieux fiscal

Le principe de non-discrimination permet au juge français de contrôler la loi fiscale. La matière fiscale entre dans le champ d'application de l'article 1 du Protocole 1 CEDH, les dispositions concernant l'impôt

³³ CC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, 89-269 DC, *AJDA* 1990, 471, note F. Benoit-Rohmer ; *RFDC*, n° 2, 1990, obs. L. Favoreu ; *RFDA* 1990, 406, note B. Genevois ; *Dr. soc.* 1990, 352, note X. Prétot.

³⁴ Cass, soc., 14 janvier 1999, *Bozkurt c. CPAM de Saint-Etienne*, préc.

affectant, par nature, les biens du contribuable. Cependant, que ce soit au niveau national ou européen, les juges sont plus enclins à laisser le législateur libre d'organiser l'impôt comme il l'entend, que d'opérer un contrôle strict. Le juge français, au même titre que la Cour européenne des droits de l'homme³⁵, admet l'invocabilité de cet article en droit fiscal³⁶. Pourtant, la plupart du temps, il ne constate pas de violation du respect du droit au respect de ses biens³⁷ car il semble faire une lecture littérale³⁸ de l'article 1 du Protocole 1, en rappelant son deuxième alinéa qui dispose que ce droit ne porte pas « *atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour [...] assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou d'autres amendes* ». Cette retenue fait écho à celle de la Cour de Strasbourg qui accueille difficilement les moyens à l'encontre des lois fiscales au point que F. Sudre considère que « *la Cour européenne fait la part belle aux intérêts du fisc* »³⁹.

Encore une fois, l'interdiction de discriminer s'avère être un outil efficace. A la suite de l'avis *SA financière Labeyrie*⁴⁰ de 2002, dans lequel il avait admis le caractère opérant de l'invocation de l'article 1 du Protocole 1, combiné avec l'article 14 CEDH, à l'encontre d'une

³⁵ Cour EDH, 23 février 1995, *Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, A 306 B ; Cour EDH, 23 oct. 1997, *National and Provincial Building Society c. Royaume-Uni*, JCP G, 1998, I 107, n° 30 chron F. Sudre.

³⁶ CE, 4 décembre 1989, *Suhubiette*, RJF 1990, n° 2, n° 109 et CE, 16 mai 1990, *Gonzalez de Gaspard, Dr. fisc.*, 1990, n° 48, comm. 2209 ; RJF 1990, n° 825.

³⁷ Voir, entre autres exemples, CE, 4 décembre 1989, *Suhubiette, préc.* et CE, 30 novembre 1994, *SCI Résidence Dauphine, Leb.* p. 515, RJF 1995, n° 132.

³⁸ F. Julienne, « La Convention européenne des droits de l'homme et le contentieux fiscal : étude de l'exemple du droit français », *RTDH* 2006, p. 1028 et s.

³⁹ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8^{ème} éd., 2006, p.548.

⁴⁰ CE, Ass., Avis, 12 avril 2002, *SA financière Labeyrie*, AJDA, 2002, 410, chron. M. Guyomar et P. Colin ; *RDJ* 2002-3, 619, obs. X. Prétot.

loi fiscale, le Conseil d'Etat a admis ce moyen dans les arrêts *Sarteur*⁴¹ en 2005 et *Galvaire*⁴² en 2006. Dans ces décisions, la Haute juridiction administrative a considéré que l'article L. 209 du livre des procédures fiscales, dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi de finances rectificative du 29 décembre 1994, était contraire à la Convention. De la même manière, la combinaison des deux articles s'avère fructueuse au niveau européen⁴³.

Dans ce contentieux, le juge ordinaire assure un contrôle de nature similaire à celui du juge constitutionnel. Ce dernier vérifie, en effet, la conformité des lois fiscales par rapport au principe d'égalité, présent dans l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789⁴⁴. Un auteur⁴⁵ a d'ailleurs récemment comparé les deux contrôles, celui du juge constitutionnel et celui du juge ordinaire dans les arrêts *Sarteur* et *Galvaire* ; son constat est celui d'une similarité des techniques de contrôle de chaque côté.

Le dynamisme interprétatif de la Cour européenne, poursuivi au niveau interne par les juges français, permet à ces derniers d'élargir le panel de lois et règlements qu'ils peuvent soumettre aux exigences de la Convention. Sous l'effet du dialogue avec le juge européen, le spectre de l'intervention du juge ordinaire s'étend, de plus, ses critères de légalité deviennent plus exigeants.

⁴¹ CE, 10 août 2005, *Sarteur*, *RJF* 2005, n° 1305 ; *BDCF* 11/2005, concl. L.Vallée.

⁴² CE, 10 février 2006, *Galvaire*, *RFJ* 2006, n° 601.

⁴³ Cour EDH, 23 octobre 1990, *Darby c. Suède*, A 187.

⁴⁴ Contrôle effectué depuis CC, 27 décembre 1973, *Taxation d'office*, 73-51 DC, *RCJ* I-28, *AJDA*, 1974, 236, note P.-M. Gaudemet; *JCP G*, 1974, II 17691, note Nguyen Quoc Vinh. Pour une application récente, CC, 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, 2005-530 DC, *Rec.* p. 168.

⁴⁵ M. Collet, « Les bienfaits du "dialogue des juges". Remarques sur la mise en œuvre par le juge fiscal des articles 14 de la Convention EDH et 1^{er} de son premier protocole additionnel », *Dr. fisc.* 2006, n° 51, p. 2179-2189.

II - L'approfondissement du contrôle de la norme nationale

La jurisprudence européenne a tendance à exiger un contrôle strict des atteintes aux droits de la Convention. L'atteinte doit être justifiée par des objectifs d'intérêt général et être proportionnée à la poursuite de ces objectifs.

La technique de contrôle la plus typiquement européenne est le contrôle de proportionnalité. Elle est consubstantielle aux droits fondamentaux⁴⁶. Dans le cadre de la Convention, la proportionnalité intervient notamment dans le contrôle de la justification d'une ingérence. Le principe de proportionnalité n'est pas inconnu du juge français. Bien au contraire, il est quotidiennement exercé par les juges dans tous les domaines juridiques⁴⁷. En tant que juge du respect de la Convention, le juge français n'a ainsi donc pas à bouleverser ses techniques de contrôle. Comme le remarquait, en ce sens, le commissaire du gouvernement R. Abraham, dans des conclusions devant le Conseil d'Etat, en 1991, « *il n'y a donc rien dans les raisonnements de la Cour de Strasbourg qui soit de nature à vous déconcerter* »⁴⁸.

Pourtant, le contrôle du juge français n'est pas forcément assez strict. Ainsi, des exemples montrent que le dialogue des juges fonctionnant,

⁴⁶ P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2005, p. 89.

⁴⁷ V. par exemple, J.-P. Costa, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *AJDA*, juillet-août 1988, p. 434-437 ; X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica, 1990, 541 p. ; S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000, 580p. ; I. Cornesse, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, Bibliothèque du droit de l'entreprise, Montpellier, 2001.

⁴⁸ R. Abraham, « Conclusions sur CE, Ass., 19 avril 1991, (2 espèces) *Belgacem et Babas* », *RFDA* 1991, 502.

les juridictions françaises ont dû intensifier leur contrôle (A), même si dans quelques contentieux particuliers, l'intensification ne semble qu'apparente et relève plutôt d'un « dialogue de sourds » (B).

A - L'approfondissement effectif dans le cadre d'un « dialogue serein »

Le juge français a, sous l'effet du dialogue, intensifié son contrôle en introduisant un contrôle de proportionnalité de l'atteinte, là où seul un motif d'intérêt général poursuivi suffisait selon sa jurisprudence antérieure (1). Aujourd'hui, on peut estimer qu'il a complètement intégré l'exigence de proportionnalité en droit conventionnel (2).

1 - L'intensification du contrôle sous l'effet du dialogue

Le contrôle de proportionnalité européen n'a pas toujours été bien pratiqué au niveau national. C'est sous l'effet du dialogue que le juge interne a intensifié son contrôle dans certains contentieux.

L'intensification du contrôle a été acceptée par le juge administratif concernant les mesures de police. En témoigne le passage à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation à celui d'un contrôle entier de proportionnalité concernant les mesures d'expulsion susceptibles de porter atteinte au respect de la vie privée et familiale. Pressé par la jurisprudence européenne⁴⁹, le Conseil d'Etat a admis l'applicabilité de l'article 8 CEDH et le contrôle de proportionnalité

⁴⁹ Cour EDH, 21 juin 1988, *Berrehab c. Pays-Bas*, A 138.

des mesures d'expulsion⁵⁰ et des mesures de reconduite à la frontière⁵¹. Sous la pression européenne, il a donc remis en cause sa jurisprudence antérieure⁵² et mieux encadré les pouvoirs de police administrative.

Dans un autre domaine de police administrative, l'approfondissement du contrôle s'est imposé encore plus difficilement. Concernant la liberté d'expression (article 10 CEDH), le Conseil d'Etat s'est refusé pendant longtemps à opérer un contrôle « normal » des décisions d'interdiction de publications de provenance étrangère. Ce n'est qu'en 1997, par son célèbre arrêt *Société Ekin*⁵³, que le juge administratif français s'est mis à pratiquer un contrôle de proportionnalité entre l'intérêt général justifiant de telles décisions et les intérêts individuels lésés. L'intensification du contrôle n'a pas empêché la Cour européenne de sanctionner le résultat négatif du contrôle opéré par le Conseil d'Etat en l'espèce⁵⁴. Si l'abrogation de l'article 14 de la loi de 1881 rend ce contentieux obsolète, il reste une illustration d'une réception laborieuse des méthodes de contrôle européen.

Concernant toujours l'article 10 CEDH, les juridictions judiciaires ont affirmé pendant des années, la compatibilité du caractère absolu du

⁵⁰ CE, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, Rec. 18 ; CE, Ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, RFDA, 1991, 497, concl. R. Abraham ; RCDIP 1991, 681, note D. Turpin ; Rev. Adm. 1991, 239, note H. Ruiz-Fabri.

⁵¹ CE, 19 avril 1991, *Mme Babas*, RFDA 1991, 497, concl. R. Abraham ; RCDIP, 1991, 681, note D. Turpin ; Rev. Adm., 1991, 239, note H. Ruiz-Fabri.

⁵² CE, 25 juillet 1980, *Touami ben Abdeslem*, JCP G, II 19613, note B. Pacteau.

⁵³ CE, 9 juillet 1997, *Association Ekin*, RFDA, 1997, note B. Pacteau ; RDP, 1998, 539, obs. P. Wachsmann.

⁵⁴ Cour EDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, Rec. 2001-VIII, AJDA, 2002, 52, note F. Julien-Lafférière ; RTDH 2002, 699, note P. de Fontbressin ; D., 2002, 2770, obs. T. Massis.

droit à l'image avec cet article⁵⁵, ignorant ainsi, le contrôle de proportionnalité pratiqué par la Cour européenne dans ce cas⁵⁶. Les juridictions françaises se sont finalement ralliées et exerce désormais un contrôle de proportionnalité⁵⁷.

Le contrôle de proportionnalité achève de compléter le contrôle juridictionnel et réduit la marge de manœuvre des pouvoirs législatif et réglementaire. La prise en compte de la jurisprudence européenne a bien été un facteur d'augmentation des pouvoirs du juge ordinaire, pouvoirs d'encadrement de la norme et de l'action de l'Administration.

2 - Un contrôle de proportionnalité désormais bien intégré

La démarche du contrôle européen est tellement intégrée que les hautes juridictions sanctionnent les décisions des juridictions inférieures qui n'ont pas opéré un contrôle de conventionnalité conforme. La rigueur du contrôle de conventionnalité est donc garantie par la hiérarchie judiciaire, dans les différents degrés de juridiction.

⁵⁵ Cass, Civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, *D*, 1997, Jur., 403 ; Cass, Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, *Sté Prisma presse*, *D*. 2001, 1571 ; Cass, Civ. 1^{ère}, 12 décembre 2000, *Legipresse* 2001, n° 179, III, 30 ; Cass, Civ. 1^{ère}, 20 décembre 2000, *Sté Cogedipresse et autre c. Mme Marchand, Vve Erignac*, *JCP G*, 2001, II 10488, concl. J. Sainte-Rose, note J. Ravanas.

⁵⁶ Cour EDH, 11 janvier 2000, *News Verlags GmbH c. Autriche*, *Rec.* 2000-I ; Cour EDH, 3 octobre 2000, *Du Roy et Malaurie c. France*, *Rec.* 2000-X, *RTDH*, 2001, 1075, obs. G. Tillement ; *LPA* 18 avril 2001, 5, note E. Dérieux ; *D*. 2001, *Somm.*, 515, obs. J. Pradel et *Somm.* 1064, obs. J.-F. Renucci ; *Rev. sc. crim.* 2001, 176, obs. J. Francillon.

⁵⁷ Cass, Civ. 1^{ère}, 20 février 2001, *Sté Hachette Filipacchi c. G. Bruno*, *Bull. civ.* 2001, I, n° 42 ; Cass, Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2001, *Sté Prisma Presse et a. c. S.*, *Bull. civ.* 2001, I, n° 222 ; Cass, Civ. 1^{ère}, 5 juillet 2005, *Sté Hachette Filipacchi c. M.*, *JCP G*, II, 10123.

Les arrêts *Colombani*⁵⁸ et *Greselle*⁵⁹, concernant la suspension des droits à pension d'agents publics, illustrent cette idée pour les juridictions administratives. Dans les deux arrêts, le Conseil d'Etat censure un arrêt de la Cour Administrative d'Appel de Paris (*Colombani*) et une décision du Ministre de la Défense (*Greselle*) pour une erreur de droit dans l'interprétation de l'article 1 du Protocole 1 CEDH. La CAA et l'autorité administrative ont, en effet, écarté le moyen tiré de la violation de cet article sur le seul motif que la sanction a été prononcée pour une cause d'utilité publique. Le CE rappelle que le juge devait aussi « *rechercher si la gravité de la sanction est proportionnée aux faits reprochés et est de nature à porter une atteinte excessive aux droits des intéressés au respect de leurs biens* ». Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne, le CE rappelle donc que le contrôle du respect du droit au respect de ses biens, tel que protégé par la Convention européenne, comprend un contrôle de proportionnalité entre l'intérêt général poursuivi et l'atteinte aux droits du propriétaire.

De la même manière, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation a pu casser un arrêt d'une juridiction inférieure qui avait conclu à la non-violation de l'article 8 CEDH, en raison de l'existence d'un intérêt général poursuivi par la mesure d'ingérence mais sans rechercher si cette mesure n'était pas disproportionnée par rapport au but poursuivi⁶⁰ ou, dans une autre espèce, parce que le juge du fond n'avait pas recherché s'il existait un « *juste équilibre entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et familiale du requérant et d'autre part, les impératifs de sûreté publique, de prévention des*

⁵⁸ CE, 7 janvier 2004, *Colombani*, préc.

⁵⁹ CE, 7 janvier 2004, *Greselle*, préc.

⁶⁰ Cass, Crim., 28 février 2001, *F. Djebeniani*, *Bull. crim.*, n° 55.

infractions pénales et de protection de la santé publique prévus par l'article 8 [CEDH] »⁶¹.

Le cadre d'un contrôle de proportionnalité, qui s'ajoute à la simple poursuite d'objectifs d'intérêt général est celui d'un « dialogue serein » ou « pacifié ». Le dialogue a pu incontestablement avoir pour effet de valoriser le juge français. A l'inverse, quand le dialogue est faussé, la profondeur du contrôle peut être ébranlée.

B - L'intensification douteuse dans le cadre d'un « dialogue de sourds »

Sans aller jusqu'à affirmer que seule une bonne réception de la jurisprudence européenne peut renforcer les pouvoirs du juge national, deux illustrations récentes montrent que le manque de qualité du dialogue n'est pas forcément en faveur du pouvoir du juge, ni en faveur de la protection des individus. Le premier contentieux concerne le domaine de l'urbanisme (1) et le deuxième, le contrôle des lois de validations par rapport à l'article 1 du Protocole 1 CEDH (2).

1 - L'introduction d'un contrôle de proportionnalité fantoche en matière d'urbanisme?

Si, à première vue, l'intensification du contrôle semble conforme aux exigences européennes, il apparaît que cela ne puisse être qu'un leurre. L'examen opéré par le juge français n'est pas forcément conforme à l'interprétation de la Convention par la Cour européenne.

⁶¹ Cass, Crim., 13 mars 2001, *H. Abdelhamid*, *Bull. crim.*, n° 63.

Un contentieux plus récent pourrait entrer dans ce cas de figure. L'arrêt *Bitouzet*⁶² est particulièrement révélateur d'une application qui peut sembler douteuse de la Convention en droit de l'urbanisme. Le domaine affecté est celui des servitudes d'urbanisme. Le principe de non-indemnisation pour les servitudes instituées en matière d'urbanisme (L. 160-5 du code de l'urbanisme) souffre deux exceptions : s'il résulte de ces servitudes une atteinte à des droits acquis ou une modification à l'état antérieur des lieux déterminant un dommage direct, matériel et certain. Dans le but de se conformer à la jurisprudence européenne, le Conseil d'Etat, dans cette affaire, a ajouté une nouvelle dérogation aux deux premières, jugées trop restrictives ; il s'agit du «*cas exceptionnel où il résulte de l'ensemble des conditions et circonstances dans lesquelles la servitude a été instituée et mise en œuvre, ainsi que son contenu, que ce propriétaire supporte une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi* ». Si cette formulation est très voisine du contrôle de proportionnalité européen, on est en droit de se demander s'il y a une réelle volonté d'ouverture à l'indemnisation. En effet, la formulation est plus que rigoureuse, comme le soulève F. Bouyssou⁶³, «*ne fait pas obstacle*», «*cas exceptionnel*», «*charges spéciale et exorbitante*» «*hors de proportion*» sont autant d'exigences cumulatives du contenu de la servitude d'une part, et de

⁶² CE, 3 juillet 1998, *Bitouzet*, *RFDA* 1998, p. 1243, concl. R. Abraham. Le Conseil d'Etat y stipule «*Considérant que, [...] l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme [...] ne fait pas obstacle à ce que le propriétaire dont le bien est frappé d'une servitude prétende à une indemnisation que, dans ces conditions, le requérant n'est pas fondé à soutenir que l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme serait incompatible* » avec l'article 1 du Protocole 1 CEDH.

⁶³ F. Bouyssou, «*Respect du droit de propriété et droit de l'urbanisme* », *AJDA* 2003, p. 2135.

conditions d'institution et de mise en œuvre de la servitude d'autre part ; exigences difficiles à remplir. L'ensemble des litiges, invoquant cette jurisprudence, soumis au Conseil d'Etat n'ont d'ailleurs trouvé aucun écho ; aucune charge disproportionnée n'a été constatée à l'égard d'un particulier⁶⁴.

Le Conseil d'Etat et les juridictions administratives ont généralisé les termes de cette jurisprudence dans des domaines connexes en matière d'urbanisme. Ainsi, en matière de servitudes environnementales tout d'abord. Dans un arrêt *Société Le Nid*⁶⁵, la Cour d'appel de Nancy relève que les servitudes environnementales n'entrent pas dans le champ d'application du régime général des servitudes d'urbanisme, mais étend, à ces servitudes, l'exception au principe de non indemnisation pour charge spéciale et exorbitante. Il est cependant jugé que la sécurité des populations justifie l'atteinte grave au droit du requérant d'user de son bien. Les conditions de l'indemnisation ne sont donc pas réunies, voire semblent impossibles à réunir comme dans les cas d'application de la jurisprudence *Bitouzet*⁶⁶. Le Conseil d'Etat a étendu cette démarche, en matière d'urbanisme, dans ses arrêts *M. et Mme Ehry*⁶⁷ et *Société d'aménagement des coteaux de*

⁶⁴ CE, 2 juillet 1999, *Mme Valentin*, D. 2000, somm., 257, obs. P. Bon et D. de Bechillon ; CE, 7 janvier 2000, *Société Lady Jane*, D. 2000, jur., 301, obs. H. Charles ; pour une illustration récente : CE, 10 mai 2007, *Pierre A.*, req. 270588.

⁶⁵ CAA Nancy, 10 avril 2003, *Sté Le Nid*, AJDA 2003, 1619, note F. Cassin.

⁶⁶ On peut légitimement se questionner sur la conformité de cette jurisprudence à l'arrêt *Matos e Silva c/ Portugal* de la Cour européenne des droits de l'homme (16 septembre 1996, *Rec.* 1996-IV). Cet arrêt concernait aussi une servitude environnementale et il a été considéré que constituait une charge exorbitante, l'utilisation combinée de déclarations d'utilité publique (procédures d'expropriation) et de la création d'une réserve naturelle (servitude) pendant une durée de 13 ans, en ce qu'elle limitait le droit des requérants d'user de leur bien.

⁶⁷ CE, 28 mai 2003, *M. et Mme Ehry*, req. 242431, dans lequel il examine la compatibilité de la loi du 8 août 1929 qui soumet à autorisation du ministre de la

*Saint-Blaine*⁶⁸ appliqués aux servitudes imposées par un plan de prévention des risques naturels prévisibles et *Schiocchet*⁶⁹ en matière de délivrance du permis de construire.

En refusant d'opérer un véritable contrôle de la proportionnalité de l'atteinte aux biens des particuliers, le Conseil d'Etat préserve les intérêts de l'administration, et ne donne que l'illusion d'encadrer son action. Il n'est alors pas évident que la Cour européenne, si elle était amenée à se prononcer sur cette question, entérine l'interprétation de son contrôle, faite par le juge français.

2 - La question du contrôle des motifs d'intérêt général d'une loi de validation

Un contentieux actuel fait l'objet d'une contrariété plus évidente dans l'intensité du contrôle opéré. Il s'agit du contrôle des validations législatives. Le contrôle des lois de validations par rapport aux droits de la Convention s'est d'abord concentré sur l'atteinte au droit à un procès équitable⁷⁰. En effet, les validations législatives ayant des conséquences sur l'issue des procès, risquent de violer les termes de l'article 6§1 CEDH. Mais les lois de validations peuvent également

Défense les constructions nouvelles à l'intérieur des polygones d'isolement à l'article 1^{er} du Premier Protocole CEDH.

⁶⁸ CE, 29 décembre 2004, *Société d'aménagement des coteaux de Saint-Blaine*, AJDA, 2005, 423, chron. C. Landais et F. Lenica.

⁶⁹ CE, 11 février 2004, *M. Schiocchet*, *Dr. Adm.* 2004, Comm. 70, R. Noguellou.

⁷⁰ Voir, par exemple, Cour EDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal, Gonzalez et al. c. France*, GACEDH n° 28, pour la jurisprudence européenne et CE, Ass., 5 décembre 1997, *Mme Lambert*, *Rec.* 446 ; CE, Ass., Avis, 5 décembre 1997, *Ministre de l'Education c. OGEF de Saint-Sauveur-le Vicomte*, RFDA 1998, p. 160, concl. L. Touvet ; AJDA 1998, p. 97, chron. X.-T. Girardot et F. Raynaud ; Cass, Ass. plén., 23 janvier 2004, *SCI Le bas Noyer c. Castorama France*, RFDA 2004, 224, obs. B. Mathieu, pour la jurisprudence interne.

porter atteinte au droit de propriété, si bien que la plupart du temps, les deux articles 6§1 et 1 du Protocole 1 CEDH sont examinés dans une même espèce. Pour la Cour européenne, seuls d'impérieux motifs d'intérêt général peuvent justifier l'atteinte au respect des biens ou à l'égalité des armes ; l'intensité de l'intérêt général reste le même quel que soit l'article invoqué. Les contrôles de l'un comme de l'autre article seraient donc équivalents. Pourtant, le Conseil d'Etat a, lui, décidé de distinguer l'intensité de l'intérêt général dans l'examen de l'article 1 du Protocole 1 et de l'article 6§1. Dans son avis *Provin*, il considère, en effet, que la justification de l'atteinte à l'article 6§1 par une loi de validation doit reposer sur d'« *impérieux motifs d'intérêt général* », tandis que l'atteinte à l'article 1 du Protocole 1 n'exige que des « *motifs d'intérêt général susceptibles de la justifier* ». Il établit une distinction d'intensité de contrôle rendant le contenu du droit au respect des biens moins exigeant⁷¹.

Pourtant, deux arrêts ultérieurs de la Cour européenne apportent un démenti définitif à l'interprétation faite par le Conseil d'Etat. Par l'arrêt *Lecarpentier*, tout d'abord, la Cour européenne condamne la France pour la violation de l'article 1 du Protocole 1, dans le cadre de l'affaire du « tableau d'amortissement ». Lors de l'examen de la

⁷¹ Cette différenciation se fonde essentiellement sur la distinction faite par le commissaire du gouvernement ayant conclu sur ce point, M. Devys, entre le droit à un procès équitable et le droit de propriété au sens de la Convention. Selon lui, « à la différence des articles qui, comme l'article 1^{er} du premier protocole additionnel, consacrent des droits dits substantiels et prévoient immédiatement les conditions dans lesquelles il peut y être porté atteinte, l'article 6§1 de la Convention, qui consacre des droits dits processuels, est conçu comme un droit absolu », *RFDA*, 2005, p. 1003 et sq. Ainsi, parce que le droit à un procès équitable serait un droit absolument intangible, il faudrait en conclure qu'il nécessite une protection renforcée, par rapport aux droits relativement intangibles comme le droit de propriété. Pour une critique de cette distinction, voir L. Milano, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *RFDA*, 2006, p. 456-457.

violation de cet article, elle précise que « *l'intervention législative litigieuse, qui réglait définitivement, de manière rétroactive, le fond du litige [...] n'était pas justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général, ainsi que l'exige, notamment, le principe de la prééminence du droit* »⁷². Cette conclusion est devenue encore plus évidente avec l'arrêt *Cabourdin* du 11 avril 2006. La Cour, dans cette décision, condamne la France, concernant la même loi que celle remise en cause dans l'arrêt *Lecarpentier*, mais sous l'angle de l'article 6§1. Réitérant sa solution, la Cour considère que la loi en question « *n'était pas justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général* »⁷³. Avec L. Milano, on est en droit d'estimer que « *la distinction mise en œuvre par le Conseil d'Etat ne trouve aucun écho dans la jurisprudence européenne passée ou présente* »⁷⁴. La persistance d'un contrôle d'une moindre intensité sous l'angle de l'article 1 du Protocole 1 expose la France à d'éventuelles futures condamnations. Il est peut être encore trop tôt pour vérifier si le juge français compte se conformer au message européen. Des arrêts récents semblent pourtant annoncer une

⁷² Cour EDH, 14 février 2006, *Lecarpentier c. France, préc.*, § 48. De la même manière que dans les arrêts Cour EDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005, *Maurice, préc.* et Cour EDH, Gr. Ch., 6 octobre 2005, *Draon, préc.*, la Cour n'estime pas nécessaire d'examiner le grief sous l'angle de l'article 6§1 CEDH (§ 57), mais elle précise cette fois-ci que « *le grief se confond largement avec le précédent* ». Cela renforce encore l'idée d'une équivalence du contrôle de proportionnalité dans le cadre des deux articles. Par cette considération, la juridiction européenne rappelle donc expressément la nécessité d'« *impérieux motifs d'intérêt général* » dans le cadre de l'article 1 du Protocole 1, mais de surcroît, fait référence à l'arrêt Cour EDH, 28 octobre 1999, *Zielinski, préc.* qui concernait uniquement le contrôle du respect de l'article 6§1 par une loi de validation. Ce faisant, la Cour confirme que le contrôle de proportionnalité est similaire, que la loi de validation soit examinée par rapport au droit au respect des biens, ou au droit au procès équitable. Dans les deux cas, seule une atteinte proportionnée et justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général est susceptible d'être conforme au respect de la Convention.

⁷³ Cour EDH, 11 avril 2006, *Cabourdin c. France*, req. 60796/00, § 38.

⁷⁴ L. Milano, *op. cit.*, p. 458.

obstination du Conseil d'Etat à suivre sa propre ligne. Conformément aux instructions de l'avis *Provin*, le Conseil d'Etat a en effet constaté la non-violation de l'article 1 du Protocole 1, l'application de la loi se justifiant par un « *intérêt général suffisant* » dans un arrêt du 6 décembre 2006⁷⁵. Puis, dans des arrêts *M. Couegnat* et *M. Hébert* du 25 avril 2007⁷⁶, il affirme la nécessité de « *motifs d'intérêt général susceptibles de justifier* » l'atteinte portée au droit au respect de ses biens.

Cette dissension ne se retrouve pas devant les juges judiciaires. La Cour de cassation se conforme, effectivement, au vocabulaire européen et recherche un « *impérieux motif d'intérêt général* » que ce soit dans le cadre de l'article 6§1⁷⁷, ou dans le cadre de l'article 1 du Protocole 1 CEDH. En effet, dans un arrêt du 28 mars 2006, la Chambre Sociale de la Cour de cassation a précisé que des dispositions rétroactives peuvent ne pas méconnaître ce dernier article si « *celles-ci obéissent à un impérieux motif d'intérêt général* »⁷⁸.

Malgré la différence de formulation entre les jurisprudences du juge administratif et de la Cour européenne des droits de l'Homme, on pourrait légitimement se poser la question de la réalité d'une différence d'intensité de contrôle en pratique⁷⁹. Concernant les arrêts récents évoqués, on peut remarquer que les arrêts du Conseil d'Etat du 25 avril 2007 constatent l'inconventionnalité de la loi contestée, alors

⁷⁵ CE, 6 décembre 2006, *Patrick A.*, req. 280681.

⁷⁶ CE, 25 avril 2007, *M. Couegnat*, req. 296661; CE, 25 avril 2007, *M. Hébert*, req. 296665.

⁷⁷ Cass, Ass. Plén., 23 janvier 2004, *SCI Le bas Noyer c. Castorama France*, *RFDA* 2004, 224, obs. B. Mathieu.

⁷⁸ Cass, Soc., 28 mars 2006, req. 04-16558, *Bull.* 2006, V, n° 128.

⁷⁹ Certains auteurs se posent d'ores et déjà la question : voir D. Simon, « La jurisprudence récente du Conseil d'Etat : le grand ralliement à l'Europe des juges ? », *Europe*, mars 2007, p. 5-9, *spéc.* p. 7.

que celui de la Cour de Cassation du 28 mars 2006, non. Il est évidemment très délicat, voire inepte, de comparer des contentieux concernant des faits distincts. Pourtant, dans les deux cas, les motifs d'intérêt général s'équivalaient, puisqu'il s'agissait à chaque fois finalement de préserver les finances publiques⁸⁰ ; et donc, le Conseil d'Etat, malgré la formulation plus clémente des critères, a semblé opérer un contrôle plus exigeant du respect au droit des biens des requérants.

Le dialogue avec le juge européen a tendance à pousser le juge français à un accroissement de son pouvoir. D'un côté, le dialogue autour de l'applicabilité toujours plus large de la Convention, agrandit « le spectre » de l'intervention du juge interne. Si le juge avait déjà pénétré dans certains contentieux par les sources nationales, l'implication européenne ajoute des opportunités de contrôle ou, même, approfondit le contrôle existant. Le juge renforce ainsi son positionnement par rapport au pouvoir réglementaire et par rapport au législateur. Indirectement, sous couvert d'un contrôle de

⁸⁰ Le Conseil d'Etat estime qu'une loi rétroactive qui « *permet d'assurer un traitement équitable au plan de la rémunération entre agents titulaires et non titulaires, d'autre part, que l'application à l'ensemble des agents concernés des règles antérieures occasionnerait un coût budgétaire d'environ 32 000 euros par agent* » n'est pas basé sur des motifs d'intérêt général suffisants pour remettre en cause le droit à l'indemnité de résidence intégrée au traitement d'agents contractuels de l'Administration (CE, 25 avril 2007, *M. Hébert, préc.*). La Cour de Cassation considère qu'une loi rétroactive qui oblige les entreprises à verser une contribution à l'Assedic à chaque rupture de contrat avec un salarié ayant adhéré à une convention de conversion, et qui a pour objet de « *limiter le recours aux licenciements économiques des salariés âgés de plus de cinquante ans et mettre un terme à des manoeuvres qui avaient pour but d'éviter le versement de contributions patronales au régime de financement de l'assurance chômage* » est justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général (Cass, Soc., 28 mars 2006, *préc.*).

conventionnalité, il empiète aussi sur l'action du juge constitutionnel. En définitive, le juge utilise la norme européenne pour s'affirmer au plan interne. L'actualité jurisprudentielle du Conseil d'Etat confirme ce sentiment. Avec la jurisprudence *Gardedieu* du 8 février 2007, le Conseil d'Etat, en Assemblée, réaffirme encore son emprise sur le législateur, en ajoutant l'inconventionnalité d'une loi comme nouvelle voie d'engagement de la responsabilité de l'Etat. Le juge français peut donc condamner l'Etat à « réparer les préjudices qui résultent de l'intervention d'une loi en méconnaissance des engagements internationaux de la France »⁸¹.

Cette constatation rend d'autant plus incompréhensible la mise en retrait volontaire du juge des référés. En effet, dans sa jurisprudence *Carminati*⁸², confirmée par la suite⁸³, le juge des référés français refuse de se prononcer sur un moyen d'inconventionnalité de la loi « eu égard à son office ». Ce manque d'audace peut laisser perplexe⁸⁴, tant la Convention européenne a été utilisée par le juge pour asseoir son pouvoir. De même, cette dynamique ne correspond pas aux refus persistants du Conseil d'Etat⁸⁵ et de la chambre commerciale de la

⁸¹ CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, *RFDA* 2007, 361, concl. L. Derepas; *AJDA* 2007, 585, chron. F. Lenica et J. Boucher.

⁸² CE, ord., 30 décembre 2002, *Carminati*, *AJDA* 2003, 1065, note O. Le Bot; *LPA* 25 fév. 2004, 4, obs. B. Le Baut-Ferrarese; *Rev. Adm.*, mars 2003, 35, comm. M. Guyomar.

⁸³ CE, ord., 21 octobre 2005, *Association Aides et autres*, *AJDA* 2006, 944, note H. Rihal; CE, ord., 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, *AJDA* 2005, 2374; CE, ord., 20 décembre 2005, *M. Meyet*, *Leb.* 586.

⁸⁴ Voir, par exemple, T.-X. Girardot, « Le retour de la loi écran devant le juge des référés. La jurisprudence *Carminati* confirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat », *AJDA* 2006, p. 1875-1880.

⁸⁵ CE, 16 janvier 1995, *SARL Constructions industrielles*, *Leb.* p. 35.

Cour de Cassation⁸⁶ de considérer la violation de la Convention comme un moyen d'ordre public.

⁸⁶ Cass, Com., 27 mars 2001, *Phillips Electronique*, *D* 2001, 1537, obs. E. Chevrier. La Chambre sociale (Cass., Soc., 14 janvier 1999, *Bozkurt*, *JCP G* 1999, II, 10082, note F. Sudre) et la Chambre criminelle (Cass., Crim., 5 décembre 1978, *D* 1979, 5, note R. Koering-Joulin), elles, relèvent d'office le moyen de la violation de la Convention européenne des droits de l'homme.

Les faux-semblants du dialogue des juges

Béatrice BELDA

Doctorante, Allocataire de recherche – Chargée des Travaux Dirigés
Université Montpellier I (IDEDH)

Sommaire

- I - Un dialogue des juges en « trompe-l'œil »
 - A - Une convergence des jurisprudences calculée
 - B - Une convergence des jurisprudences dépourvue d'un réel consensus
- II - Un dialogue des juges « pré-orienté »
 - A - Un dialogue immédiatement pré-orienté *via* le choix des techniques interprétatives
 - B - Un dialogue subtilement pré-orienté *via* une politique jurisprudentielle européenne dynamique

« Nous sommes en train de passer de formes de pouvoir autoritaires, hiérarchiques, verticales à des formes négociées, réticulaires, horizontales, consensuelles, plus civilisées, mais plus complexes »¹. Prenant appui sur cette grille d'interprétation des transformations de l'État et du droit moderne, François Ost et Michel van de Kerchove soutiennent la thèse, s'agissant particulièrement du mode de production du droit, que nous serions en train de changer de paradigme. En effet, selon ces auteurs, « de la crise du modèle pyramidal, émerge progressivement un paradigme concurrent, celui

¹ I. Ramonet, « Géopolitique du chaos », Paris, Gallimard (Folio), 2001, spéc. pp. 7-8.

du droit en réseau (...)»². Jacques Chevallier avait déjà, quelques années auparavant, évoqué cette problématique en s'interrogeant précisément sur les « *transformations de la régulation juridique* »³. Constatant la crise de la « *modernité* », et subséquemment, l'émergence du concept de « *post-modernité* », le Professeur J. Chevallier examinait ce dernier concept à la fois sous l'angle d'une « *hyper-modernité* »⁴ et d'une « *anti-modernité* »⁵. Dans le cadre de cette seconde perspective, et précisément, s'agissant du mode de construction du droit, J. Chevallier soulignait, qu'à présent, « *il s'agit 'd'ordonner le multiple', par des procédés visant à réaliser la mise en cohérence et à assurer la compatibilité des normes de provenances diverses : on parlera ainsi 'd'inter-légalité' ou 'd'inter-normativité' pour caractériser ces processus de communication et d'échange entre 'espaces juridiques' différents, 'ordres juridiques' distincts, traduisant l'émergence d'une conception nouvelle d'un droit structuré 'en réseau'* »⁶. La construction européenne et ses mécanismes de collaboration entre les divers échelons, en particulier, entre les juges nationaux et le juge communautaire, sont souvent posés comme des exemples significatifs, d'une part, de cette recherche contemporaine, lors de l'élaboration du droit, d'un équilibre entre valeurs diverses par

² F. Ost et M. van de Kerchove, « *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit* », Publication des Facultés Universités Saint Louis, Bruxelles, 2002, spéc. pp. 13-14.

³ J. Chevallier, « *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique* », *Revue du Droit Public*, n° 3, 1998, pp. 659-690.

⁴ C'est-à-dire comme un retour aux deux dimensions originaires de la modernité authentique : la rationalisation et la subjectivation. J. Chevallier, art. préc. spéc. pp. 662-663 et p. 690.

⁵ C'est-à-dire comme une rupture radicale avec la modernité caractérisée pour l'essentiel par une remise en cause du primat de la raison. J. Chevallier, art. préc. spéc. pp. 663-664 et p. 690.

⁶ J. Chevallier, art. préc. spéc. p. 674.

le biais d'un échange, et d'autre part, de cette volonté de faire émerger un droit véritablement commun, c'est-à-dire, issu d'un consensus⁷. Le mécanisme de la question préjudicielle constitue à cet égard, en théorie pour le moins, une réponse adéquate à ces divers objectifs. Il permet, en effet, de promouvoir une coopération pacifique entre juges sur l'interprétation et l'application du droit communautaire. Par le biais de la communication et de l'interactivité entre les juges nationaux et le juge communautaire, émerge un nouveau mode de régulation des rapports, souple et évolutif ; une coexistence pacifiée entre ces organes juridictionnels et un équilibre entre les divers intérêts véhiculés par ces ordres juridiques respectifs, sont par là même recherchés. Le dialogue se nouant entre les juges nationaux et la Cour européenne des droits de l'homme⁸ pourrait également constituer un exemple concret d'application de ce mode émergent de production du droit « en réseau ». Vecteur, *a priori*, d'un véritable droit commun européen des droits de l'homme, c'est-à-dire d'un droit élaboré par consensus, ce concept de « *dialogue des juges* » pourrait parfaitement s'insérer dans ce nouveau cadre théorique commun appelé « post-modernité » et caractérisé, en particulier, par la « *multiplicité de foyers de droit* »⁹. D'un point de vue théorique ou idéalement, cela ne ferait d'ailleurs point de doute. En effet, dès lors

⁷ J. Chevallier précisait d'ailleurs à ce sujet que « *la construction européenne a eu pour effet de promouvoir un 'style nouveau de politiques publiques', fondé sur le pluralisme et l'ouverture, la négociation et le compromis, la conception nouvelle du droit mise en œuvre au niveau européen travaille en profondeur les ordres juridiques nationaux, en accélérant le passage à la post-modernité* », art. préc. spéc. p. 672.

⁸ Ce dialogue se matérialise par différentes figures : la « contradiction », la « neutralisation », la « conformité » et l' « anticipation ». Se reporter sur ce sujet aux quatre contributions du premier thème relatif aux figures du dialogue des juges.

⁹ Les espaces juridiques, créateurs ou producteurs de droit, sont en effet aujourd'hui divers : locaux, nationaux et mondiaux (européens et internationaux). En ce sens, J. Chevallier, art. préc. spéc. pp. 672-674.

que le dialogue est envisagé comme une discussion entre juges placés sur un pied d'égalité, et dont le but tend à trouver un compromis, un accord sur le sens à donner à un énoncé normatif ou sur la solution concrète à donner à un contentieux précis, le dialogue entre les Cours suprêmes nationales et le juge de Strasbourg peut être effectivement considéré comme un exemple d'application de ce nouveau mode de production du droit, l'élaboration normative par consensus. La réalité est toutefois bien différente et le discours doctrinal, d'ailleurs, beaucoup moins optimiste. Deux constats à ce titre peuvent être tirés : d'abord, le dialogue entre les juges nationaux et les juges européens ne constitue en réalité qu'un trompe-l'œil, c'est-à-dire, une simple apparence d'échange de nature consensuelle (I), ensuite et de surcroît, ce dialogue s'avère habilement pré-orienté par le juge européen (II).

I - Un dialogue des juges en « trompe-l'œil »

La notion de « dialogue des juges », notion certes floue et ambiguë, présente néanmoins l'avantage, pour la doctrine, de fournir un qualificatif commode des rapports se nouant entre les juges nationaux et les juges européens *largo sensu* (communautaire et conventionnel). Les échanges entre ces derniers, et précisément entre les Cours suprêmes nationales et la Cour de Strasbourg, ainsi que les emprunts de solution sont en effet indubitables, de sorte qu'une certaine convergence des jurisprudences nationales et européennes peut véritablement être caractérisée. Nonobstant, il ne faut point se leurrer. Si convergence il y a, cette dernière, d'une part, n'est point spontanée, mais au contraire fait l'objet d'un calcul de la part du juge national (A), et d'autre part, subséquemment, s'avère dépourvue de réel accord

ou consensus entre les divers protagonistes du dialogue (B). Point donc de dialogue authentique, c'est-à-dire consensuel, à l'horizon.

A - Une convergence des jurisprudences calculée

Il est en effet incontestable que les jurisprudences nationales et européennes, et par là même, les interprétations réalisées par les juges nationaux et européen, *in fine*, convergent¹⁰. Cette rencontre n'est toutefois pas spontanée. En effet, l'accueil de la solution proposée par le juge européen fait le plus souvent l'objet d'un savant calcul de la part du juge national.

En ce sens, Bernard Pacteau faisait déjà référence, en 1998, au concept de « *convergence raisonnée* » des jurisprudences internes et européennes¹¹. Selon cet auteur, en effet, si depuis une vingtaine d'années les relations du juge administratif français et de la Cour européenne des droits de l'homme ont été faites d'« *opposition, d'incompréhension, de compétition et de contradiction* », aujourd'hui, au contraire, une certaine « *paix* » dans ces rapports peut être caractérisée, celle-ci se matérialisant dans la notion de « *dialogue* »¹². Deux phénomènes sont à cet égard à prendre en compte, sources de ces rapports pacifiés : « *l'autonomie raisonnable du juge administratif français par rapport à l'interprétation européenne* », d'une part, et « *la convergence raisonnée de l'interprétation du juge administratif*

¹⁰ Cf. D. Riochet, « La conformité », *supra*, pp. 93-124 et C. Madelaine, « L'anticipation », *supra*, pp. 125-152.

¹¹ B. Pacteau, « *Le juge administratif français et l'interprétation européenne* », in « L'interprétation de la Convention EDH », F. Sudre (Dir.), Bruylant, Bruxelles, coll. « Droit et justice », n°21, 1998, pp. 251-287, spéc. pp. 272 et s.

¹² B. Pacteau, art. préc. spéc. p. 258.

français et de l'interprétation européenne », d'autre part¹³. S'agissant particulièrement de ce second phénomène, aux yeux de cet auteur, il ne s'agit plus pour le juge interne de simplement capituler ou d'abdiquer devant le juge européen, mais au contraire, avec ce dernier, d'entrer dans un processus de convergence, de se rencontrer et de tendre ainsi vers un identique résultat. À cet égard, selon B. Pacteau, le « contentieux des étrangers » - dans lequel le Conseil d'État a accepté de déclarer applicable l'article 8 de la Convention européenne et par voie de conséquence de pratiquer un contrôle de proportionnalité de l'ingérence litigieuse¹⁴ - constitue un exemple de cette convergence des jurisprudences¹⁵, et non, d'un simple alignement ou d'un cas de reddition de la part du juge administratif. Il s'agit toutefois, aux yeux de cet auteur, d'une « *convergence raisonnée* ». Significatives de ce caractère « *raisonné* », à notre sens, sont les conclusions prononcées à l'occasion des arrêts *Belgacem* et *Babas* par la Commissaire du Gouvernement Ronny Abraham. Au sujet précisément du contrôle de proportionnalité, ce dernier faisait remarquer au Conseil État que « (...) *la démarche intellectuelle de la juridiction européenne n'est pas étrangère à [ses] propres techniques de contrôle, et que rien ne s'oppose à ce [qu'il l'adopte] dans la matière considérée. (...) Il n'y a donc rien dans les raisonnements de la Cour de Strasbourg qui soit de nature à [le] déconcerter* »¹⁶. En effet, d'une part, le Conseil d'État pratiquait depuis longtemps et

¹³ B. Pacteau, art. préc. spéc. pp. 258, 259, et 272.

¹⁴ Voy. en ce sens, CE, Ass., 19 avril 1991, *Belgacem* et *Babas*, (deux espèces). Ccl. R. Abraham, *RFDA*, 1991, pp. 497-510 ; note F. Julien-Laferrière, *AJDA*, 1991, pp. 551-556.

¹⁵ B. Pacteau, art. préc. spéc. pp. 272 et s.

¹⁶ Ccl. préc. spéc. p. 502.

d'une manière générale le contrôle de proportionnalité¹⁷ ; et d'autre part, spécifiquement dans le « contentieux des étrangers », le Conseil d'État avait déjà effectué, dans son arrêt *Beljoudi* du 18 janvier 1991¹⁸, un entier contrôle de proportionnalité.

Au-delà de cette hypothèse relative au caractère peu déconcertant, aux yeux des juges nationaux, des méthodes de contrôle européennes, l'accueil de la solution européenne par ces derniers, et ainsi la convergence des interprétations, peut être également subordonné aux rapports que ce dernier entretient avec les autres pouvoirs, en particulier, avec le législateur. Les revirements de jurisprudence, opérés par la Cour de Cassation¹⁹ puis le Conseil d'État²⁰ à la suite des arrêts de la Cour européenne *Draon* et *Maurice c/ France* du 6 octobre 2005²¹, constituent un exemple significatif de « convergence calculée ». La Cour européenne ayant dans ces deux arrêts déclaré non conforme à l'article 1^{er} du protocole n° 1 additionnel à la Convention EDH la rétroactivité de la loi « anti-Perruche » du 4 mars 2002 - loi visant à neutraliser les jurisprudences *Perruche* de la Cour de Cassation²² et *Quarez* du Conseil d'État²³ - les juges internes,

¹⁷ Voy. en ce sens, CE, Ass., 28 mai 1971, « *Lille, Ville nouvelle Est* », Rec. Lebon, p. 409.

¹⁸ Req. n° 99201.

¹⁹ Cour de Cassation, 1^{ère} civ., 24 janvier 2006 (trois espèces). Ccl. J. Sainte-Rose et obs. B. Beignier, « *Droit de la famille* », avril 2006, n° 105, pp. 35 et s.

²⁰ CE, 24 février 2006, *M. et Mme Levenez*. Notes : A. Gouttenoire et S. Porchy-Simon, JCP-G, 2006, II-10062 ; S. Hennette-Vauchez, AJDA, 2006, pp. 1272-1276.

²¹ Cour EDH, 6 octobre 2005, *Draon* et *Maurice c/ France*, (deux espèces). Note F. Bellivier, « *Le contentieux de la naissance avec un handicap congénital non décelé par suite d'une erreur de diagnostic au risque de la Convention européenne : sous la technique, l'éthique* », RTDH, 2006, pp. 667-688.

²² Cour de Cassation, Ass. plén., 17 novembre 2000, JCP-G, 2000, II-10438, rapport P. Sargos et note F. Chabas. Dans cet arrêt « *Perruche* », la Cour de cassation avait

naturellement, « *se sont engouffrés dans la brèche ouverte par la Cour pour reprendre leur fronde* »²⁴ et ont ainsi accueilli la solution européenne. Si le souci explicitement affirmé est celui de ne point exposer la France « *à toujours plus de condamnations pécuniaires* »²⁵, il ne s'agit pas moins d'un véritable pied de nez fait au législateur : les juges internes saisissent en effet l'occasion de renouer avec leur philosophie radicalement sanctionnée par le législateur en 2002. Exemples d'une revalorisation de l'office du juge national par le biais de l'utilisation du « droit de la Convention européenne », ces revirements jurisprudentiels révèlent également que s'il y a bien convergence des interprétations, celle-ci reste néanmoins raisonnée ou calculée. *A fortiori*, par conséquent, l'idée d'une véritable démarche consensuelle commune aux juges nationaux et européen ou d'un réel compromis entre ces derniers sur une question d'interprétation d'une notion conventionnelle ou sur les conditions d'exercice d'un droit s'évapore progressivement.

admis l'indemnisation d'un enfant né avec un handicap qui n'était pas dû directement à une faute du médecin mais dont la survenance aurait pu être évitée si la femme, correctement informée de ce risque, avait recouru à une interruption de grossesse.

²³ CE, 14 février 1997, *Centre hospitalier de Nice c/ Quarez*, Rec. Lebon, p. 44. Contrairement à la Cour de cassation, le juge administratif refusa de faire droit à la demande présentée par les parents au nom de l'enfant, toutefois, il accepta d'accorder aux parents une indemnisation pour l'intégralité du préjudice, y compris les charges particulières.

²⁴ F. Bellivier, note préc. spéc. p. 686.

²⁵ En ce sens, voy. les ccl. du Commissaire du Gouvernement T. Olson relative à l'arrêt du CE, *Levenez* préc., JCP-A, 2006, n° 12, p. 1074.

B - Une convergence des jurisprudences dépourvue d'un réel consensus

La convergence de la jurisprudence interne et de la jurisprudence européenne, résultant d'un dialogue ou d'un échange entre les juges, ne fait donc aujourd'hui point de doute. Comment toutefois ce dialogue s'exprime-t-il ? S'il est indubitable, en théorie, que la notion de « dialogue des juges », notion renvoyant à l'idée de « *discussion, de concertation, (...) a le mérite de fournir un concept consensuel (...)* »²⁶, il est cependant indispensable de s'interroger sur les modalités concrètes de cette convergence des jurisprudences internes et européennes. Le dialogue des juges, tel qu'il se matérialise²⁷, peut-il en effet constituer concrètement une application de ce mode de production du droit « en réseau », c'est-à-dire, constituer un mode de construction du droit par consensus ? Dans le but de répondre à cette interrogation (2), la notion de « réseau » ainsi que le mode d'élaboration du droit « en réseau » doivent préalablement être précisés (1).

1 - L'émergence d'un nouveau mode de production du droit, l'élaboration du droit « en réseau »

Sur un fond d' « *interactivité généralisée* », la notion de « réseau », et par là même, la production du droit « en réseau » véhiculent, selon F. Ost et M. van de Kerchove, un certain nombre de valeurs, tels, la

²⁶ F. Sudre, « *À propos du dialogue des juges et du contrôle de conventionnalité* », in Études en l'honneur de J.-C. Gautron, « Les dynamiques du droit européen en début de siècle », éd. Pedone, Paris, 2004, pp. 207-224, spéc. p. 208.

²⁷ Cf. Première partie, « La matérialisation du dialogue », *supra*, pp. 38-152.

« *créativité* », la « *souplesse* », le « *pluralisme* », et l'« *apprentissage permanent* »²⁸. Caractérisé, en effet, par son ouverture permanente, et surtout, par l'absence de lien de subordination entre les multiples acteurs, le réseau tend à faire coexister des valeurs diverses, et ce, *via* un mode de gestion souple, « *la régulation* »²⁹. Ce nouveau mode de gestion permet, en effet, de maintenir un équilibre entre les divers acteurs du réseau, et ainsi, d'ajuster les valeurs concurrentes ou complémentaires. Il ne s'agit donc point d'imposer unilatéralement une règle de droit, comme dans le modèle pyramidal, mais de la négocier et ainsi d'aboutir à un accord, à un consensus entre les différents acteurs. J. Chevallier, dans la perspective d'un droit post-moderne (entendu comme une rupture avec la modernité), précisait en ce sens que « *le droit devient ainsi un 'droit négocié', qui est le fruit d'une 'délibération' collective. (...) le droit tendrait à devenir 'une sorte de technique de cogestion des conduites', produit d'un dialogue permanent entre gouvernants et gouvernés; aussi, les procédures d'élaboration des normes deviennent-elles longues et complexes, afin d'ajuster et d'harmoniser progressivement les points de vue des uns et des autres* »³⁰. Le droit, par conséquent, d'une part, devient le produit de multiples acteurs, issus ou non de systèmes juridiques divers et dont les fonctions peuvent varier; et d'autre part, est le fruit d'une collaboration et de négociations entre les multiples acteurs du même réseau. Ce mode novateur de production du droit fait écho, en partie, à la métaphore du « roman écrit à la chaîne » développée par Ronald Dworkin. Selon ce dernier, en effet, l'interprétation de la loi par les juges - processus ou démarche intellectuelle non-envisagé comme une

²⁸ F. Ost et M. van de Kerchove, ouvrage préc. spéc. p. 18.

²⁹ F. Ost et M. van de Kerchove, ouvrage préc. spéc. pp. 26-28.

³⁰ J. Chevallier, art. préc. spéc. pp. 675-676.

simple répétition du droit - est un jeu consistant à écrire un roman à la chaîne. Il s'agit pour les juges de poursuivre l'histoire amorcée par le législateur, en essayant, tout en maintenant une certaine unité, d'apporter une touche singulière. Dès lors, l'interprétation de la règle de droit est envisagée, selon R. Dworkin, comme une véritable pratique collective, comme un véritable « *travail d'équipe* »³¹. La notion de « réseau », telle que développée par F. Ost et M. van de Kerchove, toutefois, permet d'insister, en *sus* de cette pratique collective, sur les concepts de « négociation », d'« adaptation » et de « consensus » au sein du processus d'élaboration du droit, ce dernier bénéficiant donc à présent d'une « *légitimité procédurale* »³². Permettant de faire coexister et de faire collaborer des acteurs divers et/ou issus de systèmes juridiques différents, ce nouveau mode de production du droit « en réseau » vise par conséquent manifestement la recherche d'un équilibre, certes temporaire, entre les diverses valeurs se confrontant. Il s'agit par conséquent, *in fine*, de produire un droit flexible, mou ou flou³³, dont le principal avantage est de transcender la multiplicité des espaces juridiques grâce à l'émergence de principes véritablement communs³⁴. À la lumière de l'ensemble de ces caractéristiques, est-il possible à présent d'affirmer que cette convergence des jurisprudences interne et européenne, cet identique résultat caractérisé dans nos développements *supra* et issu d'un dialogue entre les juges, procède concrètement d'un consensus, d'un accord entre les juges internes et le juge européen ? Ne serait-elle pas

³¹ F. Ost et M. van de Kerchove, ouvrage préc. spéc. p. 446.

³² J. Habermas, « *Discours philosophique de la modernité* », Gallimard, 1985, spéc. p. 380.

³³ M. Delmas-Marty, « *Le flou du droit* », P.U.F, coll. « Les voies du droit », 2004.

³⁴ En ce sens, J. Chevallier, art. préc. spéc. p. 678.

en réalité imposée par l'autorité dont jouissent le juge européen et sa jurisprudence ?

2 - Le dialogue des juges, un mode de production du droit par consensus ?

Mettant de côté toute crédulité ou naïveté, Frédéric Sudre souligne justement qu'« à défaut d'admettre que les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme sont revêtues de l'autorité de la chose interprétée, il est alors commode de porter au crédit du 'dialogue des juges' la convergence de la jurisprudence européenne et des jurisprudences internes en faveur d'un 'droit commun européen' des droits de l'homme (...)»³⁵. Cette élaboration consensuelle d'un droit européen des droits de l'homme - droit en conséquence effectivement commun - est-elle tangible ?

Monsieur le Conseiller d'État Jean-Claude Bonichot est à ce sujet très dubitatif. Il constate, en effet, que si les rapports entre les systèmes internes et les systèmes européens (communautaire et conventionnel) sont désormais bien organisés - ce, en particulier *via* l'acceptation de la primauté -, en revanche, « les rapports entre les organes demeurent marqués d'incertitude »³⁶. Précisément, à ses yeux, « chacun des grands acteurs que sont les différentes juridictions a du mal à trouver sa place et leurs relations demeurent marquées du sceau de l'ambiguïté. Le 'dialogue des juges' demeure trop unilatéral. (...) La

³⁵ F. Sudre, art. préc. spéc. p. 208.

³⁶ J.-C. Bonichot, « *Le juge administratif et l'Europe* », in « Justice et cassation », Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Dalloz, 2005, pp. 121-126, spéc. p. 121.

pratique de ce dialogue le fait ressentir comme un rapport d'autorité »³⁷. J.-C. Bonichot exclut donc en pratique toute idée de consensus sur une question juridique précise, toute idée d'accord formulé entre les juges internes et le juge européen préalablement à l'énoncé par ce dernier de la solution finalement adoptée. Cette dernière, certes commune aux juges internes et européen puisque le juge interne ne peut *in fine* que l'accepter compte tenu de l'autorité dont jouit la jurisprudence européenne, est donc en réalité imposée par le juge de Strasbourg, et ne procède point d'une démarche consensuelle. Deux constats pessimistes peuvent, en ce sens, être dressés : d'une part, les juges internes éprouvent concrètement du mal à faire entendre leur voix, et d'autre part, subséquemment, les juges européens « *sacrifient par trop aux solutions générales et à l'abstraction* »³⁸. Le contentieux relatif à l'assistance du Commissaire du Gouvernement au délibéré de la formation de jugement des juridictions administratives françaises constitue à cet égard un exemple caractéristique³⁹. Le dialogue entre les juges internes et le juge européen, tel que constaté par J.-C. Bonichot, ne participe donc manifestement pas à la logique de « réseau » telle que nous l'avons

³⁷ J.-C. Bonichot, art. préc. spéc. p. 123.

³⁸ J.-C. Bonichot, art. préc. spéc. p. 123.

³⁹ Voy. sur ce sujet, Cour EDH, 7 juin 2001, *Kress c/ France* (notes : B. Genevois, « Réconfortant et déconcertant », *RFDA* 2001, p. 991 ; F. Rolin, *AJDA* 2001, p. 675 ; L. Sermet, « L'arrêt *Kress* contre la France : avancée, statu quo ou régression des droits fondamentaux du justiciable ? », *RTDH* 2002, p. 237 ; F. Sudre, « La compatibilité de l'institution du commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat à l'article 6 de la Convention EDH : l'arrêt *Kress* contre la France de la Cour EDH ou le triomphe des apparences », *JCP-G*, 2001, II-10578) ; Cour EDH, Gr. Ch., 12 avril 2006, *Martinie c/ France* (note L. Sermet, « L'arrêt *Martinie c/ France* : un arrêt de Grande Chambre ? Assurément. Un grand arrêt ? Non », *RFDA* 2006, n°3, p. 577. Voy. également, CE, 29 juillet 1998, *Esclatine* (note F. Rolin, *AJDA* 1999, p. 68) ; CE, 12 juillet 2002, *Leniau*, (note : *JCP-G*, 2002, I-180).

défini *supra*. Sous la dénomination trompeuse de « dialogue des juges » est en réalité réaffirmée une logique pyramidale substituant à l'idéal de coopération entre juges une relation d'autorité et de subordination. Un « *dialogue sincère, ouvert, équilibré, dépassionné et dépourvu de visées hégémoniques* »⁴⁰, caractéristique de la logique de « réseau », paraît par conséquent bien loin de la réalité...

L'absence de règles précises relatives à l'organisation des rapports entre les divers protagonistes du dialogue n'est pas étrangère à un tel constat. Il ne fait aujourd'hui aucun doute que les décisions de justice, et par voie de conséquence, les juges, jouissent, lors du processus d'élaboration du droit, d'une position de plus en plus privilégiée et dominante⁴¹. Toutefois, la multiplication des organes juridictionnels dans des ordres juridiques différents mais interdépendants, tel l'ordre interne et l'ordre européen, et en particulier la coexistence de ces organes, peut être source de difficultés, d'autant plus, lorsque leurs rapports ne sont point codifiés. Joël Andriantsimbazovina souligne en ce sens que « *dans une constellation d'ordres juridictionnels non gouvernée par la hiérarchie, les risques de divergences et de conflits entre juridictions guettent. Les juges pourraient succomber soit à la tentation du Gouvernement des juges, soit à celle de la guerre des juges* »⁴². Une telle remarque converge vers le constat qu'avait dressé

⁴⁰ J.-C. Bonichot, art. préc. spéc. p. 124.

⁴¹ Voy. en ce sens, F. Ost et M. van de Kerchove, ouvrage préc. spéc. pp. 97 et s. Ces auteurs voient en effet dans « *l'interprétation de la loi* », dans « *la recomposition de la hiérarchie des normes* », dans « *le contrôle du respect de la hiérarchie des normes* », et dans « *les règles jurisprudentielles* », autant de révélations de cette montée en puissance contemporaine du juge. J.-C. Bonichot évoque quant à lui le « *règne du juge* » (art. préc. spéc. p. 126).

⁴² J. Andriantsimbazovina, « *Les méthodes d'interprétation de la Cour EDH, instrument de dialogue ?* » in « *Le dialogue entre les juges européens et nationaux :*

Mireille Delmas-Marty quelques années auparavant. Au sujet d'une éventuelle recomposition de la hiérarchie des normes sous l'impulsion de la montée en puissance du juge, M. Delmas-Marty faisait déjà référence en 1994 à l'existence de « *hiérarchies discontinues* » dont la cause résidait dans la « *coexistence de cours suprêmes autonomes et non hiérarchisées entre elles* »⁴³. Ainsi, selon cet auteur, dans l'ordre interne, une interruption pouvait être caractérisée entre la Cour de Cassation, le Conseil d'État, et le Conseil Constitutionnel ; dans l'ordre européen, entre la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg ; et enfin, dans les ordres interne et européen, entre les juridictions suprêmes nationales et les deux Cours européennes. Cette absence de hiérarchie ou de règles précises régissant les rapports mutuels de ces juridictions est, par conséquent, indubitablement, source de conflits d'interprétation. En conséquence, cette absence de règles précises relatives aux tâches assumées respectivement par ces divers organes juridictionnels constituera une véritable entrave à un dialogue sincère et efficace entre le juge national et le juge européen. En effet, le dialogue qui serait susceptible de se nouer entre les juges internes et le juge de Strasbourg serait dès l'origine totalement biaisé puisqu'il est indéniable que le juge européen bénéficie, en vertu des articles 32 et 46 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁴, d'une autorité supérieure à celle des juges internes lorsqu'il interprète et applique les prescriptions conventionnelles. En effet, à la différence des juges nationaux qui sont les juges de droit

incantation ou réalité ? », Lichère (F.), Potvin-Solis (L.), Raynouard (A.) (dir.), Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2004, pp. 167-192, spéc. p. 167.

⁴³ M. Delmas-Marty, « *Pour un droit commun* », Seuil, coll. « La librairie du XX^{ème} siècle », 1994, spéc. pp. 92-93.

⁴⁴ Articles relatifs respectivement à la compétence de la Cour EDH et à la force obligatoire et à l'exécution des arrêts.

commun de la Convention, la Cour européenne est l'interprète authentique. Par conséquent, si cette dernière agit et interprète de sa propre autorité, corrélativement, les règles jurisprudentielles ainsi dégagées s'incorporeront naturellement aux dispositions conventionnelles textuelles. Les juges nationaux se retrouvent ainsi dans une impasse. Sauf à nier « l'autorité de la chose interprétée » de la Cour européenne - l'emploi de la notion de « dialogue des juges » par la doctrine et les juges nationaux, à cet égard, permet justement et commodément de masquer cette relation d'autorité et précisément « l'autorité de la chose interprétée » -, les juges internes ne peuvent, dès lors, ni faire fi de la jurisprudence européenne, ni entrer dans un dialogue débouchant sur un réel consensus, accord ou compromis avec le juge européen. La « *guerre des juges* »⁴⁵ est-elle par conséquent déclarée ? Nous nous trouvons manifestement dans une situation intermédiaire, peu satisfaisante. Nous ne pouvons point parler, et heureusement, de « *guerre des juges* » généralisée. Les rapports entre le juge national et le juge de Strasbourg sont en effet, d'une manière générale, des rapports pacifiés, le dialogue actuel se nouant entre le juge interne et le juge européen, bien qu'imparfait, en est manifestement l'exemple. Toutefois, nous ne pouvons aller jusqu'à affirmer que le droit issu de ce dialogue résulte d'un accord mutuel entre juges internes et juge européen, c'est-à-dire, résulte d'un véritable consensus. Ce « droit commun européen des droits de l'homme » est en réalité imposé, *in fine*, par le juge de Strasbourg. Comment, d'ailleurs, pourrait-il en être autrement en raison de l'absence de règles précises relatives à la place de ces différents

⁴⁵ F. Ost et M. van de Kerchove, ouvrage préc. spéc. p. 104 ; J. Andriantsimbazovina, art. préc. spéc. p. 167.

organes juridictionnels ? Le juge de Strasbourg, apparaissant, de fait, comme un quatrième niveau de juridiction, eu égard à l'autorité dont sont imprégnées ses décisions relatives à l'interprétation et à l'application du texte conventionnel, ces dernières s'imposent naturellement au juge interne. L'absence de règles précises relatives aux rapports entre juridictions internes et européenne obère par conséquent toute idée de dialogue entre juges débouchant sur un véritable consensus. Dépourvu de logique consensuelle, le dialogue se nouant entre juges nationaux et européen s'avère de surcroît habilement pré-orienté par ce dernier.

II - Un dialogue des juges « pré-orienté »

Le « dialogue des juges », notion trompeuse car dépourvue de logique véritablement consensuelle, est de plus habilement « instrumentalisé » par le juge européen dans le but d'imposer au juge national son point de vue ainsi que sa propre logique. Eu égard à la multiplication des organes juridictionnels dans des ordres juridiques concurrents et/ou complémentaires, et surtout, eu égard à l'absence de règles précises relatives à leurs rapports, un tel phénomène, consistant pour le juge européen à pré-orienter le dialogue, semblait inévitable. Cette pré-orientation peut, d'une part, s'opérer de manière immédiate et quasi-explicite grâce aux choix des techniques interprétatives réalisé en amont par le juge européen (A), ou d'autre part, s'opérer plus subtilement grâce à la prégnance d'une politique jurisprudentielle européenne dynamique (B).

A - Un dialogue immédiatement pré-orienté *via* le choix des techniques interprétatives

L'usage même des méthodes d'interprétation, et précisément, le choix de ces dernières par la Cour européenne des droits de l'homme, constituent manifestement un outil efficace de pré-orientation du futur dialogue se nouant entre elle-même et les juges internes sur une question précise, et témoignent subséquemment, malheureusement, de l'absence de démarche consensuelle. J. Andriantsimbazovina souligne en effet à cet égard que les méthodes d'interprétation « *peuvent apparaître comme un instrument unilatéral de dialogue. C'est en effet la Cour [européenne] qui décide du moment du dialogue, du thème du dialogue et de l'orientation du dialogue. Le juge national pourrait [dès lors] avoir l'impression de subir quelque peu la jurisprudence européenne* »⁴⁶. Il est en effet significatif que l'usage de telle ou telle méthode d'interprétation par le juge européen, dans un contentieux, révèle ou manifeste l'objectif fondamental, l'« *intentio operis* »⁴⁷, poursuivi par le juge de Strasbourg lors du processus interprétatif. En effet, selon que le juge européen recourra à une interprétation de nature autonome, constructive ou évolutive et consensuelle, le but poursuivi par ce dernier se révélera différent. Le futur dialogue pouvant se nouer entre les juges internes et le juge européen sur le problème en cause sera, par conséquent, irréductiblement, pré-orienté.

⁴⁶ J. Andriantsimbazovina, art. préc. spéc. p. 188.

⁴⁷ F. Ost et M. van de Kerchove ouvrage préc. spéc. p. 405. L'« *intentio operis* » est selon ces auteurs, « *quelque chose comme la cohérence d'ensemble du texte, qui servira de critère susceptible d'évaluer la pertinence des conjonctures interprétatives produites par le lecteur [interprète]* ». Ils poursuivent en précisant qu'« *elle est elle-même le résultat d'un travail interprétatif, alors même qu'elle est appelée à valider les constructions qui se fondent sur elle* ».

Ainsi, l'utilisation par le juge européen de la technique des notions autonomes, consistant à conférer une définition proprement européenne à une notion conventionnelle, révélera explicitement sa volonté de dépasser les caractéristiques et clivages nationaux, et par la même, sa volonté d'imposer au juge national, dès l'amorce du dialogue, une modification de la définition nationale de la notion en cause, et ce, de manière unilatérale sans discussion ou échange sur la légitimité d'un tel changement de définition ou sur la justification de la définition elle-même. Un tel scénario se produisit, par exemple, lorsque la Cour européenne, dans son arrêt *Pellegrin c/ France* du 8 décembre 1999⁴⁸, conféra une acception autonome et précisément fonctionnelle à la notion (non-conventionnelle) de « *fonction publique* » dans le but d'étendre l'applicabilité des garanties du « droit à un procès équitable » aux contentieux de la fonction publique. Le Conseil d'État s'aligna (de manière contrainte ?) sur cette solution le 23 février 2000, dans son arrêt *L'Hermitte*⁴⁹, en jugeant en l'espèce que l'article 6 §1 de la Convention européenne s'appliquait au contentieux disciplinaire engagé à l'encontre d'un fonctionnaire (professeur d'université - praticien hospitalier) dont le statut dérogeait au droit commun de la fonction publique. Dans la même logique, une interprétation européenne de nature évolutive et consensuelle, et précisément, l'octroi d'une grande marge d'appréciation aux États contractants, laissera également deviner que le juge européen n'est point attaché à une évolution notable dans la matière en cause ; si tel avait été justement le cas, nous pouvons allégrement supposer que le

⁴⁸ Cour EDH, Gr. Ch., 8 décembre 1999, *Pellegrin c/ France*. Note P. Wachsmann, « Un nouveau critère de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention EDH au contentieux de la fonction publique », *RTDH*, 2000, p. 831.

⁴⁹ CE, 23 février 2000, *L'Hermitte*, 23 février 2000, req. n° 192480.

juge européen n'aurait point hésité à octroyer, sous couvert d'une convergence et évolution notable, une faible marge d'appréciation ou à user d'une interprétation manifestement constructive. En ce sens, F. Sudre souligne d'ailleurs que « *le développement des droits inscrits dans la Convention passe, pour l'essentiel, par d'autres voies que celle d'une interprétation abusivement dite 'évolutive' et tient à une interprétation réellement 'dynamique' – que l'on peut qualifier de 'constructive' – où le juge européen tient un rôle actif dans la construction d'un ordre juridique commun* »⁵⁰. Par exemple, la Cour européenne, dans son arrêt *Fretté c/ France* du 26 février 2002⁵¹, relatif à la délicate question de l'adoption d'un enfant par un parent homosexuel, a « autorisé » les autorités françaises, pour refuser l'agrément nécessaire à l'adoption, à prendre en compte les orientations homosexuelles du candidat à l'adoption. Le juge européen ayant octroyé à la France, à l'issue d'une interprétation de nature consensuelle, une large marge d'appréciation en raison de l'absence de dénominateur commun au sein du Conseil de l'Europe (§§ 41-42), le Conseil d'État, le 5 juin 2002, dans son arrêt *Mlle. B.*⁵² n'hésita pas à reprendre la solution européenne. La Haute juridiction administrative jugea en effet que la Cour administrative d'appel, en mentionnant les « *conditions de vie* » de la candidate à l'adoption pour justifier la légalité du refus d'agrément, a implicitement fait référence

⁵⁰ F. Sudre, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », JCP-G, 2001, I-335, pp. 1365-1368, spéc. p. 1368.

⁵¹ Cour EDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France* Note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre, « L'imprévisible réponse de la Cour européenne des droits de l'homme à la question de l'adoption par un parent homosexuel : l'arrêt *Fretté c/ France* du 26 février 2002 », JCP-G, 2002, II-10074, pp. 885-890.

⁵² CE., 5 juin 2002, *Mlle. B.*, req. n° 230533. Ccl. P. Fombeur, AJDA, 2002, pp. 615-622.

à ses « *orientations sexuelles* » et qu'une telle référence, dans le but de protéger l'intérêt de l'enfant, ne méconnaît pas les stipulations combinées des articles 8 et 14 de la Convention européenne. Le dialogue amorcé entre la Cour européenne et le juge administratif, sur cette question précise, est par conséquent manifestement pré-orienté, et ce, par le choix en amont de la méthode interprétative de nature évolutive et consensuelle. Ne serait-il pas, dès lors, à la lumière de ces développements, plus approprié de parler du « rôle hégémonique » du juge européen dans la construction d'un ordre juridique commun plutôt que d'un « rôle [simplement] *actif* »⁵³ ?

Cette pré-orientation du dialogue entre juges nationaux et européen, par le biais du choix des méthodes interprétatives, est par conséquent quasiment explicite, immédiate et inévitable. Elle fait d'ailleurs manifestement écho à la notion de « *pré-interprétation* » développée par F. Ost et M. van de Kerchove⁵⁴, lesquels distinguent l'interprétation « *effectuante* » (l'usage de telle ou telle méthode d'interprétation) de l'interprétation « *fondatrice* » (l'objectif fondamental ou l'« *intentio operis* » poursuivi par le juge et défini en amont du processus interprétatif). Cette « *pré-interprétation* », réalisée par le juge européen en amont de sa démarche interprétative, destinée à définir l'objectif fondamental et guidant par la suite le processus interprétatif, orientera par conséquent également, de manière inévitable, le futur dialogue avec les juges internes sur le même problème d'espèce. Dès lors, concrètement, « *le juge national [pourra] (...) légitimement avoir l'impression que les méthodes*

⁵³ F. Sudre, art. préc. spéc. p. 1368.

⁵⁴ F. Ost et M. van de Kerchove ouvrage préc. spéc. p. 409 et pp. 415-418.

d'interprétation de la Cour servent moins une coopération dialogique qu'une interprétation monologique »⁵⁵. Une telle affirmation rejoint ainsi le constat plus général récemment formulé par Geneviève Guidicelli-Delage selon lequel « *ce sont les jeux de l'interprétation qui commandent les types d'interactions* »⁵⁶. La pré-orientation du dialogue peut également se réaliser de manière beaucoup plus subtile par le biais de la prégnance de la politique jurisprudentielle adoptée d'une manière générale par le juge européen.

B - Un dialogue subtilement pré-orienté via une politique jurisprudentielle européenne dynamique

Caractérisée par une volonté d'étendre l'applicabilité ainsi que les conditions d'exercice des droits conventionnels, la politique jurisprudentielle adoptée d'une manière générale par la Cour européenne est manifestement dynamique. L'utilisation de la technique des notions autonomes ou de l'effet horizontal, afin d'étendre le champ d'application des droits, ainsi que de la théorie de l'inhérence ou des obligations positives, afin d'enrichir le contenu des droits, révèlent ce « *dynamisme interprétatif* »⁵⁷ dont est empreint la jurisprudence européenne. Ce « contexte » ou cet « environnement », présent dans l'ordre juridique européen, s'impose indirectement au juge interne et influencera ainsi subtilement l'orientation que ce dernier entendait donner à ses interprétations, et par là même, à sa

⁵⁵ J. Andriantsimbazovina, art. préc. spéc. p. 189.

⁵⁶ G. Guidicelli-Delage, « *Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions. L'inévitable dialogue des juges ?* », in « Le champ pénal », Mélanges en l'honneur du Professeur R. Ottenhof, Dalloz, 2006, pp. 17-36, spéc. p. 20.

⁵⁷ En ce sens, F. Sudre, « *À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme* », JCP-G, 2001, I-335, pp. 1365-1368.

jurisprudence. Le dialogue entre les juges internes et le juge européen sera, par conséquent, naturellement pré-orienté par la politique jurisprudentielle coutumière de la Cour européenne. Subtil procédé, dont l'originalité est de laisser croire au juge national qu'il dispose encore d'une certaine autonomie et d'une marge de manœuvre.

L'arrêt du Conseil d'État du 24 mars 2004, *Ministre des affaires sociales c/ Mme B.*⁵⁸, constitue un exemple caractéristique de cette pré-orientation « insinuée » du dialogue, et ce précisément, sur la notion de « *vie familiale* » contenue au sein de l'article 8 de la Convention européenne. Estimant, « *même en l'absence d'un lien de filiation* »⁵⁹, qu'un étranger peut bénéficier du droit au regroupement familial dès que lors que le respect de sa vie privée et familiale en dépend, la Haute juridiction administrative, en l'absence de jurisprudence européenne sur la question précisément posée, opte manifestement pour une acception large de la notion conventionnelle de « *vie familiale* », et confère à cette dernière, par là même, une nouvelle facette. Toutefois, il ne faut point se leurrer, l'interprétation dynamique réalisée en l'espèce par le juge administratif français n'est en réalité que la conséquence logique de l'impulsion donnée

⁵⁸ CE, 24 mars 2004, *Ministre des affaires sociales c/ Mme B.*, req. n° 249369. Note A.-M. Tournepiche, AJDA, juillet 2004, pp. 1425-1427. Mme B., ressortissante marocaine résidant en France et dont la loi nationale ne lui permettait pas de recourir à l'adoption, s'était vu conférer la responsabilité de subvenir aux besoins et à l'éducation d'une enfant (N.), marocaine, résidant au Maroc, et n'ayant plus aucune attache familiale dans son pays d'origine. Il s'agissait d'une décision marocaine de mise sous tutelle (« Kafala »), non-assimilable à une adoption. Eu égard à l'absence de lien de filiation entre Mme B. et l'enfant N. (l'ordonnance sur les étrangers du 2 novembre 1945 exige en effet l'existence d'un lien de filiation pour que soit accordé le bénéfice d'un regroupement familial), le Préfet refusa de délivrer à Mme B. l'autorisation d'entrer en France qu'elle avait sollicitée au bénéfice de l'enfant N.

⁵⁹ Troisième « considérant » de l'arrêt.

préalablement par le juge européen. Soulignant en effet que le juge de Strasbourg, d'une manière générale, interprète largement la notion de « *vie familiale* » dans le contentieux des étrangers⁶⁰, Anne-Marie Tournepiche estime à cet égard que « *le juge administratif a dû adapter son raisonnement* »⁶¹. Il ne s'agit point, dès lors, d'une véritable construction commune de la notion conventionnelle de « *vie familiale* » dans le contentieux des étrangers. La solution adoptée par le juge administratif est en réalité pré-orientée par le dynamisme interprétatif du juge européen. Certes, et cela est incontestable, « *cet arrêt constitue une étape supplémentaire dans la définition par le juge du droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, et surtout de sa composante essentielle, le regroupement familial* »⁶² ; toutefois, il n'est point possible d'affirmer que cette solution audacieuse résulte d'un véritable consensus entre le juge national et le juge européen. L'éventuel dialogue qui a pu se nouer entre ces derniers a manifestement été pré-orienté par la démarche traditionnelle du juge européen dans le contentieux des étrangers, et plus généralement, par sa vision extensive de la notion de « *vie familiale* ». Dans le même sens, au sujet de l'application des garanties de l'article 8 de la Convention dans le cadre des relations inter-individuelles de travail, la Chambre sociale de la Cour de Cassation, en l'absence de jurisprudence européenne explicite en la matière, a déclaré applicable et violé le « droit au respect de la vie privée » dans ses arrêts *Spileers*⁶³ et *Nikon*⁶⁴. Il s'agit là, à notre sens, encore une fois, non

⁶⁰ Par exemple, Cour EDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz et autres*, A.94 (le mariage n'est pas une condition nécessaire à l'applicabilité de l'article 8 CEDH).

⁶¹ A.-M. Tournepiche, note préc. spéc. p. 1427.

⁶² A.-M. Tournepiche, note préc. spéc. p. 1426.

⁶³ Cour de cass., Ch. soc., 12 janvier 1999, *Spileers*. Note J.-P. Marguénaud et J. Mouly, Dalloz, 1999, p. 645.

d'une réelle anticipation de jurisprudence de la part du juge national en la matière⁶⁵, mais plutôt, et cela est plus pessimiste, d'une pré-orientation de l'interprétation du juge national découlant de l'utilisation récurrente par le juge européen de la théorie de l'effet horizontal dans de nombreux domaines, en particulier ceux relatifs à la vie familiale et privée des individus. Le juge national, imprégné de la politique jurisprudentielle européenne généralement dynamique, est ainsi conditionné lors de sa propre interprétation. L'éventuel dialogue se nouant entre juge interne et juge européen est dès lors indubitablement pré-orienté et la solution pré-déterminée.

Le « dialogue », notion consensuelle permettant avec naïveté ou commodité de caractériser les rapports entre les juges internes et le juge européen, ne fait donc que masquer la réalité d'une relation d'autorité entre ces derniers lors du processus d'élaboration de ce « droit commun européen », qui n'a dès lors de « commun » que le nom... Point donc de consensus, d'accord ou de pacte entre les juges nationaux et la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interprétation d'une notion conventionnelle ou sur son application. Le dialogue constaté entre la Cour de Cassation, le Conseil d'État et la Cour de Strasbourg ne peut par conséquent faire figure d'application concrète de ce mode émergent d'élaboration du droit « en réseau » caractérisé par une logique consensuelle.

⁶⁴ Cour de cass., Ch. soc., 2 octobre 2001, *Nikon*. Note P.-Y. Gautier, *Dalloz*, 2001, p. 3148. Obs. C. Caron, *Dalloz*, 2002, somm. Com., p. 2296.

⁶⁵ Cf. C. Madelaine, « L'anticipation », *supra*, pp. 125-152.

La clôture du dialogue des juges

Florence JACQUEMOT

Docteur en droit public de l'Université Montpellier I (IDEDH)

Sommaire :

I - L'objectivation dans la loi nationale de la chose interprétée par le juge européen

A - La fermeture du dialogue par l'alignement du législateur national sur la jurisprudence européenne

B - Les apories de l'intervention du législateur dans la fermeture du dialogue par l'alignement

II - L'objectivation dans la jurisprudence de Strasbourg de la chose interprétée par le juge européen

A - Les techniques persuasives de fermeture du dialogue

B - Les nouvelles méthodes plus coercitives de fermeture du dialogue

Le dialogue entre les juges nationaux et les juges européens se clôt, faute d'objet, lorsque les interlocuteurs trouvent un accord sur la signification de la norme européenne. Or, cette hypothèse semble, pour l'essentiel, être la résultante d'un certain respect par les juridictions nationales de l'« autorité interprétative »¹ des juges

¹ La paternité de la notion revient à J. Boulouis, « A propos de la fonction normative de la jurisprudence » in *Mélanges offerts à M. Waline, Le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, 858 p., pp. 149 à 162. Conformément à l'article 46, la Cour européenne des droits de l'homme a refusé de donner à ses arrêts une autorité absolue, refusant ainsi de poser des normes générales. Cependant la combinaison des articles 32 et 46 permet aux arrêts de la Cour de revêtir l'« autorité de la chose interprétée », voir en ce

européens et donc, par la reconnaissance d'une certaine valeur objective à la norme européenne interprétée. Cette assertion se comprend quel que soit le schéma dans lequel s'insère la notion de dialogue des juges appliquée aux relations qui lient le juge national et la Cour européenne des droits de l'homme. Que l'on s'inscrive dans la théorie du réseau² ou que l'on maintienne la présentation pyramidale des normes et de leurs interprètes, le même constat s'impose : la reconnaissance de l'autorité interprétative des arrêts européens est la cause la plus courante de la fermeture du dialogue. Le constat est d'autant plus clair que le temps est à l'apaisement³ voire à l'effectivité⁴ du dialogue entre les juridictions nationales et européennes. En effet, ce retour au calme repose vraisemblablement sur le fait que la norme européenne, telle qu'interprétée par le juge européen, peut désormais trouver une application conforme dans la bouche du juge national. Les rapports semblent apaisés en ce que le dialogue a trouvé un cadre adéquat qui permet au juge français d'exercer son office de juge de droit commun des normes européennes, conformément aux jurisprudences luxembourgeoises et strasbourgeoises, tout en respectant la suprématie absolue des règles et principes de valeur constitutionnelle. En ce sens, la jurisprudence nationale récente démontre une reconnaissance formelle de l'autorité interprétative du juge communautaire ou du juge européen par le

sens : J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, spéc. pp. 1160 à 1078.

² F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des Facultés Universités Saint Louis, Bruxelles, 2002.

³ Conclusions du commissaire du Gouvernement Mattias Guyomar sur CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique*, n°287110, *AJDA* 2007, p.577.

⁴ L. Milano, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *RFDA* 2006, pp.447 à 462.

Conseil constitutionnel comme le Conseil d'Etat. Dans sa décision du 19 novembre 2004⁵, le Conseil constitutionnel a reconnu la constitutionnalité du premier paragraphe de l'article II-70 de la Constitution pour l'Europe⁶ posant la liberté de manifestation de la religion. Il s'est fondé sur sa similarité évidente, affirmée de surcroît par les explications du *præsidium*, avec l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme⁷ et, en particulier, compte tenu de l'arrêt de chambre *Leyla Sahin*, rendu par la Cour de Strasbourg⁸. Au-delà de la maladresse du Conseil dans ce choix de référence⁹, on voit bien l'affirmation sous-jacente de l'autorité de la chose interprétée des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme puisque le Conseil, pour énoncer la portée de l'article 9 de la Convention, se fonde non seulement sur un arrêt de la Cour mais encore, dans une affaire dans laquelle la France n'était pas défenderesse. S'agissant, par

⁵ CC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 2004-505 DC, Rec., p. 173, L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 2005, 13ème éd., pp. 902-947.

⁶ *Op. cit.*, considérant n°18.

⁷ J. Andriantsimbazovina a pu estimer à cet égard que la Convention européenne des droits de l'homme pouvait être perçue comme un instrument du Conseil constitutionnel de dialogue avec la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme (J. Andriantsimbazovina, « La prise en compte de la Convention européenne des droits de l'homme par le Conseil constitutionnel, continuité ou évolution ? » in A. Levade (dir.), *Constitution et Europe, Les cahiers du conseil constitutionnel*, n°18, 2005, pp. 148 à 153).

⁸ Cour EDH, 29 juin 2004, *Leyla Sahin c/ Turquie*, req. n° 4774/98, F. Sudre, chron. *Droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, JCP G 2004, I-61, pp. 1577 à 1582, l'affaire a été rejugée en Grande Chambre, Cour EDH, Gr. Ch., 10 novembre 2005, n°44774/98, L. Burgorgue-Larsen et E. Dubout, « Le voile à l'Université. Libres propos sur l'arrêt de Grande Chambre *Leyla Sahin c/ Turquie* du 10 novembre 2005 », *RTDH* 2006, pp.183-215.

⁹ F. Sudre, « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel "sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union". Réflexions critiques », *RFDA* 2005, pp. 34 à 39 et J. Andriantsimbazovina (*op. cit.*).

ailleurs, de l'affirmation du rôle d'« interprète authentique »¹⁰ des juges européens, dans leurs ordres respectifs, rappelons que, dans sa décision à propos la loi relative au secteur de l'énergie¹¹, le Conseil constitutionnel a affirmé la spécificité du rôle de la Cour de justice pour interpréter le droit communautaire. Bien sûr il pose une nouvelle réserve de constitutionnalité dans l'hypothèse de la méconnaissance, par la directive en cause, d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, alors que le constituant n'y a pas consenti¹². Mais il confirme aussi, qu'en cas de disposition législative manifestement incompatible avec une directive qu'elle a pour objet de transposer, il revient aux autorités juridictionnelles nationales de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel. Il affirme donc le rôle d'interprète unique et de dernier recours du juge de Luxembourg dans le système communautaire, conforté en ce sens par le juge administratif¹³. L'orthodoxie du raisonnement peut être aisément appliquée à la

¹⁰ La notion de juge authentique renvoie à la conception d'H. Kelsen (*La théorie pure du droit*, Dalloz 1962, 2^{ème} éd., 496p.) à travers l'interprétation de M. Troper (« Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle » in *Recueil d'études en hommage à Ch. Eisenmann*, Cujas, 1975, 467p., pp. 133 à 151), et telle qu'appliquée au juge de Strasbourg notamment par J. Andriantsimbazovina, (*L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*. Thèse, LGDJ, 1998, 663p., spéc. p. 370). L'idée d'authenticité de l'interprétation peut être associée à la force obligatoire de la jurisprudence de la Cour européenne (E. Lambert, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'Homme*, Bruylant, coll. « Organisation internationale et relations internationales », 1999, spéc. p. 317 et J. Callewaert, « Article 45 », in L.E. Pettiti, E. Decaux, P. H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 2^e éd., 1999, p.767 à 773).

¹¹ CC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, 2006-543 DC, Rec. p. 120 ; J.- Ph. Kovar, « Vers un statut du droit d'exécution du droit communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Europe* 2007 (2), pp. 4 à 6.

¹² *Ibidem*, considérant 6.

¹³ CE Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique*, *op.cit.*

jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, d'autant que désormais le juge national renforce l'exigence de son respect par une responsabilité du fait des conventions de l'Etat qui, affirmée dans l'affaire *Gardedieu*¹⁴, renvoie en réalité à l'impératif du respect du texte tel qu'il est interprété par le juge européen.

On peut trouver diverses justifications à cette nouvelle place faite à l'interprétation par les juges européens dans l'office du juge français. Le professeur Olivier Dugrip a notamment démontré que, « loin de devoir passer sous les fourches caudines des juges européens et de se trouver subordonnée aux Cours de Luxembourg et de Strasbourg, la juridiction administrative a trouvé dans le dialogue des juges un regain d'autorité »¹⁵. Ce regain d'autorité dont le juge national bénéficie grâce à l'interprétation donnée à la norme européenne par le juge européen, et notamment s'agissant du champ d'application des notions autonomes de matière pénale et de droits et obligations de caractère civil, pouvait bien autoriser une certaine retenue du juge français dans son propre pouvoir d'appréciation des textes européens.

Peut-on dès lors estimer que le climat qui entoure le dialogue entre les juges français et européens est effectivement résumé par le triptyque « ni capitulation, ni rébellion, dialogue »¹⁶ ? La réponse n'est pas si

¹⁴ CE Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n°279522, F. Lenica et J. Boucher, Chron. *AJDA* 2007, p.585; G. Clamour « Le sens des responsabilités... », *D.* 2007, Etudes p.1214 ; M.C. Rouault, *JCP G* 2007, II, 10045.

¹⁵ O. Dugrip, « Le dialogue des juges et le contentieux administratif » in F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Actes de la journée d'études du 10 février 2003, Université de Metz, Bruylant, Coll. « Droit et justice » n° 53, 2004, pp. 59 à 80, spéc. p.70.

¹⁶ C. Landais et F. Lenica, « Ni capitulation, ni rébellion, dialogue », *AJDA* 2007, p. 136.

certaine car l'accalmie du dialogue repose, semble-t-il, sur le respect de l'interprétation de la chose interprétée et *in fine*, sur une certaine « capitulation » du juge national sur ce point.

Pour le comprendre, il convient de revenir sur les origines de la notion de dialogue des juges et sur l'espace qui lui est accordé.

Né dans le contexte des interactions entre les juges français et communautaire¹⁷, relativement à la question particulière du renvoi préjudiciel, le dialogue connaissait déjà une limite certaine : celle de la réponse du juge européen sur l'interprétation devant présider quant au contenu de la norme communautaire. Le dialogue semblait donc n'être viable que dans le laps de temps durant lequel le sens du droit européen n'était pas clair. Mais ensuite, le juge national, sauf à entrer en résistance, devait appliquer le droit éclairé par la parole du juge communautaire. La durée du dialogue est donc étroitement liée à la rapidité avec laquelle le juge « authentique » répond à la question à lui posée. Ce laps de temps est plus long devant la Cour européenne qui n'est pas pourvue de ce mécanisme au combien utile du renvoi préjudiciel. Dans ce champ spécifique, et à l'encontre de cette affirmation, on peut soutenir qu'il arrive que le juge de Strasbourg reconnaisse la légitimité de la résistance du juge national¹⁸. Toutefois,

¹⁷ N. Questiaux, « La collaboration du juge administratif avec un juge international : quelques remarques sur l'application par le Conseil d'Etat français de l'article 177 du traité de Rome », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Stassinopoulos*, L.G.D.J., 1974, pp. 387 à 395 ; B. Genevois, « Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 22 décembre 1978, Ministre de l'intérieur c/ Sieur Cohn-Bendit », citées par O. Dutheillet De Lamothe et Y. Robineau, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA* 1979, n° 3, p. 34.

¹⁸ J. Andriantsimbazovina, « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, instrument de dialogue ? », in F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Actes de la journée d'études du 10 février 2003, Université de Metz, Bruylant, Coll. « Droit et justice » n° 53, 2004, p. 167 à 192, spéc. p.185. L'auteur

l'hypothèse reste exceptionnelle et généralement le dialogue ne prend fin que du fait de l'autorité de la chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme ou, le cas échéant, de l'autorité de la chose jugée¹⁹. A la lumière de ce constat, on comprend qu'un alignement de la loi nationale qu'il soit volontaire ou provoqué par le juge européen, peut empêcher jusqu'à la naissance du dialogue. Des mesures législatives ou réglementaires peuvent en effet imposer une mise en conformité immédiate du droit national avec la chose interprétée et ont ainsi pour objet ou pour effet de clore le dialogue entre le juge national et le juge européen. Il en est de même lorsque le juge européen incite le Gouvernement à reconnaître un effet direct à sa jurisprudence. Il s'agit notamment de ces fameux « arrêts pilotes » mis en œuvre depuis 2004. Nous verrons que le juge européen ferme ainsi, presque de façon autoritaire, le dialogue des juges. Enfin, de manière plus consensuelle, une jurisprudence européenne particulièrement lisible quant à l'interprétation donnée aux dispositions de la Convention peut encadrer à tel point l'office du juge national que le dialogue peut s'en trouver limité voire empêché.

Il existe donc un éventail d'hypothèses de clôture du dialogue des juges qui se classent d'elles-mêmes en deux catégories distinctes selon les cas où la fermeture est à l'initiative du législateur national ou du juge européen. Dans le premier cas, le juge national est contraint au silence du fait de l'objectivation dans la loi nationale de la chose interprétée par le juge européen (I) et, dans le second cas, le juge national est incité à se taire sous la pression de l'objectivation dans la

écrit que la clôture du dialogue « peut avoir pour origine l'acceptation par la Cour d'une jurisprudence nationale à travers la théorie comparative ». Il cite en exemple l'affaire *Stafford* du 28 mai 2002 (Voir F. Sudre, *JCP G* 2002, I-157, n°7 et 8).

¹⁹ *Ibidem*, p. 184.

jurisprudence de Strasbourg de la chose interprétée par le juge européen (II).

I - L'objectivation dans la loi nationale de la chose interprétée par le juge européen

Conformément à la jurisprudence de la Cour qui entend largement la « loi », le législateur sera compris comme incluant aussi le pouvoir réglementaire. Par ailleurs, même si la tentation est grande d'étudier la question des validations législatives dans le cadre de ce développement, la question ayant été abondamment discutée²⁰ et l'article 6 de la Convention n'entrant pas, par ailleurs dans le champ général de l'étude, elle ne sera pas abordée. Toujours dans l'optique de réserver les développements aux articles 2, 8, 9, 10, 14 et 1 du protocole n°1, ne seront pas étudiés ici, en dépit de leur intérêt certain la loi du 13 juillet 2006²¹ et les décrets du 28 juillet²² et 19 décembre

²⁰ Voir L. Milano, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *RFDA* 2006, p.447.

²¹ La Cour européenne, statuant sur le commissaire du gouvernement en matière de procédure d'expropriation, avait jugé incompatibles avec les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention (outre sa position dominante dans la procédure en tant qu'expert en la matière et « partie à l'instance » ainsi que l'influence importante qu'il exerce sur l'appréciation du juge de l'expropriation quant au montant de l'indemnité) certains avantages dont il jouissait. Parmi eux, figurait l'accès privilégié au fichier immobilier contenant des informations pertinentes sur l'état du marché foncier dont il bénéficiait par rapport aux requérants expropriés du fait de sa qualité de Directeur des services fiscaux (Cour EDH, 24 avril 2003, *Yvon c/ France*, req. no 44962/98, Rec. 2003-V, §§ 33-37, M.-C. de Montecler, *AJDA* 2003, p. 869 ; R. Hostiou, *Recueil Dalloz* 2003, pp. 2456 à 2460 et Cour EDH, 25 avril 2006, *Roux c/ France*, req. n° 16022/02, §§8 et 29, R. Hostiou, « Un commissaire du gouvernement peut-il en dissimuler un autre ? Après l'arrêt Martini, l'arrêt Roux c/ France », *AJDA* 2006, pp. 1441 à 1445). L'article 21 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 (JORF du 16 juillet 2006) a corrigé ce point en modifiant l'article L 135 B du livre de procédure fiscale. La nouvelle disposition prévoit désormais la transmission gratuite, par l'administration

2005²³. Seule la particularité de la démarche du législateur à l'égard du dialogue des juges relatif à la présence au délibéré du Commissaire du Gouvernement sera soulignée afin de mettre en exergue que l'intervention du législateur peut, par exception, se faire à l'appui d'une certaine dissidence du juge national. Ainsi circonscrit, le champ de notre étude n'en est pas moins large car de plus en plus nombreuses sont les interventions du législateur qui tentent de mettre un terme à certaines « discussions » avérées ou éventuelles entre les juges national et européen quant à l'interprétation donnée à la Convention dans l'ordre juridique national. On constate dès lors que cette intervention a généralement pour objet de mettre en conformité le droit français avec le droit conventionnel tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme (A), mais il y a des exceptions, soit que le législateur ait failli dans sa mise en conformité soit qu'il recherche à relancer le dialogue (B).

fiscale aux propriétaires faisant l'objet d'une procédure d'expropriation, à leur demande, des éléments d'information qu'elle détient au sujet des valeurs foncières déclarées à l'occasion des mutations intervenues dans les cinq dernières années et qui sont nécessaires à l'exercice de leurs compétences en matière de politique foncière et d'aménagement.

²² Le législateur a conforté une position du juge national, le Conseil d'Etat ayant déjà appliqué un régime de responsabilité pour faute simple de l'Etat dans le contentieux du délai raisonnable. Il s'était, à cet égard, appuyé tant sur la Convention que sur les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives (CE, Ass., 28 juin 2002, *Garde des Sceaux c/ Magiera*, Rec. p. 248, *RFDA* 2002, p. 756, concl. F. Lamy).

²³ Voir sur ce point F. Sudre, « Vers la normalisation des relations entre le Conseil d'Etat et la Cour européenne des droits de l'homme. Le décret du 19 décembre 2005 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative », *RFDA* 2006, p. 286 à 298.

A - La fermeture du dialogue par l'alignement du législateur national sur la jurisprudence européenne

Dans le cadre de l'alignement, le législateur, confronté à une disposition jugée inconstitutionnelle par le juge européen, voire même déjà écartée à ce titre par le juge national, peut choisir de modifier la loi dans le sens de la jurisprudence européenne en la complétant, en lui faisant changer de sens ou encore, en effectuant un « apurement » de l'ordre juridique²⁴, c'est-à-dire en procédant à l'abrogation pure et simple de la disposition litigieuse.

Quant à la première hypothèse, un exemple de loi fermant le dialogue des juges en comblant une carence du droit national réside dans les suites de la décision européenne « *Chassagnou* »²⁵. Cette décision, tirant à bout portant sur l'absence d'un droit d'objection de conscience « cynégétique » au bénéfice des propriétaires d'un terrain compris dans le périmètre d'une ACCA²⁶ occasionna une réforme législative

²⁴ F. Lazaud, *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2006, 635 p., p. 436.

²⁵ Cour EDH, Gr. Ch., 29 avril 1999, *Chassagnou c/ France*, Rec. 1999-III ; GACEDH n° 67 ; P. Tavernier et E. Decaux, chron., *JDI*, 2000, pp. 105 à 107 ; S. Van Drooghenbroeck, « Conflit entre droits fondamentaux et marge nationale d'appréciation. Autour de l'arrêt *Chassagnou c/ France* du 29 avril 1996 », *JTDE* 1999, pp.162 à 166.

²⁶ Dans cette affaire, le juge européen avait estimé que la loi Verdeille, en ce qu'elle obligeait les petits propriétaires à faire apport de leur droit de chasse sur leurs terrains pour que des tiers en fassent un usage totalement contraire à leurs convictions, prévoyait « une charge démesurée qui ne se justifie pas sous l'angle du second alinéa de l'article 1 du Protocole n° 1 » (§85). Plus loin, il jugea que « dans la mesure où la différence de traitement opérée entre les grands et les petits propriétaires a pour conséquence de réserver seulement aux premiers la faculté d'affecter leur terrain à un usage conforme à leur choix de conscience, elle constitue une discrimination fondée sur la fortune foncière au sens de l'article 14 de la Convention » (§95). La loi violait donc l'article 1 du Protocole n° 1, combiné avec l'article 14 de la Convention.

opérée par la loi 2000-698 du 26 juillet 2000²⁷. Désormais le code de l'environnement pose, dans son article L422-10, que l'association communale est constituée sur les terrains autres que ceux ayant fait l'objet de l'opposition des propriétaires et notamment « au nom de convictions personnelles opposées à la pratique de la chasse ». Par son intervention, le législateur a donc mis fin à tout dialogue éventuel sur cette question entre les juges européens et nationaux en ajoutant le plus simplement du monde la garantie dont le juge européen avait sanctionné l'absence.

La seconde hypothèse, concernant le changement de sens de la loi, peut s'illustrer à travers les suites du bras de fer relatif à la discrimination opérée par la loi entre les enfants suivant qu'ils soient adultérins, naturels ou légitimes. La loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001, faisant suite à l'arrêt européen *Mazurek*²⁸, a supprimé les dispositions du Code civil²⁹ restrictives des droits successoraux de l'enfant adultérin et porteuses de discrimination entre eux et les enfants légitimes ou naturels. Il en résulte qu'en sa qualité d'héritier, l'enfant adultérin bénéficie des mêmes droits que les enfants légitimes ou naturels, sans considération de la qualité de ses cohéritiers. La loi a notamment abrogé l'article 760 du code civil qui prévoyait la restriction de leurs droits successoraux ainsi que l'article 908 qui frappait les enfants adultérins d'une incapacité de recevoir toute libéralité à titre gratuit au-delà de leur vocation successorale *ab intestat*. Plus récemment, l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005

²⁷ D. 2000, législat., p. 349 ; CC, 20 juillet 2000, *Loi relative à la chasse*, 2000-434 DC, D. Ribes, *RFDC* 2000, p. 833.

²⁸ Cour EDH, 1er février 2000, *Mazurek c/ France*, Rec. 2000-II, A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre, *JCP* 2000, II, 10286; J. Thierry D. 2000, p.332.

²⁹ A savoir les anciens articles 759 à 762, 908 et 908-1, 915 à 915-2, 1097 et 1097-1 du code civil.

portant réforme du droit de la filiation a consacré le principe *mater semper certa est*. Ce principe, protégé par la Cour européenne des droits de l'Homme depuis l'arrêt *Marckx*³⁰, trouve enfin une expression sans détour en droit français puisque désormais, l'établissement de la filiation est acquis par simple mention du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant³¹. Là encore, l'intervention du législateur met fin au dialogue en faisant disparaître l'objet de la discorde.

Quant à la dernière hypothèse, elle s'illustre dans le choix du législateur de mettre fin à la violation de la Convention soulevée par l'affaire *Colombani*³² et néanmoins ignorée par le juge national³³. La loi³⁴ a en effet procédé, en 2004, à l'abrogation pure et simple de l'article 36 de la loi de 1881 qui punissait « l'offense commise publiquement envers les chefs d'État étrangers, les chefs de

³⁰ Cour EDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. n° 6833/74, A. 31, *GACEDH* n°49.

³¹ L'article 311-25 du Code civil pose désormais « La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant. ». Sur cette réforme, voir F. Granet et J. Hauser, « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006, pp.17 à 28.

³² Cour EDH, 25 juin 2002, *Colombani c/ France*, Rec. 2002-V, B. Beignier et B. De Lamy, « L'inconventionnalité du délit d'offense envers les chefs d'État étrangers », *D.* 2003, n° 11, p. 715.

³³ Le juge national n'a pas appliqué cette décision, au contraire, il a résisté. L'affaire du livre « Noir Silence » l'illustre. En première instance, le tribunal correctionnel de Paris avait débouté trois chefs d'État africains en prononçant l'incompatibilité de l'article 36 avec les dispositions de l'article 6 et de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (TGI Paris, 17^{ème} Chambre, 25 avril 2001, *Deby et Bongo c/ Verschave, Beccaria et les éd. Les Arènes*). Mais, dans la même affaire, et suite à l'arrêt *Colombani*, si la Cour d'appel de Paris déboute les plaignants ce n'est plus sur le fondement de l'incompatibilité de l'article 36 avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (Cour d'appel de Paris, 11^{ème} chambre, 3 juillet 2002).

³⁴ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF du 10 mars 2004.

gouvernement étrangers et les ministres des affaires étrangères d'un gouvernement étranger ».

Mais, « l'apurement » de l'ordre juridique par le législateur ne met pas toujours fin au dialogue des juges et tel n'est pas toujours le but de son intervention.

B - Les apories de l'intervention du législateur dans la fermeture du dialogue par l'alignement

On relève des apories dans l'intervention du législateur visant à fermer le dialogue des juges.

Tout d'abord, certaines abrogations de la loi nationale peuvent apparaître aussi nocives que leur maintien au regard des obligations conventionnelles de l'Etat partie (1). Les modifications de la loi peuvent ensuite nécessiter des mises à jour compte tenu de l'évolution de la jurisprudence européenne (2). Enfin, le législateur peut intervenir en faveur de la résistance du juge national face à l'interprétation européenne (3).

1 - Les abrogations nocives de la loi nationale

Les suites de l'affaire du régime des publications étrangères illustrent la problématique des abrogations nocives de la loi nationale dans le but d'un alignement sur l'interprétation européenne. Dans l'affaire *Ekin*³⁵, la Cour européenne avait condamné le régime français des publications étrangères qui se révélait discriminatoire. Le

³⁵ Cour EDH, 16 juillet 2001, *Association Ekin c/ France*, Rec. 2001-VIII.

Gouvernement intervint³⁶ afin d'abroger la disposition litigieuse : l'article 14 de la loi de 1881 modifié par le décret du 6 mai 1939. Toutefois, la question de l'avenir de l'article 14 restait entière. En effet, seul le libellé en vigueur avait été supprimé, la disposition dans sa rédaction issue de la loi du 22 juillet 1895³⁷ reprenait donc sa place faute d'abrogation. Cette disposition dispose « La circulation en France des journaux ou écrits périodiques publiés à l'étranger ne pourra être interdite que par une décision spéciale délibérée en Conseil des ministres. La circulation d'un numéro peut être interdite par une décision du ministre de l'intérieur. La mise en vente ou la distribution, faite sciemment au mépris de l'interdiction, sera punie d'une amende de 50 francs à 500 francs (anciens) ». Or, ce libellé est clairement porteur d'une discrimination dans la jouissance de la liberté d'expression au sens de la Convention. La HALDE³⁸ ne s'y est pas trompée lorsque, saisie d'une réclamation d'une association de défense des droits de l'Homme, elle a recommandé de procéder à la mise en conformité de la disposition avec les articles 10 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Force est donc de constater que la suppression des dispositions reconnues contraires à la Convention ne ferme le dialogue des juges que sous réserve d'éliminer les sources de conflit d'interprétation, ce qui n'est pas le cas du décret de 2004 faisant suite à l'arrêt *Société Ekin*.

Ainsi, il semblerait que la fermeture du dialogue des juges n'est le fait de l'intervention du législateur national que sous réserve qu'il se conforme parfaitement à la jurisprudence européenne. Reste toutefois

³⁶ Article 1er du décret n° 2004-1044 du 4 octobre 2004.

³⁷ JORF du 24 juillet 1895.

³⁸ Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), Délibération n°2006-196 du 18 septembre 2006.

que si le dialogue se ferme, c'est de façon provisoire. La jurisprudence européenne est évolutive et dynamique, et peut approfondir voire élargir les exigences de protection au gré des espèces qu'elle a à connaître.

2 - L'absence de mise à jour de la loi au regard du caractère dynamique de la jurisprudence européenne

Une mise en conformité ponctuelle de la loi avec la jurisprudence européenne est insuffisante à clore le dialogue des juges. Le législateur doit en outre procéder à la mise à jour de la loi au regard du caractère dynamique de la jurisprudence européenne. C'est ce qu'illustre la question des écoutes téléphoniques. Ainsi, suite aux arrêts *Kruslin* et *Huvig*³⁹ le législateur est intervenu en 1991⁴⁰ afin de mettre en conformité le régime des écoutes téléphoniques avec les exigences européennes. La Cour européenne, dans son arrêt *Lambert*⁴¹ avait d'ailleurs jugé les dispositions de cette loi conformes aux exigences de la Convention. Il reste néanmoins que la Cour européenne, en 2005, a sanctionné la méconnaissance des exigences relatives à la qualité de la loi, sur le fondement desquelles peuvent être mises en œuvre les interceptions de conversations et désormais les sonorisations, ainsi que sur l'obligation de prévoir un contrôle efficace de ces mesures⁴². Notons, s'agissant de l'interprétation

³⁹ Cour EDH, 24 avril 1990, arrêts *Kruslin c/ France* et *Huvig c/ France*, A. 176-A et B, *GACEDH* n°5.

⁴⁰ Loi n°91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des communications émises par voie des télécommunications, JO, 13 juillet 1991, p. 9167.

⁴¹ Cour EDH, 24 août 1998, *Lambert c/ France*, Rec. 1998-V.

⁴² Sur les qualités de la loi voir Cour EDH, 31 mai 2005, *Vetter c/ France*, req. n°59842/00, F. Sudre, *JCP G*, 2005, chronique, I-159, p. 1455 et Cour EDH, 20

évolutive que, dans l'affaire *Wisse* la Cour, quoi que reconnaissant la légitimité de l'écoute des conversations tenues au parloir dans un souci de sécurité de la détention, insiste sur la raison d'être du parloir : « celle de maintenir une « vie privée » du détenu - relative - qui englobe l'intimité des propos tenus avec ses proches »⁴³. Le législateur doit se le tenir pour dit.

L'alignement du législateur pour permettre la fermeture du dialogue doit donc être complet et mis à jour. Cependant, il convient de souligner que le législateur peut ne vouloir que s'aligner partiellement sur la jurisprudence européenne en sauvegardant, par ailleurs, les traditions institutionnelles de l'Etat. Il peut ainsi chercher à renforcer une résistance déjà opposée par le juge national à la Cour européenne des droits de l'homme.

3 - L'intervention du législateur pour justifier la résistance du juge national

Les décrets de décembre 2005 et du 1^{er} août 2006⁴⁴, visant à mettre fin au dialogue entre le Conseil d'Etat et la Cour européenne concernant

décembre 2005, *Wisse c/ France*, req. 71611/01, D. Roets, *D.* 2006, jur. p. 764 ; F. Sudre *JCP G*, 2006, chronique, I-109, p. 188. Notons que les exigences de qualité de la loi qui faisaient défaut dans l'affaire *Vetter* avaient, avant l'arrêt européen, trouvé place dans la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité qui énonce désormais, en matière de crimes organisés, des dispositions relatives aux sonorisations (article 706-96 du code de procédure pénale). Sur le contrôle efficace voir Cour EDH, 29 mars 2005, *Matheron c/ France*, req. n°57752/00, J-P. Marguénaud, *LPA*, 2 mars 2006, p. 44.

⁴³ Cour EDH, *Wisse*, *op. cit.*, §29.

⁴⁴ Décret n° 2005-1586 du 19 décembre 2005 et Décret n°2006-964 du 1^{er} août 2006 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative, voir F. Sudre, « Vers la normalisation des relations entre le Conseil d'Etat et la Cour européenne des droits de l'homme. Le décret du 19 décembre 2005 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative », *op. cit.*

le commissaire du Gouvernement, démontrent que le législateur peut aussi intervenir en faveur d'une fermeture du dialogue au profit de la rébellion du juge national face à la jurisprudence de Strasbourg. Nonobstant le fait qu'effectivement les décrets prennent acte de la solution européenne et procèdent à un alignement, concernant les garanties matérielles du contradictoire, en codifiant la note en délibéré (article R731-3), ils introduisent aussi une légitimation de la résistance du Conseil d'Etat sur la question de la place du Commissaire du Gouvernement en son sein. Le législateur s'est d'abord employé à justifier la codification de sa présence muette (R.733-2 et R. 733-3) au délibéré, en dépit de la jurisprudence européenne qui la condamne au nom de la théorie des apparences⁴⁵. Il a, pour ce faire, renforcé les garanties structurelles d'impartialité du Commissaire du Gouvernement et conforté son statut *sui generis*. C'est ce qui résulte notamment de la désignation des commissaires du Gouvernement au Conseil d'Etat. Cette dernière ne relève plus d'un décret du Président de la République, mais d'une procédure interne à la juridiction, par un arrêté du vice-président du Conseil sur proposition du président de la Section du Contentieux (article R122-5 CJA). Ensuite, par le décret n° 2006-964 du 1er août 2006, le législateur a introduit, dans le Code de justice administrative, une procédure permettant aux parties à un litige devant le Conseil d'Etat de demander que le Commissaire du Gouvernement n'assiste pas au délibéré⁴⁶. Comme le Conseil d'Etat a eu la récente opportunité de le souligner, ce décret a « ainsi entendu

⁴⁵ Voir, notamment, Cour EDH, 7 juin 2001, *Kress c/ France*, F. Sudre, *JCP G* 2001, II 10578.

⁴⁶ Article R. 733-3 du CJA. Notons aussi qu'un quatrième alinéa à l'article R. 712-1 énonce que l'avis d'audience adressé aux parties doit reproduire les dispositions de l'article R. 733-3.

assurer le respect des exigences découlant du droit à un procès équitable » au sens de l'article 6, § 1, de la Convention EDH⁴⁷.

Cette dernière intervention du législateur, bien que louable pour sauver l'institution du Commissaire du Gouvernement, n'a pas encore porté ses fruits. Pour l'heure la Cour n'a pas changé sa jurisprudence⁴⁸, il est vrai, toutefois, qu'elle ne s'est pas encore prononcée explicitement sur cette nouvelle réglementation. Si effectivement, la Cour venait à revenir sur sa position et considérer que la présence « consentie » au Commissaire du Gouvernement n'était pas contraire à la Convention, on pourrait trouver un nouvel argument à l'appui de l'idée que la clôture du débat n'est pas identifiée « à une sorte de *diktat* de la cour européenne »⁴⁹. On constate cependant que la Cour est de plus en plus souvent à l'origine de la fermeture du dialogue des juges et déploie à cet effet toute une batterie d'instruments en faveur de l'application conforme de sa jurisprudence par les juridictions nationales.

⁴⁷ CE, 4e et 5e sous-sect., 25 mai 2007, *Courty*, n° 296327.

⁴⁸ Cour EDH, 28 novembre 2006, *Poulain de Saint Père c/ France*, req. n° 38718/02 ; voir aussi Cour EDH, 16 janvier 2007, *Eisenchteter c/ France*, req. n°17306/02 et *Seidel c/ France n° 3*, req. n° 21764/03.

⁴⁹ J. Andriantsimbazovina, « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme, instrument de dialogue ? », *op. cit.*, p.191 et s.

II - L'objectivation dans la jurisprudence de Strasbourg de la chose interprétée par le juge européen

Le dialogue des juges a pu être présenté comme un exercice de « codétermination » du sens de la norme⁵⁰ européenne mené à la fois par le juge interne et le juge européen. Toutefois, dans certaines hypothèses, le juge européen non seulement détermine seul la marche à suivre, mais oblige le juge national à s'y soumettre, utilisant en ce sens un éventail de techniques. Certaines d'entre elles viennent de voir le jour et n'ont été utilisées que dans le contentieux du délai raisonnable ce qui nous oblige à sortir des limites du cadre de cette étude pour étendre nos propos au contentieux du procès équitable et aux affaires concernant les autres Etats que la France. N'entre pas dans ce champ l'approfondissement des exigences procédurales permettant à la Cour de prendre des mesures conservatoires ou de demander aux autorités nationales toutes les facilités nécessaires afin de mener à bien son instruction. En effet, l'affirmation puis le renforcement du contrôle des obligations pesant sur l'Etat au titre des articles 39 du règlement de la Cour européenne des droits de l'homme⁵¹ et 38 de la Convention⁵² intéressent particulièrement la

⁵⁰ M. Delmas-Marty, « Rôle du juge européen dans la renaissance du *jus commune* – signification et limites », in *Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal, op. cit.*, pp. 397 à 414, spéc. p. 400.

⁵¹ L'article 39 du règlement de la Cour concerne les mesures provisoires. Il prévoit que « La chambre ou, le cas échéant, son président peuvent, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure. 2. Le Comité des Ministres en est informé. 3. La chambre peut inviter les parties à lui fournir des informations sur toute question ». La Cour, depuis l'arrêt de Grande Chambre Mamatkulov (Cour EDH, Gr. Ch., 4 février 2005, *Mamatkulov c/ Turquie*, req. n°46827/99 ; 46951/99, Rec. 2005-I, §§ 99 à 129) sanctionne sévèrement la méconnaissance des mesures provisoires qu'elle prononce,

question des mesures individuelles et non celles des mesures générales. Il ne semble donc pas que le dialogue des juges trouve là un obstacle de taille. Il en est de même des injonctions. Bien qu'elles constituent une atteinte au caractère déclaratoire des arrêts de la Cour⁵³, elles s'inscrivent également dans les mesures individuelles. Partant, elles n'interviennent pas véritablement dans un dialogue à propos de l'interprétation de la Convention si ce n'est du fait du mécanisme même que la Cour emprunte pour forcer l'Etat à respecter les mesures individuelles qu'elle envisage.

A l'inverse, toutes les techniques que la Cour utilise afin de donner un certain effet *erga omnes* à l'interprétation qu'elle donne des garanties de la Convention, par la force de la persuasion ou de manière un peu plus autoritaire, constituent des sources d'obstacles au dialogue des juges. La Cour a ainsi établi son « autorité de la chose interprétée » en renforçant l'effet direct de ses arrêts sous réserve qu'ils apportent une solution en des termes précis et complets⁵⁴. Elle a étendu cet effet, au-

sous l'angle de l'article 34. Voir notamment, Cour EDH, 17 janvier 2006, *Aoulmi c/ France*, req. n°50278/99, §§101 à 1112, *D.* 2006, jur. p. 1151.

⁵² L'article 38-1 prévoit notamment, en cas de recevabilité de la requête et alors que la Cour procède à une enquête, que les Etats intéressés doivent fournir toutes facilités nécessaires. La Cour condamne la méconnaissance de cette obligation : voir en dernier lieu, Cour EDH, 5 avril 2007, *Baysayeva c/ Russie*, req. n°74237/01 : les juges constatent une violation de l'obligation d'assister la Cour au sens de l'article 38-1 et condamne la Russie sur ce point.

⁵³ Ainsi dans les affaires *Assanidzé et Ilascu* (Cour EDH, Gr. Ch., 8 avril 2004, *Assanidzé c/ Géorgie*, req. n° 71503/01 et Cour EDH, Gr. Ch., 8 juillet 2004, *Ilascu et autres c/ Moldova et Russie*, req. n°48787/99, J.-F. Flauss, chron. *AJDA*, 2004, p. 1812) la Cour commande la libération des requérants arbitrairement détenus en violation de la Convention.

⁵⁴ Dans l'arrêt *Vermeire* (Cour EDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c/ Belgique*, A. 214-C, §25) la Cour s'est fondée sur le caractère « précis et complet » de la solution rendue dans son arrêt *Marckx* (*op. cit.*) pour l'imposer aux faits similaires. Elle dit ainsi que « l'arrêt *Marckx* a jugé discriminatoire l'absence totale de vocation successorale, fondée sur le seul caractère "naturel" du lien de parenté (...). Ce constat

delà de l'Etat défendeur, à tous les États contractants dont l'ordre juridique et/ou la pratique étaient également concernés par l'arrêt. Elle s'est appuyée en cela sur l'article 1^{er} de la Convention⁵⁵. Pour renforcer cet effet direct, la Cour sanctionne toute lenteur excessive dans la mise en œuvre des arrêts, laquelle expose l'État à une nouvelle condamnation⁵⁶. Bien qu'encore contestée⁵⁷ cette autorité de chose interprétée n'a jamais été aussi clairement utilisée et tend à limiter le périmètre ouvert au dialogue des juges. Ceci résulte de ce que la Cour doit faire face à un flot si conséquent de requêtes et notamment de requêtes répétitives, qu'elle doit assurer l'autorité des décisions rendues pour se décharger des affaires similaires. L'urgence de la situation a ouvert, à côté des méthodes « incitant » le juge national à se conformer à l'autorité de la chose interprétée (A), d'autres instruments, plus coercitifs (B), visant à clore ou rendre impossible tout dialogue des juges au profit d'une application immédiate de la norme européenne.

concernait des faits si proches de ceux de la présente espèce qu'il vaut également pour la succession litigieuse, ouverte après son prononcé. On ne discerne pas ce qui pouvait empêcher la Cour d'appel de Bruxelles, puis la Cour de cassation, de se conformer aux conclusions de l'arrêt Marckx à l'instar du tribunal de première instance : n'était ni imprécise ni incomplète la règle qui interdisait d'opérer au détriment d'Astrid Vermeire, par rapport à ses cousins Francine et Michel, une discrimination fondée sur le caractère "naturel" du lien de parenté l'unissant au *de cujus* ».

⁵⁵ Voir Cour EDH, 22 avril 1993, *Modinos c/ Chypre*, A. 259, §20.

⁵⁶ Cour EDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c/ Belgique*, A. 214-C, §25 et s.

⁵⁷ Voir notamment F. Lazaud, *op. cit.*, p. 354 et s.

A - Les techniques persuasives de fermeture du dialogue

S'agissant de la technique persuasive, elle consiste, pour les juges européens, à renforcer la crédibilité⁵⁸ de leurs décisions en produisant une jurisprudence « claire » et « cohérente ». Certains y voient un éclaircissement en faveur du dialogue entre les juges⁵⁹, mais on peut tout aussi bien penser qu'il s'agit d'un moyen, pour le juge européen, de faire appliquer sa propre interprétation et, donc, d'un instrument de fermeture du dialogue. En fournit un exemple la clarté du principe prétorien de l'égalité des droits patrimoniaux des enfants, quel que soit leur statut⁶⁰. Même si la jurisprudence fluctue sur le fondement de cette solution⁶¹, le principe est constant et sa méconnaissance entraîne violation de la Convention⁶². Le juge français a infléchi sa jurisprudence pour incorporer ce principe, suivi en ce sens par le législateur. Mais il semble qu'il ait tardé de façon critiquable alors que la solution était évidente. Plus compréhensible est la retenue du

⁵⁸ J.-P. Costa, « La Cour européenne des droits de l'homme : vers un ordre juridique européen ? », in *Mélanges en hommage à L.-E. Pettiti*, Bruylant, 1998, pp. 197 à 206, spéc. p. 206.

⁵⁹ J. Andriantsimbazovina, « La Cour européenne à la croisée des chemins. Réflexions sur quelques tendances de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme de 1999 à 2002 », *CDE* 2002, pp. 735 et du même auteur « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme, instrument de dialogue ? », *op. cit.*, p.191 et s.

⁶⁰ Cour EDH, 28 octobre 1987, *Inze c/ Autriche*, A. 126 ; Cour EDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek c/ France*, *op.cit.*.

⁶¹ Voir *supra* la fluctuation entre le fondement de l'article 1^{er} du Protocole I combiné avec l'article 14 (Cour EDH, 3 octobre 2000, *Camp et Bourimi c/ Pays Bas*, Rec. 2000-X et Cour EDH, 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, Rec. 2004-VIII) et celui de l'article 8 combiné avec l'article 14 (Cour EDH, *Marckx c/ Belgique*, *op. cit.*, sur les articles 8 et 14 combinés).

⁶² CEDH, 22 décembre 2004, *Merger et Cros*, F. Sudre *JCP G*, 2005, I-103, n°16 ; J.-P. Marguénaud, chron., *RTD Civ.* 2005, p. 335.

Conseil d'Etat dans l'affaire *Mademoiselle B*⁶³, concernant l'alignement du juge national sur le contrôle européen de l'article 8 concernant la faculté d'adoption des homosexuels⁶⁴. Se prononçant sur la légalité du refus d'agrément à une demande d'adoption opposé à une femme homosexuelle vivant avec sa compagne, le Conseil d'Etat a appliqué la solution européenne issue de l'arrêt *Fretté* mais au terme d'un contrôle minimum. Le choix d'un contrôle restreint⁶⁵ serait la conséquence négative des ambiguïtés de l'arrêt *Fretté*. Il résulterait du raisonnement obscur de la Cour européenne suivant lequel le refus d'agrément à l'adoption ne relèverait ni de la « vie familiale », ni de la « vie privée » alors que le droit d'accès à l'adoption serait inclus dans « l'article 8 ». L'applicabilité de l'article 8 dans ce contentieux est donc confuse. Une jurisprudence plus lisible aurait sans doute convaincu le Conseil d'Etat d'adopter le même raisonnement que la Cour européenne pour aboutir, en tous les cas, à une solution identique.

Les « notions autonomes »⁶⁶ constituent une technique plus incitative encore à la fermeture du dialogue par la clarté de la jurisprudence. La Cour donne un sens proprement européen à certaines notions et, de

⁶³ CE, 5 juin 2002, *Mlle B.*, req. n° 230533.

⁶⁴ Cour EDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France*, req. n° 36515/97, A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre, *JCP G*, 2002, II-10074, p. 885.

⁶⁵ Voir Concl. Pascal Fombeur, Commissaire du Gouvernement, *AJDA*, juillet-août 2002, p. 615.

⁶⁶ F. Sudre (dir.), *Les concepts autonomes de la Convention européenne des droits de l'homme*, *Cahiers de l'IDEDH*, n°6, 1997, 138 p. ; F. Sudre, « Le recours aux notions autonomes », in *L'interprétation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998, IDEDH, Montpellier, F. Sudre (dir.), Nemesis, Bruylant, 1998, pp. 93 à 131 ; W.-J. Ganshof Van Der Meersch, « Le caractère "autonome" des termes et la 'marge d'appréciation' des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de G. J. Wiarda, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymann Verlag KG, 1988, pp. 201 à 220.

fait, « clôt le débat sur l'assimilation de ces notions de droit national à des notions autonomes au sens européen »⁶⁷. L'effet prohibitif de dialogue peut notamment se constater à travers l'élargissement de l'applicabilité de l'article 6 par le biais de la réception, par les juridictions internes, des notions européennes de matière civile ou de matière pénale⁶⁸. Il s'illustre aussi, dans le cadre de l'application conforme de la notion de « bien » par le juge français⁶⁹. Toutefois, le juge national peut se montrer de mauvaise foi alors même que la jurisprudence européenne ne manque pas de clarté et de cohérence. L'affaire des « tableaux d'amortissement »⁷⁰ nous le rappelle. Etait en cause une créance que la Cour de cassation avait considérée comme incertaine et donc non constitutive d'un droit. Or, la jurisprudence européenne relative à la notion autonome de « bien » ne laissait aucun doute sur le fait que la créance en cause constituait un tel droit, ce que la Cour européenne, saisie de l'affaire, a évidemment relevé⁷¹. Dans cette affaire, comme, auparavant dans les arrêts *Maurice*⁷² et *Draon*⁷³, s'agissant de l'espérance légitime battue en brèche par l'application rétroactive de la « loi anti-Perruche », les juges nationaux ont fait la sourde oreille. Cette attitude a entraîné une condamnation spécifique de la Cour européenne alors qu'en toute vraisemblance, la jurisprudence européenne était suffisamment claire. Le phénomène est

⁶⁷ J. Andriantsimbazovina, *op. cit.*, p.179 et p.185.

⁶⁸ Voir notamment F. Sudre et C. Picheral (dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, La documentation française, Mission de recherche « Droit et Justice », 2003, 353p.

⁶⁹ Voir CE, 24 novembre 2003, *Le Floch*, n° 235238 et CE, 28 juin 2004, *Bessis*, n° 251897.

⁷⁰ Cass, 1^{ère} civ., 20 juin 2000, *Lecarpentier*, *D*, 2000, M.-L. Niboyet, *Cahier Droit des Affaires*, Jur., p. 699.

⁷¹ Cour EDH, 14 février 2006, *Lecarpentier et al.*, req. 67847/01, § 38.

⁷² Cour EDH, 6 octobre 2005, *Maurice c/ France*, req. 11810/03.

⁷³ Cour EDH, 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, req. 1513/03.

d'autant plus fréquent lorsque la décision européenne manque de lisibilité. Le manque de clarté et de cohérence de la jurisprudence européenne a d'ailleurs fait l'objet de critiques doctrinales fortes⁷⁴. Afin de permettre au juge européen de clarifier *in abstracto* ses prises de position, la question s'est notamment posée de l'institutionnalisation d'un renvoi préjudiciel devant la Cour européenne⁷⁵. Le comité des sages⁷⁶ s'est fait l'écho de ce projet en proposant d'instaurer un tel renvoi⁷⁷. Toutefois, n'étant encore qu'au stade de projet, il ne constitue pas encore un obstacle au dialogue des juges. En revanche, l'arrêt pilote et l'effort de précision des arrêts de la nouvelle Cour constituent des modalités concrètes permettant au juge européen de mettre fin au dialogue en faveur de sa propre décision.

⁷⁴ Voir notamment le rappel de F. Lazaud, *op. cit.*, p. 372 et s.

⁷⁵ Voir aussi D. Ritleng, « Le renvoi préjudiciel communautaire, modèle pour une réforme du système de protection de la Convention ? », *l'Europe des libertés*, 7 janvier 2002, p. 3 et, du même auteur « L'Institutionnalisation du dialogue : perspectives d'avenir pour la Cour de justice des communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, *op. cit.*, pp. 211 et s. ; voir aussi, Y. Gautier, « Le renvoi préjudiciel, un instrument efficace de dialogue ? », in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, *op. cit.*, pp. 203 et s.

⁷⁶ CM (2006) 203, Rapport du groupe des Sages du 15 novembre 2006. Le Comité avait été chargé, par le Comité des ministres, sur demande des Chefs d'État et de Gouvernement des États membres du Conseil de l'Europe, réunis à Varsovie en mai 2005, de produire un rapport sur l'efficacité à long terme du mécanisme de la Convention y compris les effets initiaux du protocole n° 14 et des autres décisions prises en mai 2004.

⁷⁷ *Ibidem*. Les juridictions nationales pourraient ainsi saisir la Cour européenne de demandes d'avis consultatifs sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et ses protocoles, de manière à favoriser le dialogue entre les juges et à renforcer le rôle « constitutionnel » de la Cour. Une telle demande d'avis, posée uniquement par les juridictions de dernière instance et les juridictions constitutionnelles serait toujours facultative et l'avis rendu par la Cour n'aurait pas de caractère obligatoire. Le renvoi préjudiciel donnera lieu à l'affirmation d'une position ferme de la Cour sur l'interprétation à suivre.

B - Les nouvelles méthodes plus coercitives de fermeture du dialogue

Pour remédier à la question des requêtes répétitives, les travaux du Protocole n°14⁷⁸ proposèrent notamment un effort de rédaction de la part de la Cour⁷⁹. La Commission de Venise⁸⁰ a ainsi demandé au juge de Strasbourg qu'il « donne, dans le texte de ses arrêts, une indication aussi précise que possible de la nature et de la portée de la violation constatée ainsi que du type de mesures adéquates pour remédier à un tel manquement ». Dans la droite ligne de ce vœu, la Cour encadre précisément les obligations des autorités nationales et dans ces domaines, le dialogue n'a plus lieu d'être. La Cour a ainsi développé des méthodes plus coercitives de fermeture du dialogue des juges en faveur du respect de l'autorité de l'interprétation qu'elle donne dans

⁷⁸ Voir notamment : le projet de rapport explicatif au Protocole n°14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention, [texte approuvé par le CDDH-GDR lors de sa 6^{ème} réunion (24-26 mars 2004), document CDDH-GDR (2004)006 Addendum II du 29 mars 2004] ; le projet de Protocole n°14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales amendant le système de contrôle de la Convention document CM (2004) 65 addendum 1, du 14 avril 2004 ; les projets de recommandations et résolutions du Comité des ministres, CM(2004)65 Addendum 4 prov. du 16 avril 2004 ; le rapport explicatif au projet de protocole n°14 CM(2004)65, Addendum 2 prov. du 15 avril 2004 ; Le rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme (rapporteur : M. Kevin MC Namara) Doc. 10147 du 23 avril 2004.

⁷⁹ L'Assemblée parlementaire dans sa Résolution 1226 du 28 septembre 2000, sur l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme fait état, quant aux problèmes liés à l'exécution des arrêts de la Cour, de la responsabilité des États mais aussi de celle du Comité des ministres, pas assez ferme dans les exigences d'exécution des arrêts, et de celle de la Cour, au regard du caractère non suffisamment explicite de ses décisions.

⁸⁰ Avis n° 209 / 2002, CDL-AD (2002) 34 de la commission de Venise sur la mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, adopté lors de sa 53^{ème} session plénière (Venise, 13-14 décembre 2002) sur la base des observations de MM. Helgesen, Malinverni, Matscher et Van Dijk.

ses arrêts. Elle produit notamment les fameux « arrêts pilotes » et ce que l'on a pu appeler des « arrêts d'orientation »⁸¹. Ces techniques sont porteuses d'un degré d'objectivisation tel de la norme interprétée qu'on a pu y voir une modification profonde des données de l'influence de la source européenne dans les domaines concernés⁸². L'arrêt d'orientation est une technique qui consiste à donner à un arrêt de principe un effet quasiment *erga omnes* au titre duquel des États non parties au litige peuvent être invités à s'exprimer sur sa portée dans leur ordre juridique interne⁸³. Ces arrêts peuvent concerner un seul ou plusieurs États et recouvrir un domaine plus large que celui des arrêts pilotes que nous étudierons plus avant. Cependant, contrairement à ces derniers, l'arrêt d'orientation ne permet pas toujours l'économie de motivation de la Cour. Appartiennent par exemple aux « arrêts d'orientation », les décisions de la Cour de Strasbourg qui reconnaissent un recours comme nouvellement effectif, et notamment en raison d'un revirement de jurisprudence et qui ont pour conséquence d'en demander l'épuisement à partir de la date fixée

⁸¹ F. Jacquemot, *Le standard européen de société démocratique*, Presses de Montpellier, partie 2, n°99 et s. L'expression tirée de l'idée d'effet d'orientation d'H. Petzold, « Epilogue : la réforme continue », in *Mélanges à la mémoire de R. Ryssdal Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1571 à 1587, spéc. p. 1583 et s.

⁸² J.-P. Marguénaud, « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit des contrats au moyen des arrêts pilotes (Cour EDH, Gr.Ch., 19 juin 2006, *Czapska c/ Pologne*) », *RTD civ.* 2006, p. 719

⁸³ H. Petzold, « Epilogue : la réforme continue », *op. cit.* : « une telle pratique, bienveillante et cohérente, pourrait peu à peu faire naître la conviction que les arrêts de principe doivent être 'exécutés' par tous les États, qu'ils soient ou non parties à l'instance, parce que le système de la Convention avec ses quarante et un États contractants ne permet plus d'attendre l'adaptation de l'ordre juridique interne d'un État non partie au litige jusqu'à ce qu'il y soit tenu par un arrêt de la Cour lui appliquant, à lui aussi, les principes arrêtés ».

par la Cour. L'arrêt *Broca et Texier-Micault*⁸⁴ appartient donc à cette catégorie tout comme les décisions *Scordino c/ Italie* et *Di Sante c/ Italie*⁸⁵. Ces arrêts peuvent aussi concerner l'ensemble des Etats contractants. L'arrêt de grande chambre *Apicella*⁸⁶ en constitue un exemple. Il a le mérite aussi de démontrer les limites de l'opportunité pour la Cour d'avoir recours à un arrêt d'orientation de cette envergure. En 2004, à l'occasion de l'arrêt de chambre⁸⁷, la Cour européenne des droits de l'homme avait fixé les conditions de calcul concernant l'évaluation en équité du dommage moral subi en raison de la durée d'une procédure. Elle avait notamment estimé avec beaucoup de précisions « qu'une somme variant de 1 000 à 1 500 EUR par année de durée de la procédure (et non pas par année de retard) est une

⁸⁴ Cour EDH, 21 octobre 2003, *Broca et Texier-Micault c/ France*, req. n°27928/02 et 3169/02, H. Labayle et F. Sudre, chron., *RFDA* 2004, p. 985 (confirmation : Cour EDH, 1^{er} juin 2004, *J.-M. F. c/ France*, req. n°42268/98 et Cour EDH, 8 juin 2004, *Lechelle c/ France* req. n°65786/01). La Cour reconnaît qu'un recours effectif est à épuiser en matière de délai raisonnable dans le contentieux administratif grâce au revirement opéré par l'arrêt *Magiera* de la Cour administrative d'appel de Paris du 11 juillet 2001 et confirmé le 28 juin 2002 par le Conseil d'Etat (Voir CE Ass., 28 juin 2002, *Garde des sceaux, Ministre de la justice c/ M. Magiera*, *AJDA* 2002, p. 596, F. Donnat et D. Casas ; concl. F. Lamy, *RFDA*, 2002, p. 756 ; M.-C. Rouault, *LPA* 2002 n° 221, p. 17).

⁸⁵ Cour EDH (déc.), 27 mars 2003, *Scordino c/ Italie*, n° 36813/97, *Rec.* 2003-IV. Dans cette affaire la Cour européenne avait estimé que, lorsqu'un requérant se plaint uniquement du montant de l'indemnisation et de l'écart existant entre celui-ci et la somme qui lui aurait été accordée au titre de l'article 41 de la Convention, l'intéressé n'est pas tenu aux fins de l'épuisement des voies de recours internes de se pourvoir en cassation contre la décision de la cour d'appel. Pour parvenir à cette conclusion, la chambre s'était basée sur l'examen d'une centaine d'arrêts de la Cour de cassation italienne, parmi lesquels elle n'a trouvé aucun cas où cette dernière avait pris en considération un grief tenant au fait que le montant accordé par la cour d'appel était insuffisant par rapport au préjudice allégué ou inadéquat par rapport à la jurisprudence de Strasbourg. Par la suite, la Cour européenne a pris connaissance d'un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation rendant le recours effectif [Cour EDH, déc., 24 juin 2004, *Di Sante c/ Italie*, req. n° 56079/00].

⁸⁶ Cour EDH, Gr. Ch., 29 mars 2006, *Apicella c/ Italie*, req. n° 64890/01.

⁸⁷ Cour EDH, 10 novembre 2004, *Apicella c/ Italie*, req. n° 64890/01.

base de départ pour le calcul à effectuer »⁸⁸. Comprenant qu'il s'agissait bien d'un arrêt d'orientation et que la précision chiffrée donnée par la Cour tendait à avoir une valeur *erga omnes*, l'arrêt de grande chambre a été l'occasion pour des Etats tiers au litige de faire valoir leur opposition. Prenant notamment acte des réticences des gouvernements tchèque, slovaque et polonais, la Cour s'est résignée, tout en maintenant ses lignes directrices d'interprétation, à faire marche arrière sur ce niveau de précision en ne chiffrant pas le dommage moral. Notons que, paradoxalement, les tiers intervenants réclamaient, de la part de la Cour, sur l'évaluation du caractère raisonnable de la durée d'une procédure (pourtant déjà bien détaillé dans la jurisprudence) ... d'avantage de précisions⁸⁹ ! Il semble donc que la Cour ne puisse pas s'octroyer aussi facilement la capacité de fermer le dialogue des juges par le biais d'un arrêt d'orientation, sauf à répondre à une attente des gouvernements et notamment lorsqu'ils cherchent à échapper aux risques d'un arrêt pilote.

S'agissant à présent des arrêts pilotes, gageons qu'il s'agit par excellence d'un modèle d'arrêt de principe qui a vocation à se reproduire et à élargir son champ d'application. Son intérêt se situe dans l'interprétation de la combinaison des articles 41 et 46. Apparue au fil des travaux du protocole n°14, la technique tend à ne concerner que les arrêts répétitifs⁹⁰. La Résolution (2004)3 du Comité des

⁸⁸ *Ibidem*, §26. Notons avec F. Sudre (« Vers la normalisation ... », *op.cit.*) l'adéquation de la réparation avec les principes posés par l'affaire de chambre *Apicella* lors du premier arrêt rendu par le Conseil d'Etat en application de l'article R311-1 du Code de justice administrative issu du décret du 28 juillet 2005 (CE, 25 janvier 2006, *SARL Potchou et autres*, concl. Y. Strillou, Rec. Lebon, *RFDA* 2006, p. 299).

⁸⁹ Cour EDH, Gr. Ch., 29 mars 2006, *Apicella c/ Italie*, req. n° 64890/01, §132 et s.

⁹⁰ Le plus souvent relatifs à la violation de l'exigence d'un délai raisonnable au regard de l'article 6. Voir *infra*.

ministres⁹¹ invitait ainsi la Cour, « dans toute la mesure du possible, à identifier dans les arrêts où elle constate une violation de la Convention ce qui, d'après elle, révèle un problème structurel sous-jacent et la source de ce problème, en particulier lorsqu'il est susceptible de donner lieu à de nombreuses requêtes, de façon à aider les États à trouver la solution appropriée et le Comité des ministres à surveiller l'exécution des arrêts ». La Cour a inauguré cette technique dans l'affaire *Broniowski*⁹², concernant l'absence d'indemnisation des propriétaires titulaires d'une créance envers l'État polonais pour avoir été contraints d'abandonner leurs biens immeubles après la deuxième guerre mondiale. Elle conclut à la violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention mais, ce faisant, elle mit aussi clairement en exergue le problème structurel à l'origine de sa décision. Annonçant les risques de requêtes répétitives qui en découlent, la Cour demanda à l'État de prendre, dans un délai raisonnable, des mesures générales adéquates afin d'y remédier. Elle déclara l'ajournement des requêtes, résultant de ce même problème structurel, portées devant elle. Par cette technique la Cour coupe court à tout dialogue sur la portée de l'application de la Convention. En effet, en cas de « dysfonctionnement systémique » susceptible de donner lieu à

⁹¹ Res (2004)3 du Comité des ministres sur les arrêts qui révèlent un problème structurel sous-jacent (adoptée par le Comité des ministres le 12 mai 2004, lors de sa 114e session).

⁹² Cour EDH, Gr. Ch., 22 juin 2004, *Broniowski c/ Pologne*, req. n°31443/96, *GACEDH*, n° 72, E. Lambert-Abdelgawad, « La Cour européenne au service du Comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêts 'pilote' », *RTDH* 2004, p. 203 à 224 ; F. Lazaud, « L'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme. Lecture de l'arrêt *Broniowski* à la lumière du protocole n° 14 », *RRJ* 2005 n°2, pp. 913-934, P. Tavernier, obs., *JDI* 2005, p. 544.

un arrêt pilote⁹³, et bien qu'en principe il n'appartienne pas à la Cour de définir quelles peuvent être les mesures de redressement appropriées pour que l'Etat défendeur s'acquitte de ses obligations au regard de l'article 46 de la Convention, la Cour peut se prononcer sur le contenu des mesures propres à résoudre la violation de la Convention tirée de la situation à caractère structurel qu'elle constate. A cet égard le but poursuivi par la Cour est qu'elle « n'ait pas à réitérer son constat de violation dans une longue série d'affaires comparables »⁹⁴. Sur ce fondement, dans l'arrêt *Broniowski*, la Cour indiqua⁹⁵, « pour aider l'Etat défendeur à remplir ses obligations au titre de l'article 46 », qu'il devait « avant tout, soit supprimer tout obstacle à l'exercice du droit des nombreuses personnes touchées par la situation jugée par elle contraire à la Convention en ce qui concerne le requérant, soit offrir en lieu et place un redressement équivalent ». Elle précisa ainsi que le gouvernement polonais devait « garantir par des mesures légales et administratives appropriées la réalisation effective et rapide du droit en question relativement aux autres demandeurs concernés par des biens situés au-delà du Boug, conformément aux principes de la protection des droits patrimoniaux énoncés à l'article 1 du Protocole n° 1, en particulier aux principes applicables en matière d'indemnisation ». Suite à l'arrêt de 2004, la Cour et les parties convinrent d'un règlement amiable le 28 septembre

⁹³ C'est-à-dire en cas d'existence dans l'ordre juridique d'une défaillance en conséquence de laquelle une catégorie entière de particuliers se sont vus, ou se voient toujours, privés de leurs droits tels que protégés par la Convention et alors que « les lacunes du droit et de la pratique internes décelées dans l'affaire particulière du requérant peuvent donner lieu à l'avenir à de nombreuses requêtes bien fondées » (*mutatis mutandis* arrêt *Broniowski c/ Pologne*, *op. cit.*, §189).

⁹⁴ Cour EDH, *Broniowski c/ Pologne*, *op. cit.*, §193.

⁹⁵ Cour EDH, *Broniowski c/ Pologne*, *op. cit.*, §194.

2005⁹⁶ qui fut l'occasion, pour la Cour européenne, de valider les mesures individuelles et générales prises par la Pologne conformément à l'article 46 de la Convention. La Cour n'a pas abusé de la procédure des arrêts pilotes, loin de là. Si elle a pu y faire référence explicitement ou implicitement⁹⁷, elle ne l'a appliqué à nouveau que dans une seule affaire relative également à une violation systémique par la Pologne de l'article 1 du Protocole n°1. Toutefois, ces affaires ne vont pas rester isolées. C'est en tous les cas ce que l'on peut en conclure à la lecture de l'affaire *Hutten-Czapska*⁹⁸. Alors que dans l'affaire *Broniowski* la violation concernait plusieurs dizaines de milliers de personnes, dans l'affaire *Hutten-Czapska*, la Grande chambre a estimé qu'il ne faut pas nécessairement qu'un nombre donné de requêtes similaires soient pendantes pour qu'une situation soit qualifiée de systémique et justifie l'application de la procédure de l'arrêt pilote⁹⁹. Le critère efficient du déclenchement de la procédure spéciale réside, selon la grande chambre, dans le flux d'affaires « susceptibles d'être portées à l'avenir » devant elle, bien que le but avoué soit celui de prévenir l'encombrement de son rôle par des affaires répétitives.

⁹⁶ Cour EDH, Gr. Ch., 28 septembre 2005, (règlement amiable), *Broniowski c/ Pologne*, CEDH 2005-IX, §§ 34 et 35.

⁹⁷ Voir notamment Cour EDH, 22 décembre 2005, *Xenides-Arestis c/ Turquie*, req. n° 46347/99.

⁹⁸ Cour EDH, Gr. Ch., 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c/ Pologne*, req. n°35014/97 ; P. Ducoulombier, « Quelques considérations autour du rôle de la Cour européenne à propos d'un arrêt pilote », *L'Europe des libertés* 2006, n°22 ; J.-P. Marguénaud, « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit des contrats au moyen des arrêts pilotes » *RTD civ* 2006, p. 719.

⁹⁹ Cour EDH, Gr. Ch., 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c/ Pologne*, *op. cit.*, §236.

L'arrêt d'orientation et l'arrêt pilote apparaissent donc comme des techniques plus coercitives de fermeture du dialogue en faveur de l'application uniforme de l'interprétation européenne de la norme.

Il apparaît donc que la clôture du dialogue des juges est la conséquence d'une meilleure garantie de l'autorité de la chose interprétée par la Cour européenne. Cette dernière se ferait ainsi « de moins en moins juge et de plus en plus législateur »¹⁰⁰. Le dialogue des juges n'est pas pour autant la victime du « gouvernement des juges » européens. Il s'agit plutôt de comprendre, comme le propose J.-P. Marguénaud, que la norme nationale fait l'objet d'une réflexion approfondie « devant » plutôt que « par » la Cour de Strasbourg¹⁰¹. Une garantie salutaire lorsque la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat doivent s'effacer derrière les choix d'un législateur national qui peut se prononcer dans un climat d'urgence ou de passion sans assez d'égard pour les dérives liberticides. Mais il reste un écueil. Que se passerait-il si le juge européen, en exerçant son office, méconnaissait une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France¹⁰² ? Cette réserve énoncée par le Conseil constitutionnel, concernant la primauté du droit communautaire, pourrait bien jouer à l'encontre de l'autorité de la chose interprétée de Strasbourg. Le dialogue des juges semble bénéficier par ce biais d'un nouvel espace qui pourrait bien devenir conséquent selon le contenu que les

¹⁰⁰ J.-P. Marguénaud, « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit des contrats au moyen des arrêts pilotes », *op.cit.*

¹⁰¹ *Ibidem.*

¹⁰² CC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, 2006-543 DC, *Rec.* p. 120, *op.cit.*

juridictions nationales choisiront de donner à cette fameuse « identité ».

INDEX CHRONOLOGIQUE DE LA JURISPRUDENCE**(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)****1° COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME**

Les arrêts surlignés correspondent aux arrêts rendus pas la Cour EDH réunie en Grande Chambre

CEDH, 14 novembre 1960, *Lawless c/ Irlande*, A/1 : 34.

CEDH, 9 février 1967, *Affaire, « relative à certains aspects du régime linguistique d'enseignement en Belgique » c/ Belgique* (exceptions préliminaires), A/5 : 32.

CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire, « relative à certains aspects du régime linguistique d'enseignement en Belgique » c/ Belgique* (fond), GACEDH n° 8, A/6 : 191, 203.

CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, GACEDH n° 7, A/24 : 29, 92, 130, 191.

CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, A/25 : 35, 162.

CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, GACEDH n° 57, A/30 : 32.

CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, GACEDH n° 49, A/30 : 44, 53, 106, 126, 174, 259, 267, 268, 269.

CEDH, 6 novembre 1980, *Guzzardi c/ Italie*, A/39 : 131.

CEDH, 24 février 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, A/ 45 : 165.

CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, GACEDH n° 65, A/52 : 61, 84.

CEDH, 25 mars 1983, *Silver et a. c/ Royaume-Uni*, A/61 : 164.

CEDH, 2 août 1984, *Malone c/ Royaume Uni*, GACEDH n° 39, A/82 : 47.

CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume-Uni*, A/94 : 139, 246.

CEDH, 28 octobre 1987, *Inze c/ Autriche*, A/126 : 269.

CEDH, 21 juin 1988, *Berrehab c/ Pays-Bas*, A/138 : 103, 209.

CEDH, 26 octobre 1988, *Norris c/ Irlande*, A/124 : 165.

CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin c/ France*, GACEDH n°5, A/176-A : 47, 69, 109, 166, 262.

CEDH, 24 avril 1990, *Huvig c/ France*, GACEDH n°5, A/ 176-B : 47, 109, 166, 262.

CEDH, 23 octobre 1990, *Darby c/ Suède*, A/187 : 118, 207.

CEDH, 18 février 1991, *Moustaquim c/ Belgique*, A/193 : 103.

CEDH, 29 novembre 1991, *Pine Valley et a. c/ Irlande*, A/222 : 58.

CEDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c/ Belgique*, A/213-C : 106, 267, 268.

CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France*, A/232-C : 115.

CEDH, 26 mars 1992, *Beldjoudi c/ France*, GACEDH n° 53, A/234-A : 104.

CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, *GACEDH* n°45, A/251-B : 125, 171.

CEDH, 22 avril 1993, *Modinos c/ Chypre*, A/259 : 165, 268.

CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*, A/260-A : 79, 180.

CEDH, 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia et a. c/ Autriche*, A/ 276 : 140.

CEDH, 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c/ Autriche*, A/295-A : 93.

CEDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c/ Espagne*, A/303-C : 172.

CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, A/301-B : 101.

CEDH, 9 février 1995, *Vereniging Weekblad Bluf! c/ Pays-Bas*, A/306-A : 140.

CEDH, 23 février 1995, *Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH c/ Pays-Bas*, A/306-B : 195, 206.

CEDH, 26 avril 1995, *Prager et Oberschlick c/ Autriche*, A/313 : 140

CEDH, 23 mai 1995, *Loizidou c/ Turquie*, (exceptions préliminaires), *GACEDH* n° 1, A/310 : 161, 162, 191.

CEDH, 27 septembre 1995, *McCann et a. c/ Royaume Uni*, *GACEDH* n° 10, A/324 : 63.

CEDH, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. et a. c/ Belgique*, A/ 332 : 59, 176, 196.

CEDH, 21 novembre 1995, *Velosa Barreto c/ Portugal*, A/334 : 143.

CEDH, 27 mars 1996, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, Rec. 1996-II: 64.

CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche*, Rec. 1996-IV : 118

CEDH, 16 septembre 1996, *Matos e Silva c/ Portugal*, Rec. 1996-IV : 86, 215.

CEDH, 23 octobre 1997, *National and Provincial Bulding Society, The Leeds Permanent Bulding Society et the Yorkshire Bulding Society c/ Royaume-Uni*, Rec. 1997-VII : 206.

CEDH, 24 février 1998, *Larissis c/ Grèce*, Rec. 1998-I : 180.

CEDH, 27 mars 1998, *Petrovic c/ Autriche*, Rec. 1998-II : 118.

CEDH, 22 mai 1998, *Vasilescu c/ Roumanie*, Rec. 1998-III : 62.

CEDH, 24 août 1998, *Lambert c/ France*, Rec. 1998-V : 48, 110, 164, 262.

CEDH, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c/ France*, Rec. 1999-I : 65, 115.

CEDH, 18 février 1999, *Larkos c/ Chypre*, Rec. 1999-I : 143.

CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou et a. c/ France*, Rec. 1999-III : 49, 51, 107, 166, 257.

CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c/ France*, GACEDH n°13, Rec. 1999-V : 30.

CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et a. c/ France*, GACEDH n° 28, Rec. 1999-VII : 66, 216, 218.

CEDH, 8 décembre 1999, *Pellegrin c/ France*, Rec. 1999-VIII : 241.

CEDH, 14 décembre 1999, *Antonakopoulos et a. c/ Grèce, req.* n° 37098/97 : 119.

CEDH, 11 janvier 2000, *News Verlags Gmbh c/ Autriche, Rec.* 2000-I : 123, 169, 211.

CEDH, 1^{er} février 2000, *Mazurek c/ France, GACEDH* n°51, *Rec.* 2000-II : 49, 110, 112, 166, 258, 269.

CEDH, 29 février 2000, *Fuentes Bobo c/Espagne, req.* n° 39293/98 : 153.

CEDH, 28 mars 2000, *Dimitrios Georgiadis c/Grèce, req.* n° 41209/98 : 119.

CEDH, 6 avril 2000, *Thlimmenos c/ Grèce, Rec.* 2004-IV : 164.

CEDH, 27 juin 2000, *Sha'are Shalom Ve Tsedek c/ France, Rec.* 2000-VII : 93.

CEDH, 3 octobre 2000, *Camp et Bourimi c/ Pays Bas, Rec.* 2000-X : 269.

CEDH, 3 octobre 2000, *Du Roy et Malaurie c/ France, Rec.* 2000-X : 113, 169, 211.

CEDH, 18 janvier 2001, *Chapman c/ Royaume-Uni, GACEDH* n°46, *Rec.* 2001-I : 144.

CEDH, 10 mai 2001, *Z. et a. c/ Royaume-Uni, Rec.* 2001-V : 30.

CEDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c/ France, Rec.* 2001-VII : 91, 108, 122, 165, 210, 260.

CEDH, 26 février 2002, *Fretté c/ France, Rec.* 2002-I : 121, 242, 270.

CEDH, 16 avril 2002, *SA Dangeville c/ France, Rec.* 2002-III : 196.

CEDH, 7 mai 2002, *Bourdov c/ Russie*, *Rec.* 2002-III : 30.

CEDH, 18 juin 2002, *Oneryildiz c/ Turquie*, *req.* n° 48939/99 : 195.

CEDH, 20 juin 2002, *Azinas c/ Chypre*, *req.* n° 56679/00 : 200.

CEDH, 25 juin 2002, *Colombani et a. c/ France*, *Rec.* 2002-V : 114, 259.

CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, *GACEDH* n° 43, *Rec.* 2002-VI : 36.

CEDH, 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding c/ Ukraine*, *Rec.* 2002-VII : 148, 172.

CEDH, 9 janvier 2003, *S. L. c/ Autriche*, *req.* n° 45303/99 : 165.

CEDH, 24 avril 2003, *Yvon c/ France*, *Rec.* 2003-V : 255.

CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c/ Allemagne*, *Rec.* 2003-VII : 148.

CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c/ Autriche*, *Rec.* 2003-IX : 161, 162.

CEDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c/ France*, *Rec.* 2003-X : 154, 155, 199.

CEDH, 21 octobre 2003, *Broca et Texier-Micault c/ France*, *req.* n° 27928/02 et 3169/02 : 275.

CEDH, 8 avril 2004, *Assanidzé c/ Georgie*, *Rec.* 2004-II : 267.

CEDH, 27 mai 2004, *OGIS-Institut Stanislas, OGEC St. Pie X et Blanche de Castille et a. c/ France*, *req.* n° 42219/98 et 54563/00 : 196.

CEDH, 1^{er} juin 2004, *J.-M. F. c/ France*, *req.* n° 42268/98 : 275.

CEDH, 8 juin 2004, *Lechelle c/ France* *req.* n° 65786/01 : 275.

CEDH, 22 juin 2004, *Broniowski c/ Pologne*, GACEDH n° 72, Rec. 2004-V : 161, 167, 277, 278.

CEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c/ Allemagne*, GACEDH n° 41, Rec. 2004-VI : 124, 170.

CEDH, 29 juin 2004, *Leyla Sahin c/ Turquie*, req. n° 44774/98 : 81, 180, 250.

CEDH, 8 juillet 2004, *Ilascu et autres c/ Moldavie et Russie*, GACEDH n° 68, Rec. 2004-VII : 267.

CEDH, 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c/Andorre*, Rec. 2004-VIII : 149, 269.

CEDH, 28 septembre 2004, *Kopecký c/ Slovaquie*, Rec. 2004-IX : 101, 196.

CEDH, 10 novembre 2004, *Apicella c/ Italie*, req. n° 64890/01 : 275, 276.

CEDH, 16 décembre 2004, *Supreme Holy Council of the Muslim Community c/ Bulgarie*, req. n° 39023/97 : 93.

CEDH, 22 décembre 2004, *Merger et Cros c/ France*, req. 68864/01 : 54, 112, 269.

CEDH, 29 mars 2005, *Mathéron c/ France*, req. 57752/00 : 48.

CEDH, 31 mai 2005, *Vetter c/ France*, req. n° 59842/00 : 262, 263.

CEDH, 16 juin 2005, *Storck c/ Allemagne*, req. n° 61603/00 : 149, 172.

CEDH, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c/ Turquie*, Rec. 2005-I : 266.

CEDH, 26 juillet 2005, *Siliadin c/ France*, *Rec.* 2005-VII : 30, 149, 172.

CEDH, 28 septembre 2005, *Broniowski c/ Pologne*, (règlement amiable), CEDH 2005-IX : 279.

CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c/ France*, *req.* 1513/03 : 60, 102, 177, 189, 197, 198, 218, 229, 271.

CEDH, 6 octobre 2005, *Maurice c/ France*, *Rec.* 2005-IX : 60, 102, 177, 189, 197, 198, 218, 229, 271.

CEDH, 20 octobre 2005, *Ouranio Toxo et a. c/ Grèce*, *req.* n° 74989/01 : 149, 172.

CEDH, 25 octobre 2005, *Okpisz c/ Allemagne*, *req.* n° 59140/00 : 118.

CEDH, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c/ Turquie*, *Rec.* 2005-XI : 81, 94, 181, 250.

CEDH, 20 décembre 2005, *Wisse c/ France*, *req.* n° 71611/01 : 263.

CEDH, 22 décembre 2005, *Xenides-Arestis c/ Turquie*, *req.* n° 46347/99 : 279.

CEDH, 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c/Danemark*, *GACEDH* n° 62, *req.* n° 52562/99 et 52620/99 : 152.

CEDH, 17 janvier 2006, *Aoulmi c/France*, *req.* n°50278/99 : 266.

CEDH, 24 janvier 2006, *Kurtulmus c/ Turquie*, *req.* n° 65500/01 : 81, 181.

CEDH, 14 février 2006, *Lecarpentier et a. c/ France*, *req.* 67847/01 : 59, 68, 102, 145, 177, 197, 218, 271.

CEDH, 29 mars 2006, *Apicella c/ Italie*, req. n° 64890/01 : 275, 276.

CEDH, 29 mars 2006, *Scordino c/ Italie (n°1)*, req. n° 36813/97 : 30, 161.

CEDH, 11 avril 2006, *Cabourdin c/ France*, req. 60796/00 : 68, 149, 178, 218.

CEDH, 12 avril 2006, *Martinie c/ France*, req. n° 58675/00 : 235.

CEDH, 12 avril 2006, *Stec et a. c/ Royaume-Uni*, req. 65731/01 et 65900/01 : 154, 155, 200, 204.

CEDH, 25 avril 2006, *Roux c/ France*, req. n° 16022/02 : 255.

CEDH, 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c/ Pologne*, req. n° 35014/97 : 161, 165, 166, 279.

CEDH, 28 novembre 2006, *Poulain de Saint Père c/ France*, req. n° 38718/02 : 265.

CEDH, 16 janvier 2007, *Eisenchteter c/ France*, req. n°17306/02 : 265.

CEDH, 16 janvier 2007, *Seidel c/ France (n°3)*, req. n° 21764/03 : 265.

CEDH, 25 janvier 2007, *Aon Conseil et Courtage s.a. et a. c/ France*, req. n° 70160/01 : 196.

CEDH, 3 avril 2007, *Copland c/ Royaume-Uni*, req. n° 62617/00 : 153.

CEDH, 5 avril 2007, *Baysayeva c/ Russie*, req. n° 74237/01 : 267.

CEDH, 7 juin 2007, *Dupuis et a. c/ France*, req. n° 1914/02 : 66.

2° DECISIONS SUR L'ARCEVABILITE DE LA REQUETE
RENDUES PAR LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE
L'HOMME

CEDH, déc., 23 novembre 1999, *Section de commune d'Antilly*
c/ France, req. n°45129/98 : 136.

CEDH, déc., 18 janvier 2000, *Ekin* c/France, req. 39288/98 : 165.

CEDH, déc., 15 février 2001, *Dahlab* c/ Suisse, Rec. 2001-V : 81,
180, 181.

CEDH, déc., 27 mars 2003, *Scordino* c/ Italie, Rec. 2003-IV : 275.

CEDH, déc., 24 juin 2004, *Di Sante* c/ Italie, req. n° 56079/00 : 275.

CEDH, déc., 6 juillet 2005, *Stec et a.* c/ Royaume-Uni, req. 65731/01
et 65900/01 : 203.

CEDH, déc., 24 janvier 2006, *Kose et 93 a.* c/ Turquie, req.
n° 26625/02 : 81, 181.

CEDH, déc., 24 janvier 2006, *Kurtulmus* c/ Turquie, req.
n° 65500/01 : 81, 181.

3° COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Comm., 17 décembre 1966, *X.* c/ R.F.A., Rec. déc. 23, p. 1 : 200.

Comm., 12 juillet 1978, *X.* c/ Royaume-Uni, DR 14 : 78, 179.

Comm., 13 juillet 1988, *Sture Stigson* c/ Suède, DR 57 : 119.

Comm., 14 décembre 1988, *Gemeinde Rothenturn c/ Suisse*, DR 59 : 135.

Comm., 7 janvier 1991, *Ayuntamiento de X. c/ Espagne*, req. n° 15090/89 : 135.

Comm., 3 mai 1993, *Karaduman c/ Turquie*, req. n°16278/90 : 78, 179.

Comm., 6 avril 1994, *A. A. c/ Grèce*, req. n° 22219/93 : 200.

Comm., 1 juillet 1997, *Sutherland c/ Royaume-Uni*, req. 25186/94 : 165.

4° JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

a) **Conseil d'Etat**

CE, Ass., 28 mai 1971, « *Ville nouvelle Est* », *Leb.* p. 409 : 229.

CE, Ass., 2 novembre 1973, *SA Librairie François Maspero*, *Leb.* p. 611 : 89, 122.

CE, Ass., 30 janvier 1980, *Ministre de l'Intérieur c/ SA Librairie François Maspero*, *Leb.* p. 53 : 89, 122.

CE, 25 juillet 1980, *Touami Ben Abdeslem*, *Leb.* p. 820 : 103, 210.

CE, 17 avril 1985, *Min. de l'Intérieur c. Scté « Edition des Archers »*, *Leb.* p. 100 : 89.

CE, 6 décembre 1985, *Chrouki*, req. n° 55912 : 103.

- CE, Ass., 20 octobre 1989 *Nicolo*, *Leb.* p. 190 : 155.
- CE, Ass., avis, 27 novembre 1989, *req.* n° 364895 : 78, 179.
- CE, 4 décembre 1989, *Suhubiette*, *RJF* 1990-2, n° 109 : 206.
- CE, 16 mai 1990, *Gonzalez de Gaspard*, *Dr. fisc.* 1990, comm. 2209 : 206.
- CE, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, *Leb.* p. 18 : 104, 122, 210.
- CE, Ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, *Leb.* p. 152 : 104, 122, 210, 228.
- CE, Ass., 19 avril 1991, *Mme Babas*, *Leb.* p. 162 : 104, 122, 210, 228.
- CE, 10 avril 1992, *Aykan*, *RFDA* 1993, p. 541 : 104.
- CE, 10 avril 1992, *Marzini*, *RFDA* 1993, p. 541 : 104.
- CE, 10 avril 1992, *Minin*, *RFDA* 1993, p. 541 : 104.
- CE, 2 novembre 1992, *Kherouaa et a.*, *Leb.* p. 389 : 78, 180.
- CE, 26 novembre 1993, *Nabarrot*, *req.* n° 137700 : 119, 200.
- CE, 14 mars 1994, *Delles Ylmaz*, *Leb.* p. 129 : 79, 180.
- CE sect. 29 juillet 1994, *Département de l'Indre*, *Leb.* p. 363 : 136, 137.
- CE, 30 novembre 1994, *SCI Résidence Dauphine*, *Leb.* p. 515 : 206.
- CE, 16 janvier 1995, *SARL Constructions industrielles*, *Leb.* p. 35 : 221.
- CE, 3 février 1995, *Mme Godard*, *req.* n° 120407 : 61, 107.
- CE, Ass., 17 février 1995, *Meyet et a.*, *Leb.* p. 78 : 140.

- CE, 10 mai 1995, *Montion*, req. n° 112580 : 61, 107.
- CE, 20 mai 1996, *Ali*, *Leb.* p. 189 : 79.
- CE, 20 mai 1996, *Houta*, req. n° 172718 : 79.
- CE, 20 mai 1996, *Mabchour*, req. n° 170398 : 79.
- CE, 20 mai 1996, *Outamghart*, req. n° 172717 : 79.
- CE, 27 novembre 1996, *Delle Khalid*, req. n° 170208 : 79.
- CE, 27 novembre 1996, *Ligue Islamique du Nord*, req. n° 170207 : 79.
- CE, 14 février 1997, *Centre hospitalier de Nice c/ Quarez*, *Leb.* p. 44 : 230.
- CE, 9 juillet 1997, *Association Ekin*, *Leb.* p. 300 : 90, 108, 122, 210.
- CE, 24 novembre 1997, *Ministre de l'Economie et des Finances c/ Société Amibu Inc.*, *D.* 1998, p. 159 : 36.
- CE 3 octobre 1997, *Section de commune d'Antilly*, *Leb.* tables, p. 700 : 136, 137.
- CE, Ass., avis, 5 décembre 1997, *Ministre de l'Éducation c/ OGEC de Saint-Sauveur-le-Vicomte*, *Leb.* p. 464 : 101, 176, 216.
- CE, Ass., 5 décembre 1997, *Mme Lambert*, *Leb.* p. 446 : 216.
- CE, 3 juillet 1998, *Bitouzet*, req. n° 158592 : 37, 84, 214.
- CE, 29 juillet 1998, *Esclatine*, *Leb.* p. 320 : 235.
- CE, 30 décembre 1998, *Ministre de l'Environnement c/ Association de chasse de Haute-Jarrie*, req. 160676 : 61.
- CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, *Leb.* p. 37 : 120, 154, 200.

- CE, 2 juin 1999, *Meyet*, *RFDC* 2000, p. 359 : 140.
- CE, 2 juillet 1999, *Mme Valentin*, *req.* n° 178013 : 87, 215.
- CE, 7 janvier 2000, *Société Lady Jane*, *req.* n° 187042 : 87, 215.
- CE, 23 février 2000, *L'Hermitte*, *Leb.* p. 101 : 241.
- CE, 13 septembre 2000, *Meyet*, *Comm. com. électr.*, février 2001, p. 36 : 140.
- CE, 27 octobre 2000, *Mme Vignon*, *Leb.* 2000, p. 467 : 61, 107.
- CE, 14 mars 2001, *Préfet du Rhône c/ Ben Zid*, *req.* n° 215393 : 82.
- CE, Ass., 11 juill. 2001, *Ministre de la Défense c/ Préaud*, *Leb.* p. 345 : 67, 119, 145, 154, 176, 200.
- CE, 30 octobre 2001, *Mme Tliba*, *req.* n° 238211 : 104.
- CE, 30 novembre 2001, *M. Diop*, *Leb.* p. 605 : 120, 127, 154, 200.
- CE, 6 février 2002, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c/ M. Bab Hamed*, *req.* n° 219383 : 127.
- CE, Ass., avis du 12 avril 2002, *SA Financière Labeyrie*, *AJDA* 2002, p. 210 : 118, 148, 171, 206.
- CE, 5 juin 2002, *Mlle B.*, *req.* n° 230533 : 121, 122, 269.
- CE, 12 juin 2002, *Caisse autonome de retraite des médecins de France*, *JCP G*, 2003, II, 10028 : 101.
- CE, Ass., 28 juin 2002, *Garde des Sceaux c/ Magiera*, *Leb.* p. 248 : 256, 275.
- CE, 12 juillet 2002, *Leniau*, *Leb.* p. 278 : 235.

- CE, 28 octobre 2002, *Veuve Hammoudi Mizouni*, *AJDA* 2003, p. 301 : 120.
- CE, Ass., avis, 6 décembre 2002, *Draon*, *Leb.* p. 423 : 59, 102.
- CE, ord., 30 décembre 2002, *Carminati*, *AJDA* 2003, p. 1065 : 221.
- CE, 29 janvier 2003, *Commune de Champagne-sur-Seine*, *req.* n° 248894 : 137.
- CE, 29 janvier 2003, *Ville d'Annecy*, *req.* n° 247909 : 137.
- CE, 7 février 2003, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I.), *Leb.* p. 30 : 108.
- CE, 19 mars 2003, *Bahri*, *req.* n° 243658 : 120.
- CE, 28 mai 2003, *M. et Mme Ehry*, *req.* n° 242431 : 85, 215.
- CE, 24 novembre 2003, *Le Floch*, *req.* n° 235238 : 271.
- CE, 7 janvier 2004, *Greselle*, *AJDA* 2004, p. 1653 : 119, 154, 200, 212.
- CE, 7 janvier 2004, *Colombani*, *AJDA* 2004, p. 1653 : 119, 154, 200, 201, 212.
- CE, 11 février 2004, *M. Schiocchet*, *req.* n°211510 : 86, 216.
- CE, 24 mars 2004, *Ministre des affaires sociales c/ Mme B.*, *req.* n° 249369 : 139, 174, 245.
- CE, 28 juin 2004, *Bessis*, *req.* n° 251897 : 271.
- CE, 8 octobre 2004, *Union française pour la Cohésion Nationale*, *req.* n° 269077 : 95.

CE, 5 décembre 2004, *Société sud parisienne de construction*, req. n° 236840 : 101.

CE, 29 décembre 2004, *Société d'aménagement des coteaux de Saint-Blaine*, req. n°257804 : 86, 216.

CE, 29 déc. 2004, *D'Amato*, *RDSS* 2005, p. 633 : 120, 154, 200.

CE, Ass., avis, 27 mai 2005, *Provin*, *Leb.* p. 212 : 67, 176.

CE, 27 juin 2005, *Barhi*, *RFDA* 2005, p. 984 : 154, 200.

CE, 27 juillet 2005, *Mme Margain*, req. n° 272443 : 120.

CE, 10 août 2005, *Sarteur*, *RJF* 2005, n° 1305 : 207.

CE, ord., 21 octobre 2005, *Association Aides et autres*, *AJDA* 2006, p. 944 : 221.

CE, ord., 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, *AJDA* 2005, p. 2374 : 221.

CE, ord., 20 décembre 2005, *M. Meyet*, *Leb.* p. 586 : 221.

CE, 25 janvier 2006, *SARL Potchou et autres*, *RFDA* 2006, p. 299 : 276.

CE, 10 février 2006, *Galvaire*, *RFJ* 2006, n° 601 : 207.

CE, 24 février 2006, *Levenez*, req. n° 250704 : 60, 99, 103, 189, 229, 230.

CE, 6 décembre 2006, req. n° 280681 : 68, 178, 219.

CE Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique*, req. n°287110 : 249, 251.

CE Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, req. n°279522 : 221, 252.

CE, 6 avril 2007, *Comité Harkis et Vérité*, req. n° 282390 : 201.

CE, 23 avril 2007, *CATRED et GISTI*, req. n° 283311 : 204.

CE, 25 avril 2007, *M. Couegnat*, req. n° 296661 : 219.

CE, 25 avril 2007, *M. Hébert*, req. n° 296665 : 219, 220.

CE, 25 mai 2007, *Courty*, req. n° 296327 : 265.

b) Cour Administrative d'Appel

CAA Lyon, 29 mai 2002, *Commune d'Annecy*, AJDA 2002, p. 758 : 136.

CAA Nancy, 10 avril 2003, *Sté Le Nid*, req. n° 97NC02711 : 85, 215.

CAA Douai, 28 février 2006, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c. Département de l'Oise*, req. n° 04DA00317 : 137.

CAA Versailles, 13 avril 2006, *Commune d'Achères*, req. n° 03VE0346 : 137.

CAA Douai, 25 octobre 2006, *SA SFIR*, req. n° 05DA01278 : 148.

5° JURISPRUDENCE JUDICIAIREa) **Cour de cassation**

Cass crim., 5 décembre 1978, *D.* 1979, p. 5 : 222.

Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 1982, *Bull. civ. I*, n°214 : 54.

Cass. crim., 10 décembre 1985, *Bull. crim.*, n° 397 : 65.

Cass. crim., 15 mai 1990, *Bacha Baroudé*, *Bull. crim.* n° 193 : 48, 109.

Cass. civ. 1^{ère}, 21 mai 1990, *Bull. civ. I*, n° 117 : 115.

Cass. crim., 6 juin 1990, *Marchiani c/ Canard Enchaîné*, pourvoi n° 89-84785 : 65.

Cass. Ass. plén., 11 décembre 1992, Marc Y., *Bull. A.P.*, n°13 : 116.

Cass. Ass. plén., 11 décembre 1992, René X., *Bull. A.P.*, n° 13 : 116.

Cass. crim., 3 février 1993, *Kemmache*, *Bull. crim.*, n° 57 : 36.

Cass., crim, 27 septembre 1993, *Lambert*, pourvoi n° 93-83141 : 69.

Cass. civ 1^{ère}, 16 mars 1994, *Bull. civ I*, n° 100 : 52.

Cass. crim., 4 mai 1994, *Saïdi*, *Bull. crim.*, n° 166 : 36.

Cass. civ 1^{ère}, 20 juillet 1994, *Bull. civ. I*, n° 262 : 52.

Cass. crim., 3 avril 1995, *Fressoz et Roire*, *Bull. crim.* n° 142 : 65.

Cass. crim., 16 janvier 1996, *Bull. crim.*, n° 22 : 63.

Cass. civ. 3^{ème}, 6 mars 1996, *Office public d'habitation de la ville de Paris c/ Mel Yedei*, pourvoi n° 93-11113 : 142, 147.

Cass. crim., 19 mars 1996, *Du Roy et Malaurie*, pourvoi n° 94-83918 : 112.

Cass. crim., 30 avril 1996, *Bull. crim.* n°178 : 63.

Cass. crim., 14 mai 1996, *Du Roy*, *Bull. crim.*, n° 204 : 141.

Cass. civ. 1^{ère}, 5 novembre 1996, *D.* 1997, Jur. p. 403 : 123, 169, 211.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1996, *Mazurek*, *Bull. civ. I*, n° 268 : 50, 58.

Cass. soc. 12 janvier 1999, *Spileers c/ SARL Omni Pac*, *D.* 1999, 645 : 143, 147, 151, 171, 246.

Cass. soc., 14 janvier 1999, *Bozkurt c/ CPAM de Saint Etienne*, *JCP G* 1999, II, 10082 : 119, 154, 199, 205, 222.

Cass. crim., 22 juin 1999, *D.* 1999, IR, p. 193 : 114.

Cass. crim., 6 octobre 1999, *Bull. crim.*, n°68 : 70.

Cass. crim., 5 janvier 2000, *Bull. crim.* n°3 : 63, 125.

Cass. crim., 16 mai 2000, *Bull. crim.* n°190 : 70.

Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, *D.* 2001, p. 1571 : 123, 169, 211.

Cass. crim., 14 juin 2000, *J.-M. Colombani et autres*, *Bull. crim.* n° 223 : 112.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 2000, *Epoux Lecarpentier*, *Bull. civ. I*, n° 191 : 53, 59, 102, 197, 271.

Cass. civ. 2^{ème}, 28 septembre 2000, *D.* 2000, IR, p. 293 : 114, 271.

Cass. Ass. plén., 17 novembre 2000, *Bull. A. P.*, n°9 : 229.

Cass. crim., 5 décembre 2000, *Sté Agence A et a.*, *Bull. crim.* 2000, n° 362 : 125.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 décembre 2000, (2 arrêts), *Légipresse* 2001, n° 179, III, p. 30 : 123, 169, 211.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 décembre 2000, *Société Cogedipresse c/ Mme Erignac*, *Bull. civ.* I, n° 341 : 123, 169, 211.

Cass. crim., 16 janvier 2001, *X. Gouyou-Beauchamps et a.*, *Bull. crim.*, n° 10 : 113.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2001, *Sté Hachette Filipacchi c/ G. Bruno*, *Bull. civ.* I, n° 42 et 43 : 123, 170, 211.

Cass. crim., 28 février 2001, *F. Djebeniani*, *Bull. crim.*, n° 55 : 212.

Cass. crim., 13 mars 2001, *H. Abdelhamid*, *Bull. crim.*, n° 63 : 213.

Cass. com., 27 mars 2001, *Phillips Electronique*, *D.* 2001, p. 1537 : 113, 165, 222.

Cass. soc., 24 avril 2001, *Association Etre enfant au Chesnay c/ Terki*, *Bull. soc.*, n° 130 : 149.

Cass. crim., 19 juin 2001, *Dupuis, Pontaut et Sté Artheme Fayard*, *Bull. crim.* n° 149 : 65.

Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2001, *SNC Prisma Presse et a. c/ S.*, *Bull. civ.* I, n° 222 : 123, 170.

Cass. soc. 2 octobre 2001, *Nikon France*, *D.* 2001, J, 3148 : 151, 171, 247.

Cass. crim., 4 septembre 2001, *Amaury*, *JCP G* 2001, II, 10623 : 141.

Cass. crim., 13 novembre 2001, pourvoi n° 00-83382 : 65.

Cass. civ. 1^{ère}, 29 janvier 2002, *Rolland c/ Fourtier*, *Bull. civ. I*, n° 32 : 54, 56, 111.

Cass. crim., 11 juin 2002, *Bull. crim.* n° 132 : 66, 115.

Cass. crim., 15 janvier 2003, *Bull. crim.* n° 10 : 70.

Cass. crim., 11 février 2003, *D.* 2004, IR, p. 807 : 115.

Cass. Crim., 18 février 2003, *Bull. crim.* n° 41 : 64, 125.

Cass. Ass. plén., 23 janvier 2004, *SCI Le Noyer c/ Société Castorama*, *Bull. A.P.*, n° 2 : 149, 216, 219.

Cass. soc., 17 mai 2005, *Klajer*, req. n° 03-40017 : 152.

Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, *Bull. civ. I*, n° 256 : 57, 126.

Cass. crim., 14 juin 2005, *Bull. crim.* n° 177 : 125.

Cass. crim., 7 décembre 2005, pourvoi n° 05-85876 : 70.

Cass. civ. 1^{ère}, 24 janvier 2006, *CPAM de Loir-et-Cher c/ Sté Le Sou médical et a.*, *Bull. civ. I*, n° 30 : 60, 103, 198, 229.

Cass. civ. 1^{ère}, 24 janvier 2006, *Fondation Bagatelle et a. c/ SHAM et a.*, *Bull. civ. I*, n° 31 : 60, 103, 198, 229.

Cass. civ. 1^{ère}, 24 janvier 2006, *Franck X et autres c/ Pol Z et a.*, *Bull. civ. I*, n° 29 : 60, 103, 198, 229.

Cass. civ. 1^{ère}, 14 février 2006, *D.* 2006, p. 1029 : 58, 127.

Cass. civ. 3^{ème}, 22 mars 2006, *Zéline*, *LPA* 2006, n° 148, p. 19 : 144.

Cass. soc., 28 mars 2006, *Bull. soc. V*, n° 128 : 219, 220.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 2006, pourvoi n° 04-19341 et 05-16841 : 127.

Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2006, pourvoi n° 05-13737 : 127.

Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *Bull. I*, n° 297 : 55.

Cass. civ., 2^{ème}, 21 décembre 2006, req. n° 04-30586 : 204.

b) Cour d'appel

CA Versailles, 24^e ch., 9 septembre 2004, *Hachette Filipacchi Associés (Sté.)*, *D.*, 2005, p. 2849 : 114.

c) Tribunal de Grande Instance

TGI Montpellier, 2 mai 2000, *Mme Thiery ép. Newby*, *Dr. fam.* 2000, comm. n° 99 : 44, 111.

TGI Brive, 30 juin 2000, *RTD civ.*, 2000, p. 815 : 44, 126.

TGI Paris, 17^{ème} ch., 25 avril 2001, *Deby et Bongo c/ Verschave, Beccaria et les éd. Les Arènes*, *Légipresse*, n° 182 : 112, 114, 259.

6° CONSEIL CONSTITUTIONNEL

CC, 27 décembre 1973, *Taxation d'office*, 73-51 DC, *Rec.* p. 25 : 207.

CC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, 74-54 DC, *Rec.* p. 19 : 24.

CC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, 89-260 DC, *Rec.* p. 71 : 24.

CC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, 89-269 DC, *Rec.* p. 33 : 205.

CC, 18 décembre 1997, *Loi de financement de la Sécurité sociale*, 97-392 DC, *Rec.* p. 320 : 203.

CC, 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, 99-422 DC, *Rec.* p. 143 : 24.

CC, 20 juillet 2000, 2000-434 DC, *Loi relative à la chasse*, *Rec.* p. 107 : 258.

CC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 2004-505 DC, *Rec.* p. 173 : 24, 94, 250.

CC, 29 décembre 2005, *Loi de finances pour 2006*, 2005-530 DC, *Rec.* p. 168 : 207.

CC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, 2006-543 DC, *Rec.* p. 120 : 251, 280.

**LES SOURCES INTERNATIONALES
DANS LA JURISPRUDENCE DE LA
COUR EUROPEENNE DES DROITS DE
L'HOMME**

AVANT PROPOS INTRODUCTIF¹

Dans la première chronique à l'Annuaire français de droit international consacrée, depuis 1999, aux rapports entre Cour européenne des droits de l'homme et droit international général, le Professeur Gérard Cohen-Jonhatan rappelait opportunément que « le droit européen des droits de l'homme fait partie intégrante du droit international » et soulignait « l'interaction entre les divers instruments de protection des droits de l'homme »². Le postulat selon lequel « très librement (la Cour européenne) se sépare des autres règles du droit international ou ... s'en inspire plus ou moins étroitement »³ a servi de point de départ à une réflexion conduite au sein de l'IDEDH, réflexion inaboutie tant la jurisprudence de la Cour européenne est aujourd'hui foisonnante et évolutive. Réflexion discutable aussi (au sens de pouvant susciter la discussion, voire la critique), chacun ayant développé dans le thème choisi une conception personnelle de l'utilisation par la Cour européenne des diverses sources extérieures à la Convention et empruntées au droit international général, de son instrumentalisation, son assujettissement ou encore de la soumission à ces règles ou principes.

Que le système de la Convention européenne des droits de l'homme soit « partie intégrante » du droit international tient de l'évidence (I), mais si cela va sans dire, cela va encore mieux en le

¹ Par Gerard GONZALEZ, Professeur, Université Montpellier I (IDEDH).

² AFDI 1999, p. 765. Jean-François FLAUSS s'est joint à Gérard COHEN-JONATHAN à partir de la livraison de l'année 2001.

³ Ibid.

disant tant il est habituel d'insister plus volontiers sur la spécificité de la Convention et son caractère unique. Mais, indéniablement, les caractéristiques propres au système de la Convention autorisent la Cour à prendre quelques libertés avec les autres règles du droit international (II).

§ I. Un système de droit international.

Le système de la Convention **est** un système de droit international tout simplement parce qu'il est fondé sur un traité international. Si l'effectivité du système de la Convention est unique en ce qu'il repose sur l'accessibilité des personnes physiques ou morales à la Cour chargée de veiller à son application, il n'en demeure pas moins que cette juridiction est une Cour internationale supranationale qui emprunte certaines de ses caractéristiques aux juridictions internationales les plus classiques. Ainsi, par exemple, est-elle composée « d'un nombre de juges égal à celui des Hautes Parties contractantes » (article 20) et aussi « le juge élu au titre d'un Etat Partie au litige est membre de droit de la Chambre et de la Grande Chambre », son absence étant palliée par un juge ad hoc désigné par cet Etat partie (article 27-2). S'inscrit aussi dans cette logique la possibilité offerte à tout juge de joindre à l'arrêt « l'exposé de son opinion séparée » (article 45).

Il s'agit bien là de caractéristiques propres aux juridictions internationales, même si, s'agissant notamment de l'adjonction d'opinions séparées, elles n'en ont pas l'exclusive. Carlo Santulli souligne que « le droit du procès international garantit un droit des parties à 'l'équilibre des nationalités', même si elles ne sont pas

toujours tenues d'en utiliser » et « l'institution du juge ad hoc garantit l'équilibre »⁴. Toutefois, cette caractéristique fait un peu désordre dans le cadre d'une juridiction connaissant d'un contentieux relatif aux droits de l'homme et impliquant des individus. Carlo Santulli la juge « empreinte d'un 'interétatisme' un peu archaïque »⁵. Quant aux opinions séparées, « une tradition désormais ancienne permet aux membres des juridictions internationales »⁶ de les adjoindre à la décision finalement adoptée. Cette prégnance du droit international sur certaines modalités de fonctionnement de la Cour européenne est évidente, d'autant plus que, en la matière, elle semble effectivement inadaptée à cause de sa trop évidente connotation interétatique dans le premier cas et qu'elle peut affecter l'autorité de l'arrêt dans le deuxième.

Fort heureusement, ces critiques sont largement compensées par le caractère très atypique, au regard du droit international, du système de la Convention européenne, tout entier arc-bouté sur le travail prétorien de la Cour de Strasbourg directement accessible aux requérants individuels. Certes le droit de recours individuel est-il assorti de conditions propres à un contrôle supranational marqué du sceau de la subsidiarité. Celui-ci est identifiable dans les conditions de recevabilité, qu'il s'agisse du principe de l'épuisement des voies de recours internes « tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus » ou encore de l'exception de litispendance devant « une autre instance internationale d'enquête ou de règlement » (article 35 de la Convention) ; il est aussi vrai que

⁴ *Droit du contentieux international*, Domat Montchrestien, 2005 p. 450.

⁵ *Ibid.*, p. 451.

⁶ *Ibid.* p. 459.

l'autorité des arrêts est circonscrite en principe aux « Hautes Parties contractantes ... dans les litiges auxquelles elles sont parties » (art. 46) ; mais cela n'enlève rien au caractère unique du système de garantie de la Convention et au rôle de la Cour européenne qui a su imposer le dynamisme de son interprétation⁷. Le texte lui-même de la Convention fournit à la Cour les moyens de remplir son office de la façon la plus autonome qui soit en limitant strictement la portée des réserves susceptibles d'être formulées par les Etats (art. 57 de la Convention) avec une efficacité dont la Turquie a pu mesurer la portée⁸.

§ II. Une relative liberté par rapport aux autres règles du droit international

La spécificité de l'objet et du but de la Convention, digne héritière de la Déclaration universelle des Droits de l'homme visée par deux fois dans le préambule, toute entière tendue vers « la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales », autorise la Cour européenne à se référer au droit international sans être toujours bridé par lui, soit que les règles invoquées soient elles-même suffisamment vagues ou souples pour autoriser cette liberté, soit que le droit international constitue une invite à faire progresser la garantie accordée. La Cour sait aujourd'hui jouer de façon élégante avec ces sources externes dont elle alimente son interprétation évolutive.

⁷ Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, LGDJ 1998.

⁸ CEDH, *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, F. SUDRE, J-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE et M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme (GACEDH)*, n° 1.

Parfois, cependant, elle ne peut faire mieux que constater son impuissance à dépasser un blocage inhérent à la léthargie du droit international général.

L'autorité de la chose interprétée reconnue à ses arrêts se nourrit du respect des principes d'interprétation contenus dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, notamment ses articles 31 à 33 sur lesquels elle s'appuie régulièrement notamment lorsqu'il s'agit d'étendre ou de préciser une garantie qui ne ressort pas expressément de l'interprétation littérale du texte de la Convention⁹. La référence au droit international consolide également les prises de positions de la Cour sur des questions nouvelles, venant en substitution ou en renfort du consensus insuffisant qui peut être identifié entre les Hautes-Parties contractantes. Les raisons de l'invocation d'un droit extérieur au système de la Convention sont multiples. Il peut s'agir de déterminer le contexte ou le consensus international dans un domaine sensible, soit parce qu'il est en constante évolution, soit parce qu'il interdit à la Cour de dépasser certaines limites. Le cas de la portée des mesures provisoires¹⁰ illustre la première situation, celui des immunités¹¹ ou encore de la notion de « juridiction » des Etats membres au sens de l'article 1^{er} de la Convention¹², la seconde. Il peut aussi s'agir de rassembler des

⁹ CEDH, *Golder c. R-U*, 21 février 1975, § 28-36, GACEDH n° 26.

¹⁰ CEDH, [G. Ch], 04/02/2005, *Mamatkulov et Askarov c./ Turquie* ; cf infra chapitre 1.

¹¹ Cf infra chapitre 3.

¹² Outre la jurisprudence *Bankovic* analysé infra chapitre 2, section 1, la décision *Behrami et Behrami c. France* (décision du 2 mai 2007, Gde ch.) opère, nous semble-t-il une sorte de fusion entre les deux obstacles, territorialité et immunités, sans le dire expressément (voir cependant § 46). Selon la Cour en effet « les opérations mises en

données factuelles ou juridiques sur une situation donnée dont se sont préoccupés d'autres organismes internationaux¹³. S'agissant des autres sources de droit international, il est logique que la Cour privilégie la production normative ou de *soft law* du Conseil de l'Europe, la fabrication « maison » en quelque sorte. Elle le fait régulièrement dans tous les domaines comme par exemple, tout récemment, sur une question relative à l'instruction religieuse dans les écoles¹⁴ ou encore pour valider son souci de garantir certains droits sociaux en s'appuyant sur la Charte sociale.

Le champ d'étude est donc vaste et il a fallu le circonscire. Le droit de l'Union européenne a été volontairement écarté car sa relation avec le droit de la Convention soulève des problèmes spécifiques. L'idée d'un recensement exhaustif des sources invoquées

œuvre par les résolutions du Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte de l'ONU sont fondamentales pour la mission de l'ONU consistant à préserver la paix et la sécurité internationales, et s'appuient, pour être effectives, sur les contributions des Etats membres. Par conséquent, la Convention ne saurait s'interpréter de manière à faire relever du contrôle de la Cour les actions et omissions des Parties contractantes couvertes par des résolutions du Conseil de sécurité et commises avant ou pendant de telles missions. Cela s'analyserait en une ingérence dans l'accomplissement d'une mission essentielle de l'ONU dans ce domaine, voire, comme l'ont dit certaines des parties, dans la conduite efficace de pareilles opérations » (§ 149). Elle juge aussi que « il existe une différence fondamentale entre la nature de l'organisation internationale et de la coopération internationale dont il était question dans l'affaire *Bosphorus* et celle en cause en l'espèce (l'ONU). Ainsi que la Cour l'a relevé ci-dessus, la MINUK est un organe subsidiaire de l'ONU instauré en vertu du chapitre VII de la Charte, et les pouvoirs que la KFOR a exercés en l'occurrence lui avaient été valablement délégués par le Conseil de sécurité en application de ce même chapitre VII. Leurs actions sont donc directement imputables à l'ONU en tant qu'organisation à vocation universelle remplissant un objectif impératif de sécurité collective » (§ 151).

¹³ Par exemple CEDH, *Müslim c. Turquie*, 26 avril 2005, § 48-50 ; CEDH, *Issaïeva, Youssoupova et Bazaïeva c. Russie*, 24 février 2005, § 46-50.

¹⁴ CEDH, *Zengin c. Turquie*, 9 octobre 2007 : sont visés les recommandations 1396 (1999) et 1720 (2005) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et les rapports de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance.

a aussi été abandonnée compte tenu de l'ampleur de la tâche et de son côté rébarbatif. Trois situations ont donc été envisagées qui illustrent les diverses façons d'agir de la Cour européenne lorsqu'elle se réfère au droit international. Les contributeurs ont procédé à une analyse du travail interprétatif de la Cour en retenant des options qui prêtent à discussion, voire à contestation. Par exemple, certains pourront ne pas être d'accord avec Laure Milano qui regrette la frilosité de la Cour confrontée aux immunités des Etats ou des organisations internationales, ou encore d'autres (*a priori* pas les mêmes !) s'interroger sur les conclusions de Mustapha Afrouk qui, nous livrant une analyse serrée de la jurisprudence *Bankovic*, présente cette décision à l'origine d'une conception restrictive de l'application territoriale de la Convention comme une chance pour une meilleure garantie des droits conventionnels. Au moins la discussion est-elle ouverte ! Natacha Bach et Katia Lucas présentent pour leur part une lecture dynamique et, également, optimiste, de la politique jurisprudentielle de la Cour européenne autour, notamment, de l'instrumentalisation du droit international en faveur de revirements plus souvent masqués qu'affichés. Leïla Abdouloussen et Sophie Téna ont choisi le droit de l'environnement et le droit syndical pour illustrer la démarche volontariste de la Cour qui s'est livrée à une consécration prétorienne qui rehausse la Convention au niveau d'autres textes internationaux plus spécifiques et plus explicites.

Ces réflexions sont donc regroupées sous trois thèmes ainsi énoncés :

- **Chapitre 1.** L'utilisation du droit international au service de la politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme.
- **Chapitre 2.** L'utilisation du droit international au service de la protection des droits fondamentaux européens.
- **Chapitre 3.** L'alignement du juge européen sur le droit international au détriment de la protection des droits fondamentaux européens.

Chapitre 1.

L'utilisation du droit international au service de la politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme.

La « contribution de la Cour (et jadis de la Commission) au droit international des droits de l'homme est comparable à un vivier dans lequel sont amenés à puiser la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies (...) »

¹. Or, si « les emprunts normatifs au droit de Strasbourg pratiqués par les différentes instances sont certes d'ampleur variable (...) [et] répondent bien souvent à des considérations d'opportunité »², la réciproque se vérifie tout autant pour la Cour européenne.

Deux cas de figures diamétralement opposés, en termes de politique jurisprudentielle, permettent d'en prendre la mesure. Que ce soit dans le dessein de conforter un *standstill* jurisprudentiel ou un revirement de jurisprudence, la prise en considération de sources du droit international par la juridiction strasbourgeoise est assurément guidée par des considérations d'opportunité. S'il est acquis pour ce « ministre du sens »³ d'un instrument vivant que « la Convention doit (...) s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de

¹ Extrait du résumé de présentation de l'ouvrage collectif, G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, pp. 276.

² *Ibid.*

³ F. RIGAUX, « La loi des juges », Éd. O. Jacob, 1997, pp. 319, spéc. pp. 233 et suiv.

droit international dont elle fait partie intégrante »⁴, sa référence à certains textes protecteurs, voire à la position d'organes de contrôle supranationaux sur le terrain de droits fondamentaux, ne se prête en effet à aucune systématicité. La prise en compte de telles sources atteste davantage d'une instrumentalisation du droit international par la Cour au service d'une position conservatrice ou « novatrice »⁵. Or, si cette instrumentalisation revêt par ailleurs un caractère aléatoire dans le premier cas (Section 1) et discrétionnaire dans le second (Section 2), *in fine*, elle ne malmène pas nécessairement la protection des droits fondamentaux au niveau européen. À la lumière des affaires abordées *infra*, le lecteur discernera sans peine que l'absence de prise en considération explicite de sources du droit international comme le choix d'une prise en compte sélective, ne dessert pas *ipso facto* la protection de ces droits. Leur garantie peut en sortir renforcée⁶.

⁴ Cour EDH [G. Ch], 21/11/2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, req. n° 35763/97, § 55 ; Chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2002.I.105, n° 8.

⁵ Le terme « novateur » est circonscrit à l'hypothèse d'une position jurisprudentielle « nouvelle » comparativement à celle privilégiée par cette même instance juridictionnelle en un temps historiquement antérieur à l'occasion d'un litige soulevant un problème de droit analogue.

⁶ Sur l'utilisation du droit international au service de l'efficacité et de l'effectivité de la protection des droits fondamentaux européens, cf. les contributions du Chapitre 2, respectivement celle de M. AFROUK, S. TENA et de L. ABDOULOUSSEN. En revanche s'agissant de la matière des immunités, l'utilisation du droit international par le juge européen s'opère au détriment de la protection des droits fondamentaux, voir la contribution de L. MILANO, Chapitre 3.

Section 1. Le caractère aléatoire de l'instrumentalisation au service d'une position conservatrice⁷.

La Cour européenne des droits de l'homme, à l'instar d'autres juridictions suprêmes (nationales ou internationales), se réfère au droit international. Cette référence peut porter sur des textes (conventions, traités...), sur la coutume internationale, la *soft law*, ou sur la jurisprudence délivrée par des instances juridictionnelles internationales générales ou régionales⁸. Au préalable, il est important de remarquer que la Cour européenne des droits de l'homme a tendance à privilégier les références aux textes émanant du Conseil de l'Europe au détriment d'autres textes internationaux. Cette pratique n'est pas surprenante dans la mesure où cette instance juridictionnelle intègre ce système de protection. Néanmoins, le juge européen fait appel à d'autres références internationales. « *La prise en considération des sources internationales n'est [d'ailleurs] pas circonscrite aux seules normes relatives stricto sensu aux droits de l'homme. En effet, selon la formule rituelle employée par la Cour, la convention doit aussi, dans la mesure du possible être interprétée conformément aux autres règles du droit international* »⁹. Dans la très grande majorité des arrêts, le juge européen fait appel au droit international pour développer de manière dynamique sa jurisprudence¹⁰, mais il est des cas où, à l'inverse, il l'instrumentalise pour justifier le maintien ou

⁷ Par Natacha BACH, Docteur en droit public, Université Montpellier I (IDEDH).

⁸ La Cour de Strasbourg peut citer des décisions prises par la CIJ, les Tribunaux internationaux... mais aussi par la Cour interaméricaine des droits de l'homme ou par la CJCE.

⁹ G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *AFDI*, 2005, pp. 675-698, spéc. p. 676.

¹⁰ Sur ce point se reporter au Chapitre 2 de la présente contribution.

l'adoption d'une position conservatrice. Cette instrumentalisation reflète des « occasions manquées » d'aller plus loin que la juridiction strasbourgeoise n'aurait pas voulu saisir. Afin de prendre toute la mesure de cette instrumentalisation du droit international par la Cour européenne des droits de l'homme au service d'une telle position, il paraît opportun de différencier la modulation¹¹ (§1) d'une telle instrumentalisation de sa temporalité¹² (§2).

§ 1. La modulation de l'instrumentalisation.

Le juge européen peut choisir de se référer limitativement à certains textes internationaux ou à certaines jurisprudences abondant dans le sens qu'il souhaite privilégier. À cette fin, il fait totalement abstraction d'autres références possibles, plus récentes ou plus progressistes, qui lui auraient permis une interprétation dynamique de la Convention¹³ de sauvegarde ou tout simplement un alignement sur

¹¹ Selon le Dictionnaire de l'Académie française, neuvième édition, la modulation peut se définir comme « l'action de faire varier ou le fait de varier, en fonction des besoins, des circonstances », accessible via l'Internet à l'adresse suivante : <http://www.academie-francaise.fr/dictionnaire/>.

¹² Selon le dictionnaire Larousse, la temporalité est le « caractère de ce qui se déroule dans le temps ». Pour plus de renseignements, le lecteur est invité à consulter notamment F. OST, « Temporalité juridique », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, (dir.) A.-J. Arnaud et al., LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, pp.607-609 ; F. OST & M. VAN DE KERCHOVE, « Pluralisme temporel et changement. Les enjeux du droit », in *Hommage à F. RIGAUX, Nouveaux itinéraires en droit.*, Buylant, 1993, pp. 387-411 ; F. Ost, *Le temps du droit*, Ed. O. Jacob, 1999, pp. 384.

¹³ Notamment en matière de compétence *ratione temporis*, voir sur ce point la mise à l'écart de certains textes ou principes généraux du droit international *in*, notamment, [D.R] Cour EDH, 03/06/2004, Calheiros Lopes et autres c./ Portugal, req. n° 69338/01 ; Également, Cour EDH [G. Ch], 12/07/2001, Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c./ Allemagne, *Rec.* 2001-VIII.

d'autres juridictions (B). Ces occasions volontairement « manquées » peuvent également se manifester par une instrumentalisation négative ou réfrénée (A) du droit international c'est-à-dire par la non-référence à ce dernier malgré de larges possibilités dont dispose la Cour européenne. En effet, parfois le juge européen reste sur des positions conservatrices révélatrices d'un *standstill* jurisprudentiel, alors même qu'il aurait pu faire évoluer sa jurisprudence en s'appuyant et en se justifiant par l'invocation d'une progression du droit international.

A. L'instrumentalisation réfrénée pour masquer un immobilisme.

La Cour européenne des droits de l'homme a maintes fois écarté l'appel à certains textes internationaux qui avaient été invoqués par les requérants et qu'elle aurait pu retenir au soutien de son syllogisme. En effet, « *l'attitude d'ouverture adoptée par principe à l'égard du droit international comporte cependant un angle mort important : il s'agit en l'occurrence du droit international humanitaire* »¹⁴ Certains juges à la Cour ont pu regretter que cette dernière ne franchisse pas un pas décisif en la matière. L'affaire *Streletz, Kessler et Krenz c./ Allemagne*¹⁵ en constitue un exemple représentatif.

Appelée à se prononcer au regard de l'article 7 de la Convention, sur les condamnations prononcées après la réunification des juridictions allemandes à l'encontre des requérants pour des

¹⁴ G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *op. cit.* précité note n° 9.

¹⁵ Cour EDH [G. Ch.], 22/03/2001, *Streletz, Kessler et Krenz c./ Allemagne*, *Rec.* 2001-II ; Note P. TAVERNIER, *RTDH*, 2001, p. 1109.

crimes qu'ils avaient commis en leur qualité de dirigeants de la RDA, la Cour affirme, au paragraphe 106 de son arrêt, que « *le comportement [de ces derniers] pourrait être considéré, toujours dans le cadre de l'article 7 § 1 de la Convention, sous l'angle d'autres règles du droit international, notamment celles relatives aux crimes contre l'humanité. La conclusion à laquelle la Cour a abouti (paragraphe 105 ci-dessus) rend toutefois superflu un tel examen.* ». La juridiction strasbourgeoise renonce donc à examiner ce point, négligeant par-là même la démonstration du lien étroit qui existe entre les droits de l'homme et le droit humanitaire¹⁶. Le juge Loucaides observe en effet « *que le comportement pour lequel les requérants ont été condamnés (voir le texte de l'arrêt) s'analysait, du point de vue du droit international, en un « crime contre l'humanité », notion qui, à l'époque des faits, formait déjà partie intégrante des principes généraux du droit international coutumier* ». Pourquoi la Cour ne poursuit-elle pas son raisonnement jusqu'au bout ? Pourquoi annonce-t-elle cette possibilité pour, immédiatement, affirmer qu'elle était « superflu » ? Selon le juge Levits, « *l'arrêt laisse également la porte ouverte à un examen de comportements tels ceux qu'ont eus les requérants au regard de la notion d'infraction d'après le droit international (paragraphe 106 de l'arrêt)* »¹⁷. Soulignant « *l'évolution récente du droit international en ce qui concerne le renforcement de la protection des droits de l'homme, y compris les normes relatives aux crimes contre l'humanité* »¹⁸, ce juge estime que « *Nonobstant le*

¹⁶ Le lecteur est invité, pour plus de détails sur cette analyse, à consulter, G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *op.cit.* note n° 9.

¹⁷ Point 6 de son opinion séparée jointe à l'arrêt Cour EDH [G. Ch.], 22/03/2001, *Streletz, Kessler et Krenz c./ Allemagne, Rec. 2001-II.*

¹⁸ *Ibid.*, point 17.

fait que beaucoup de problèmes juridiques dans ce domaine ne sont pas encore entièrement résolus, le sens de l'évolution est évident »¹⁹.

Ce faisant, même si cet arrêt constitue dans sa globalité une interprétation dynamique de la Convention, il n'en constitue pas moins une instrumentalisation réfrénée du droit international sur l'aspect spécifique de la référence faite aux crimes contre l'humanité. La Cour ne justifie pas réellement la neutralisation de cet aspect alors même qu'il aurait pu justifier son raisonnement général pourtant dynamique. En effet, la juridiction européenne aurait pu, en allant jusqu'au bout de son syllogisme, révéler l'indéniable cohésion entre le droit européen et le droit international sur cette question.

D'autres « angles morts » peuvent être relevés concernant l'attitude d'ouverture de la Cour à l'égard du droit international. Il s'agit notamment de ceux relatifs au droit international de l'environnement, au droit à l'instruction²⁰ ainsi qu'à la notion de « biens ». Certes, il n'est pas surprenant que les premières requêtes introduites devant la Commission qui intéressaient la matière environnementale²¹ aient été rejetées car la consécration d'un droit à un environnement sain est absent de la lettre de la Convention et de

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Se référer notamment à l'arrêt, Cour EDH, 14/05/2002, Gentilhomme, Schaff-Benhadj et Zerouki c./ France, req. n°48205/99, 48207/99 et 48209/99, dans lequel le Cour refuse purement et simplement d'examiner « *la régularité de cette décision au regard du droit international public* » alors même que cette analyse aurait pu aboutir à un constat de violation des articles 2 du Protocole n° 1 ainsi que des articles 8 et 14 de la Convention.

²¹ (D.R) Commission EDH, 05/08/1969, Dr S. c/ République fédérale d'Allemagne, req. n° 715/60 ; Egalement, (D.R) Commission EDH, 13/05/1976, X et Y c/ République fédérale d'Allemagne, req. n° 7407/76, in *Décisions et rapports* (« DR ») n° 5, p. 161.

ses protocoles additionnels²². S'il y a eu, au début des années 1970, une proposition d'adjonction d'un protocole reconnaissant un tel droit, elle ne fut pas suivie d'effet. Ainsi que le souligne le Professeur J.-P. Marguénaud, « *il n'y a donc, aucune disposition conventionnelle visant directement à relier la protection de l'environnement à la philosophie et à la technique individualiste des droits de l'homme, au sens européen du terme* »²³. Dès le début des années 1980, la Commission ainsi que la Cour ont cependant accepté d'analyser certaines atteintes environnementales comme une ingérence dans les droits et libertés individuels garantis par la Convention et déclarer recevables des requêtes individuelles alléguant de dégradations de l'environnement²⁴. Or, malgré la multiplication des sources internationales portant sur la matière environnementale (certes, en grande partie non contraignante), la Cour européenne a longtemps « peiné » à s'y référer expressément. Ainsi, dans l'affaire *Hatton et autres c./ Royaume-Uni*²⁵, soulevant une question juridique en prise avec ce domaine sur le terrain de l'article 8²⁶, « *les requérants soutiennent (...) que le bruit auquel ils sont exposés pendant la nuit*

²² Là encore, eu égard à la date de signature de la Convention, cette « non-mention » n'est pas surprenante car de telles préoccupations ne sont apparues sur un plan international que dans les années 1970 avec notamment la Conférence des Nations Unies sur l'environnement de 1972.

²³ J.-P. MARGUENAUD, « De l'identité à l'épanouissement : l'environnement sain », in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la CESDH*, (dir.) F. SUDRE, Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2004 organisé par l'IDEDH Faculté de droit – Université de Montpellier I, Nemesis Bruylant, 2005, pp. 217-230, spéc. p. 217.

²⁴ Sur cette thématique, se reporter au Chapitre 2 Section 2 de la présente contribution.

²⁵ Cour EDH [G. Ch], 08/07/2003, *Hatton et autres c./ Royaume-Uni*, *Rec.* 2003-VIII ; Obs. C. PICHERAL, *RDJ*, 2004, p. 832 ; Obs. J.-P. MARGUENAUD, *RTD civ.*, 2003, p. 760 ; Chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2004.I.107.

²⁶ Il s'agissait en effet, pour la juridiction strasbourgeoise, d'apprécier si la mise en œuvre de la politique de 1993 en matière de vols de nuit à l'aéroport de Heathrow avait ménagé un juste équilibre entre les intérêts des personnes qui pâtissent du bruit nocturne et ceux, concurrents, de la société dans son ensemble.

dépasse souvent les normes internationales : la valeur guide donnée par l'Organisation mondiale de la santé prévoirait que, pour jouir d'un sommeil de qualité, il ne faut être exposé, pendant la nuit, à aucun événement sonore atteignant 60 dBA Lmax. Or presque tous les requérants seraient ou auraient été exposés à des événements sonores nocturnes dépassant 80 dBA Lmax, voire, dans un cas, 90 dBA Lmax. L'échelle des décibels étant logarithmique, l'énergie sonore à 80 dBA Lmax serait cent fois plus élevée que celle correspondant à 60 dBA Lmax, et elle serait multipliée par quatre du point de vue de l'intensité sonore subjective »²⁷. Or, la Cour fit totalement abstraction, dans son appréciation, de cette source « valeur guide » de portée internationale et conclut à une non violation de l'article 8 considérant que si la mise en œuvre du plan de réglementation des vols de nuit a effectivement pu porter atteinte à la qualité de la vie privée des requérants, les autorités n'ont pas pour autant « dépassé leur marge d'appréciation dans la recherche d'un juste équilibre entre, d'une part, le droit des personnes touchées par la réglementation litigieuse à voir respecter leur vie privée et leur domicile, et, d'autre part, les intérêts concurrents d'autrui et de la société dans son ensemble »²⁸.

En revanche, la juridiction européenne peut aboutir à des constats de violation sans se référer aux textes internationaux pertinents en la matière notamment sans citer la Convention Aarhus²⁹ (« Convention sur l'accès à l'information, la participation du

²⁷ Cour EDH [G. Ch], 08/07/2003, Hatton et autres c./ Royaume-Uni... précité, § 112.

²⁸ Cour EDH [G. Ch.], 08/07/2003, Hatton et autres c./ Royaume-Uni, Rec. 2003-VIII, § 129.

²⁹ Sans prétendre à l'exhaustivité, se référer notamment à l'arrêt Cour EDH, 7/11/2006, Mamere c./ France, req. n° 12697/03. Il eut en effet été opportun que la Cour fasse mention de cette Convention internationale dans la mesure où les faits de la cause portaient sur de l'information nucléaire, en l'occurrence sur les effets de la

public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement », ECE/CEP/43, entrée en vigueur le 30 octobre 2001). Certes, il est possible de soutenir que le juge de Strasbourg ne se réfère pas à ces textes pour la simple raison que cette référence n'aurait pas servi son raisonnement. Néanmoins, elle n'en aurait pas moins servi à démontrer la prégnance de telles préoccupations et incidemment la convergence du droit international général et régional sur ces mêmes questions. Il est donc regrettable que la Cour n'ait pas saisi l'occasion de s'y référer même si la mention de telles sources ne s'avérait pas indispensables à son raisonnement.

En d'autres occasions, le juge européen cependant a pu instrumentaliser des sources internationales mais en empruntant toutefois une logique sélective afin de servir une position conservatrice et ce, alors même qu'il existait dans le *corpus* juridique international d'autres textes ou des jurisprudences aptes à justifier une interprétation dynamique de la Convention de sauvegarde. Ainsi, en raison de sa nature sélective, l'instrumentalisation de sources internationales par le juge tend donc à revêtir un caractère aléatoire. Le choix de telles sources semble en effet être déterminé par le *desiderata* de la Cour.

catastrophe de Tchernobyl sur l'environnement et la santé publique. La manière dont les autorités en général et le SCPRI en particulier avaient géré la crise, était d'ailleurs pointée du doigt.

B. L'instrumentalisation sélective pour conforter un *standstill* jurisprudentiel.

Dans l'affaire *Chapman c./ Royaume-Uni*³⁰, « *l'audace* »³¹ de la Cour, à nouveau interrogée sur le fait de savoir si les mesures d'exécution et d'aménagements prises par l'État défendeur à l'encontre d'une minorité tzigane³² constituaient une ingérence couverte par l'article 8§2, se limita « à une ouverture mesurée de la Convention aux droits des minorités »³³. Contrairement à la requérante, qui invoquait « l'évolution internationale récente (...) en vue de réduire la marge d'appréciation accordée aux États »³⁴, « la Cour [ne fut] pas convaincue que, en dépit de l'évolution qui s'est indéniablement fait jour dans le domaine de la protection des minorités (...) en droit international, (...) on puisse considérer que l'article 8 implique pour les Etats une obligation positive en matière sociale aussi étendue »³⁵. Dans le cadre de cette affaire, le juge européen fait référence au droit international mais ignore les textes évolutifs en la matière. La Cour de Strasbourg instrumentalise ici les sources du droit international qui lui permettent de soutenir que le consensus international n'est pas « suffisamment concret pour qu'elle puisse en tirer des indications quant au comportement ou aux normes

30 Cour EDH [G. Ch], 18/01/2001, *Chapman c./ Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, *Rec.* 2001-I ; Obs. F. SUDRE, *RTDH*, 2001, p. 887 ; Chron. J.-P. MARGUENAUD, *RTD civ.*, 2001, p. 448 ; M. LEVINET, « Juges de Strasbourg encore un effort si vous voulez devenir des défenseurs de l'identité minoritaire », *L'Europe des libertés*, 2001, n° 2, pp. 2-5.

³¹ Terme emprunté à M. LEVINET, *Ibid.*

³² Laquelle minorité occupait d'ailleurs son propre terrain sans permis.

³³ F. SUDRE, « À propos de l'autorité d'un « précédent » en matière de protection des droits des minorités », *RTDH*, 2001, pp. 905-915, spéc. p. 909.

³⁴ Cour EDH [G. Ch], 18/01/2001, *Chapman c./ Royaume-Uni*, *Rec.* 2001-I, § 93.

³⁵ Cour EDH [G. Ch], 18/01/2001, *Chapman c./ Royaume-Uni*, *Rec.* 2001-I, § 98.

que les États contractants considèrent comme souhaitables dans une situation donnée »³⁶. Faisant fi de l'argumentation de la requérante au soutien d'un revirement de jurisprudence, la Cour privilégie donc un *standstill* jurisprudentiel à l'instar de l'affaire *Cruz Varas et autres c./ Suède*³⁷ relative à un contentieux distinct. Toutefois à la différence de cette affaire, la Cour avait déjà eu à se prononcer sur le problème de droit soulevé dans l'affaire *Chapman c./ Royaume-Uni* sur le terrain de l'article 8.

À l'occasion de l'affaire *Cruz Varas et autres c./ Suède*, la Cour, appelée à se prononcer sur le terrain de l'article 34 sur une question juridique sans précédent, l'autorité juridique de mesures provisoires prononcées en l'espèce par la Commission³⁸, signale que « les principes généraux du droit international n'offrent ici aucun secours : comme le souligne la Commission, la question de la force obligatoire des mesures provisoires indiquées par les juridictions internationales prête à controverse et il n'existe pas de règle juridique uniforme »³⁹. Or, la juridiction strasbourgeoise aurait cependant pu prendre en considération la position de la CPJI. En effet, dès 1939, cette juridiction avait affirmé l'existence d'un « principe universellement admis devant les juridictions internationales et consacré d'ailleurs dans maintes conventions (...) d'après lequel les

³⁶ *Ibid.*, § 94.

³⁷ Cour EDH [S. Pl], 20/03/1991, *Cruz Varas et autres c./ Suède*, A/201 ; Note G. COHEN-JONATHAN, *RUDH*, 1991, p. 205.

³⁸ La question qui se posait à la juridiction strasbourgeoise était de savoir si l'expulsion des requérants par l'État partie en cause en dépit du prononcé de mesures provisoires par cet organe de contrôle européen avait entravé leur exercice du droit de recours individuel.

³⁹ Cour EDH [S. Pl], 20/03/1991, *Cruz Varas et autres c./ Suède*... précité, § 101.

parties en cause doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision à intervenir et, en général, ne laisser procéder à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend »⁴⁰. Or, curieusement, cette source ne figure pas dans la lettre de l'arrêt *Cruz Varas et autres c./ Suède*⁴¹, même en amont de sa partie libellée « En droit », et ne figure pas davantage dans la décision *Čonka et autres c./ Belgique*⁴², soulevant une question juridique analogue sous l'angle de l'article 34⁴³. P. Daillier et A. Pellet ont pourtant pu signaler qu'« on ne peut (...) accepter une exception à l'autorité de chose jugée sans justifications sérieuses : nier le caractère obligatoire d'une prise de position formelle de la Cour [internationale de justice] suppose une dérogation explicite au principe. En outre, s'il s'agit d'un délit continu, l'État qui ne respecte pas les mesures indiquées par la Cour prend le risque d'aggraver sa responsabilité »⁴⁴. En définitive, le juge européen a, là encore, instrumentalisé certaines sources internationales afin de conforter la jurisprudence européenne en la matière. Il faut néanmoins noter que la Cour européenne a par la

⁴⁰ (ord.) CPJI, 5/12/1939, Affaire Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, série A/B n° 79, p. 199.

⁴¹ Cour EDH [S. Pl], 20/03/1991, *Cruz Varas et autres c./ Suède*, A/201.

⁴² (D.R) Cour EDH, 13/03/2001, *Čonka et autres*, ainsi que la Ligue des droits de l'homme c./ Belgique, req. n° 51564/99.

⁴³ En effet, la Cour fut à nouveau appelée à se prononcer sur une potentielle entrave dans l'exercice par les requérants du droit à un recours effectif consacré à l'article 34 de la CESDH en raison de la décision des autorités belges de les expulser en dépit de mesures provisoires indiquées par la juridiction strasbourgeoise.

⁴⁴ P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit International Public*, LGDJ, 5^{ème} éd., 1994, pp.1317, spéc. p. 852.

suite opéré un revirement de jurisprudence, abandonnant une position « passéiste »⁴⁵ ainsi que le démontre K. Lucas-Alberni⁴⁶.

La juridiction strasbourgeoise manie le *corpus* juridique international dont elle dispose avec une certaine flexibilité. Or, si le choix des sources semble être fonction de la finalité recherchée, le caractère aléatoire de leur instrumentalisation s'observe également par le prisme de son *Kairos*, autrement dit en considération du moment où la Cour considérera une telle instrumentalisation opportune. D'ailleurs, ainsi que le souligne M. Bessin, « *le registre du kairos présente une dimension plus qualitative et pragmatique du temps, puisqu'il s'agit d'opérer par comparaison pour intervenir ou agir au bon moment*⁴⁷. *Si l'occasion a été saisie, si ce moment opportun a été choisi parmi d'autres, c'est que, consciemment ou non, des différenciations, un tri et des priorités ont été effectués. Ce registre de temporalité semble le plus approprié à la pratique judiciaire, qui idéalement intègre dans la décision des éléments susceptibles d'informer l'évolution du justiciable. C'est-à-dire que les magistrats n'appliquent pas une décision sans la moduler en fonction de critères liés à la personnalité, par exemple. En fait, la modulation des décisions est au cœur de la pratique judiciaire.(...) Si ceux qui produisent les lois aspirent peut-être au registre temporel de*

⁴⁵ Selon le Dictionnaire *Le petit Robert*, passéiste signifie « *qui a un goût excessif pour tout ce qui appartient au passé* », Nouvelles éd. Du Petit Robert de Paul Robert, 2000, pp. 2841, spéc. p. 1798.

⁴⁶ Le lecteur est ici invité à se reporter au paragraphe 2 de la prochaine Section.

⁴⁷ M. BESSIN, « *Le Kairos dans l'analyse temporelle* », in *Temps et contretemps*, Approches sociologiques, Cahiers lillois d'économie et de sociologie, 1998, n° 32.

l'irréversible, ceux qui les appliquent aspirent plutôt au principe de modulation »⁴⁸.

§ 2. La temporalité de l'instrumentalisation.

« Réfléchir aux rapports que le droit entretient avec le temps suppose de dégager les diverses temporalités que recouvrent les réalités juridiques et impose de prendre en considération la dimension temporelle de la Justice »⁴⁹. L'instrumentalisation par la Cour de sources du droit international n'échappe pas à ce phénomène. Cette instrumentalisation n'est pas intemporelle. Sa manifestation répond à une temporalité juridique qui sera déterminée par la finalité projetée. L'instrumentalisation de sources internationales peut ainsi servir soit la justification d'un *statu quo* (A), soit la légitimation *a posteriori* d'une position initialement novatrice (B).

⁴⁸ M. BESSIN, « L'urgence au sein de la justice des mineurs : un exemple de la dé-temporalisation de l'intervention sociale », *Sociétés et jeunesses en difficulté*, mars 2006, <http://sejed.revues.org/document111.html>

⁴⁹ P. MATET, « Le temps dans la réparation du préjudice », *in* propos introductif du séminaire *Risques, assurances, responsabilités* « *Les limites de la réparation* » organisé par la Cour de Cassation française le 25 janvier 2007, www.courdecassation.fr/formation_br_4/2007_2254/assurances_responsabilites_9486.html

A. La justification du *statu quo* par l'absence d'un consensus international.

La Cour européenne des droits de l'homme prend en considération l'évolution du droit international dans son interprétation de la Convention. Néanmoins, elle a pu, à diverses reprises, justifier le maintien d'une position conservatrice par l'absence ou l'insuffisance d'un consensus⁵⁰ international⁵¹ sur le problème de droit soumis à son appréciation. Le juge européen a ainsi pu mettre en exergue l'inexistence d'un consensus international pour justifier le maintien d'un *statu quo*⁵² de sa part notamment à l'occasion de l'affaire *Evans c./ Royaume-Uni*⁵³. Appelée à se prononcer sur le fait de savoir si l'article 8 « *fai[sai]t peser sur l'Etat l'obligation positive de garantir aux femmes se soumettant [à la fécondation in vitro] dans le but spécifique de donner naissance à un enfant de leur sang la possibilité de se faire implanter un embryon conçu à partir des gamètes de leur*

⁵⁰ La Cour européenne peut ainsi refuser de mettre à la charge d'un États une obligation positive. Se référer, notamment, à l'arrêt Cour EDH [G. Ch], 18/01/2001, *Chapman c./ Royaume-Uni*, Rec. 2001-I, § 94 : « *La Cour n'est pas convaincue que ce consensus soit suffisamment concret pour qu'elle puisse en tirer des indications quant au comportement ou aux normes que les États contractants considèrent comme souhaitables dans une situation donnée* ».

⁵¹ La juridiction européenne invoque également une absence de consensus « européen » pour justifier un *statu quo* jurisprudentiel sur un point précis. Entre autres : Cour EDH [G. Ch.], 30/07/1998, *Sheffield et Horsham c./ Royaume-Uni*, Rec. 1989-V, §§ 55 et 57 ; Cour EDH [G. Ch], 08/07/2004, *Vo c./ France*, Rec. 2004-VIII (GACEDH, PUF, 4^{ème} éd., 2007, n° 9) : « *aucun consensus européen n'existe sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie* » et § 84 « *au plan européen, la Cour observe que la question de la nature et du statut de l'embryon et/ou du fœtus ne fait pas l'objet d'un consensus* » (*Ibid.*, § 82).

⁵² Selon le Dictionnaire *Le petit Robert*, maintenir le *statu quo* signifie maintenir « l'état actuel des choses », Nouvelles éd. Du Petit Robert de Paul Robert, 2000, pp. 2841, spéc. p. 2400.

⁵³ Cour EDH, 07/03/2006, *Evans c./ Royaume-Uni*, req. n° 6339/05.

ex-partenaire en cas de rétractation par celui-ci de l'engagement pris à cet égard», la « *Cour observe qu'il n'existe pas de consensus international sur la réglementation des traitements par FIV et l'utilisation des embryons qui en sont issus* »⁵⁴ pour justifier son refus d'une interprétation dynamique de la disposition conventionnelle en cause et conclure à sa non-violation.

Dans le cadre d'une autre affaire, *Odièvre c./ France*⁵⁵, relative à un contentieux distinct sur le terrain de l'article 8⁵⁶, certains membres de la formation de jugement⁵⁷ ont pu regretter une telle attitude dénonçant que « *la majorité utilise l'argument de l'absence de consensus sans rappeler les différents instruments internationaux qui jouent un rôle déterminant dans la construction d'un consensus et qui, en l'espèce, veillent à assurer un équilibre entre les droits en présence. Ainsi, la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (...). De même, la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (...). Dans ces conditions, en se fondant sur la prétendue diversité des systèmes et des traditions juridiques (prenant même en compte des projets de lois qui sont seulement envisagés) pour encadrer la marge d'appréciation et valider ainsi, au regard de la Convention, le droit absolu de la mère*

⁵⁴ *Ibid.*, § 58 et § 68.

⁵⁵ Cour EDH [G. Ch.], 13/02/2003, *Odièvre c./ France*, *Rec.* 2003-III ; *GACEDH*, précité, n° 9

⁵⁶ En l'occurrence, l'objet du litige tenait à l'impossibilité légale pour un individu né sous X d'obtenir la communication d'éléments identifiants sur sa famille naturelle.

⁵⁷ Il s'agit en l'occurrence des juges M. WILDHABER, Sir N. BRATZA, M. BONELLO, M. LOUCAIDES, M. CABRAL BARRETO, F. TULKENS et M. PELLONPÄÄ.

de garder secrète son identité, la majorité prend l'argument du consensus européen à rebours et le vide complètement de sa substance. Plutôt que de permettre une évolution dans le sens du développement des droits garantis par la Convention, au départ de ce qui est accepté dans une large majorité de pays, le recours à l'interprétation consensuelle, fondée sur la pratique quasi isolée d'un pays (...), sert à justifier une limitation des droits »⁵⁸. Ces juges déplorent donc que la majorité de leurs confrères se soient réfugiés derrière un prétendu « consensus européen » sans même avoir pris pour référence des sources internationales qui auraient pourtant permis une interprétation évolutive et dynamique de la Convention. Au final, cette référence (non réellement étayée) à un consensus justifie le maintien d'un *statu quo* quant à l'allégation d'une violation de l'article 8 en matière de conservation de l'anonymat des mères accouchant sous « x ». La Cour conclut donc à la non violation de cette disposition conventionnelle privilégiant ainsi un *standstill* jurisprudentiel.

À l'inverse, la juridiction strasbourgeoise peut s'appuyer explicitement sur les constatations faites par une instance internationale pour justifier une position conservatrice. Ainsi, à l'occasion de l'affaire *Py c./ France*⁵⁹, dans le cadre de laquelle le requérant arguait d'une atteinte au droit consacré à l'article 3 du Protocole n°1 en ce que son obligation de résidence l'empêchait de rester inscrit sur les listes électorales d'une commune de la métropole, le juge européen se réfère aux conclusions du Comité des Droits de

⁵⁸ Point 15 et 16 de l'opinion dissidente commune à ces juges jointe à l'arrêt Cour EDH [G. Ch.], 13/02/2003, *Odièvre c./ France*... précité

⁵⁹ Cour EDH, 11/01/2005, *Py c./ France*, *Rec.* 2005-I.

l'Homme des Nations Unies⁶⁰ saisi du même problème par des tiers intervenants dans cette affaire. La Cour s'aligne sur l'analyse du Comité et « estime, en conséquence, que l'histoire et le statut de la Nouvelle-Calédonie sont tels qu'ils peuvent être considérés comme caractérisant des « nécessités locales » de nature à permettre les restrictions apportées au droit de vote du requérant »⁶¹. Elle peut ainsi justifier son constat de non violation en affirmant que « dans ces conditions, il n'a pas été porté atteinte à l'essence même du droit de vote tel que le garantit à la requérante l'article 3 du Protocole n° 1 »⁶². La position adoptée par la Cour dans cette affaire s'avère là encore conservatrice. Par le passé, elle avait en effet déjà affirmé et ce à plusieurs reprises, que « la condition de la résidence ou de la durée de résidence dont est assorti l'exercice ou la possession du droit de vote à des élections ne constitue pas, en principe, une restriction arbitraire du droit de vote et, en conséquence, n'est pas incompatible avec les dispositions de l'article 3 du Protocole n° 1 »⁶³. Cette position, au demeurant critiquable sur certains aspects, a néanmoins le

⁶⁰ *Ibid.*, § 63 : « Comme l'a relevé le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, le 15 juillet 2002 (...) "les seuils fixés pour les consultations de 1998 et à compter de 2014 ne sont pas excessifs dans la mesure où ils s'inscrivent dans le cadre de la nature et de l'objet de ces scrutins, à savoir un processus d'autodétermination impliquant la participation de personnes justifiant d'attaches suffisantes au territoire dont l'avenir est en jeu. Il ressort, en effet, que ces seuils n'apparaissent pas disproportionnés vis-à-vis d'un processus de décolonisation impliquant la participation des résidents qui, au-delà de leur appartenance ethnique ou politique, ont contribué et contribuent à l'édification de la Nouvelle-Calédonie à travers leurs attaches suffisantes à ce territoire" ».

⁶¹ *Ibidem.*, § 64.

⁶² Cour EDH, 11/01/2005, *Py c./ France...* précité, § 65.

⁶³ Sur ce point *Ibid.*, la juridiction strasbourgeoise renvoie au § 48 de son arrêt à certaines de ses décisions passées : « voir, pour la Cour, *Hilbe c. Liechtenstein (déc.)*, n° 31981/96, CEDH 1999-VI et, pour l'ancienne Commission, *Polacco et Garofalo c. Italie*, n° 23450/94, décision de la Commission du 15 septembre 1997, *Décisions et Rapports (DR) 90-A/B*, p. 5 ».

mérite d'éviter une divergence de jurisprudence entre différentes instances internationales, soulignant *de facto* un dialogue des juges⁶⁴. La Cour européenne procède également dans un souci de préserver la cohérence de ses constructions prétoriennes⁶⁵, à la pratique de l'autoréférence. Outre l'intérêt majeur que peut représenter cette pratique pour le lecteur, elle peut également permettre à la Cour d'accroître ou de compléter *a posteriori* la justification d'une position initialement novatrice qu'elle avait adoptée.

B. La justification *a posteriori* d'une position initialement novatrice.

Dans l'affaire *Hirst c./ Royaume-Uni* (n°2)⁶⁶, qui soulevait une question juridique sous l'angle du droit à des élections libres prescrit à l'article 3 du Protocole n° 1, la Cour, fidèle à sa pratique de l'autoréférence⁶⁷, renvoie, à plusieurs reprises, à son précédent judiciaire en la matière, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c./ Belgique*⁶⁸.

⁶⁴ Le lecteur est invité, pour plus d'informations sur ce concept, à se reporter à ces mêmes *Cahiers de l'IDEDH*.

⁶⁵ Pour aller plus loin sur cette thématique, se reporter à la Thèse de K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Université de Montpellier I, 2006, pp. 457, spéc. pp. 41 et suiv.

⁶⁶ Cour EDH [G. Ch], 06/10/2005, *Hirst c./ Royaume-Uni* (n° 2), req. n° 74025/01.

⁶⁷ Là encore, pour plus de détails sur cette pratique, notamment sur son aspect utilitariste pour la Cour EDH et sur ce qu'elle sous-tend au sujet de l'autorité horizontale de ses précédents judiciaires, se reporter à K. LUCAS-ALBERNI, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne...* *op.cit.* note n° 65, spéc. pp. 35 et suiv.

⁶⁸ Cour EDH [S. Pl], 02/03/1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c./ Belgique*, A/113 ; *GACEDH*, PUF, 3^{ème} éd., 2005, n° 62 ; Chron. G. COHEN-JONATHAN, *CDE*, 1988, p. 487 ; Chron. P. ROLLAND, *JDI*, 1988, p. 849 ; Lequel arrêt se trouve d'ailleurs être visé par la Cour aux §§ 57, 59 61, 62 et 68 *in* Cour EDH [G. Ch], 06/10/2005, *Hirst c./ Royaume-Uni* (n° 2) req. n° 74025/01.

L'affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt c./ Belgique* était une décision assurément novatrice. Saisie d'un litige mettant en cause, sous l'angle de cette disposition conventionnelle, le système électoral belge en raison d'une disposition de la loi 1980 régissant la composition du Conseil flamand⁶⁹, la juridiction strasbourgeoise n'avait pas manqué d'indiquer qu'étant « *amenée pour la première fois à statuer sur des griefs relatifs à l'article 3 du Protocole n°1 (P1-3)*, [elle] *estim[ait] nécessaire d'indiquer, dans le cadre du litige, le sens qu'elle attribue au texte précité* »⁷⁰. À cette fin, le juge européen s'est employé à dégager des critères lui permettant d'observer si l'État en cause avait satisfait aux exigences qu'énonce cette disposition textuelle. Aussi, après avoir précisé que les États peuvent « *entoure[r] les droits de vote et d'éligibilité de conditions* »⁷¹, la juridiction européenne nuance cette éventualité indiquant qu'« *il appartient à la Cour de statuer en dernier ressort sur l'observation des exigences du Protocole n° 1 (P1); il lui faut s'assurer que lesdites conditions ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés (...). Spécialement, elles ne doivent pas*

⁶⁹ En raison de l'article 29 § 1 de cette loi spéciale, les requérants se plaignaient, en qualité d'électeurs vivant dans des communes de l'arrondissement administratif de Hal-Vilvorde, d'une part, de ne pouvoir élire des représentants francophones à l'assemblée régionale dont il relève, et d'autre part, à titre d'élus, de ne pouvoir siéger au sein de cette dernière, tandis que les électeurs et élus néerlandophones des mêmes communes le peuvent, *mutatis mutandis*.

⁷⁰ Cour EDH [S. Pl], 02/03/1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c./ Belgique*... précité § 46.

⁷¹ *Ibid.*, § 52.

contrecarrer "la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif" »⁷².

Or, si dans cette affaire la Cour de Strasbourg ne se réfère aucunement à des textes internationaux pour étayer son raisonnement, il en va différemment dans l'affaire *Hirst c./ Royaume-Uni* (n°2)⁷³. Appelée à se prononcer sur la question du droit de vote des détenus condamnés purgeant leur peine, la juridiction européenne « profite de l'occasion pour souligner que les droits garantis par l'article 3 du Protocole n° 1 sont cruciaux pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par l'état de droit (voir aussi, pour l'importance qui est reconnue à ces droits sur le plan international, les textes internationaux pertinents cités aux paragraphes 26 à 39 ci-dessus [notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques]) »⁷⁴. Nonobstant cette référence à des sources internationales, la Cour adopte un raisonnement analogue à celui qu'elle avait arboré dans le précédent *Mathieu-Mohin et Clerfayt c./ Belgique*⁷⁵. En conséquence, la référence à ces sources vise à conforter une position novatrice initialement délivrée par la juridiction strasbourgeoise.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Cour EDH [G. Ch], 06/10/2005, *Hirst c./ Royaume-Uni* (n° 2)... précité.

⁷⁴ *Ibid.*, § 58.

⁷⁵ Rappelant qu'il lui appartient « de statuer en dernier ressort sur l'observation des exigences de l'article 3 du Protocole n° 1 ; il lui faut s'assurer que les limitations ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité, qu'elles poursuivent un but légitime et que les moyens employés ne se révèlent pas disproportionnés », la Cour précise au surplus que « Toute dérogation au principe du suffrage universel risque de saper la validité démocratique du corps législatif ainsi élu et des lois promulguées par lui. L'exclusion de groupes ou catégories quelconques de la population doit en conséquence se concilier avec les principes sous-tendant l'article 3 du Protocole n° 1 » (*Ibidem*, § 62).

La Cour européenne peut donc décider d'instrumentaliser certaines sources internationales plutôt que d'autres afin de servir une position conservatrice. De surcroît, elle peut s'y employer en définissant elle-même le Kairos d'une telle instrumentalisation. Mais si un tel procédé peut utilement conforter un *standstill* jurisprudentiel, il peut tout autant servir une finalité diamétralement opposée : un revirement jurisprudentiel.

Section 2. Le caractère discrétionnaire de l'instrumentalisation au service du revirement jurisprudentiel⁷⁶.

Hugues le Berre considère que « *tout assouplissement correspond à un revirement* »⁷⁷. Pourtant, une distinction s'impose. En effet, lorsqu'une instance juridictionnelle décide d'opérer un revirement, elle ne choisit pas d'ajuster les termes de l'un de ses précédents dans le sens d'un infléchissement ou d'un durcissement. Elle choisit de s'écarter de leurs enseignements et ce, tant dans le cadre de l'instance⁷⁸ que *pro futuro*.

⁷⁶ Par Katia LUCAS-ALBERNI, Docteur en droit public, Université Montpellier I (IDEDH).

⁷⁷ H. Le BERRE, *Les revirements de jurisprudence en droit administratif de l'an VIII à 1998 (Conseil d'État et Tribunal des conflits)*, Thèse, LGDJ, 1999, pp. 730, spéc. p. 182.

⁷⁸ Sauf si elle décide d'en différer l'application dans le temps. Sur ce point, pour une synthèse des différents modes opératoires, cf. le Rapport sur *Les revirements de jurisprudence*, (dir.) N. MOLFESSIS, Litec, 2005, pp. 193 ; Pour des réactions doctrinales à ce rapport, entre autres, « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.*, 2/2005, pp. 293-334.

Aussi, à la différence d'un ajustement, le revirement, autre « *instrument de transformation du droit* [jurisprudentiel] »⁷⁹, traduit un « *changement de cap jurisprudentiel* »⁸⁰. Le juge n'entreprend pas d'infléchir ou de durcir une règle jurisprudentielle antérieurement délivrée par lui afin de résoudre un problème de droit analogue. Il lui préfère une nouvelle⁸¹ solution qui, si elle sera appliquée aux faits de la cause, ne présentera pas moins une face prospective⁸². À défaut, elle n'aurait aucunement vocation à se substituer à l'ancienne.

La Cour européenne pratique, à l'instar de toute juridiction, le revirement⁸³ et n'hésite pas, en telle occasion, à instrumentaliser des positions jurisprudentielles, notamment d'émanation régionale⁸⁴ ou

⁷⁹ I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence, Etude de droit anglais et de droit belge*, Thèse, Bruylant, 2003, pp. 565, spéc. p. 2.

⁸⁰ Terminologie retenue par l'auteur de cette contribution dans sa thèse, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit. note n° 65, spéc. pp. 12 et suiv. Également, L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'art de changer de cap. Libres propos sur les « nouveaux revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage au Doyen G. COHEN-JONATHAN*, Bruylant, 2004, vol. I, pp. 335-350.

⁸¹ Dans le même sens, notamment A. VANWELKHENYUZEN, pour qui la matérialisation d'un revirement de jurisprudence tient à l'observation suivante : « *les juges saisis à nouveau du même problème, adoptent (...) une solution nouvelle* » (in « La motivation des revirements de jurisprudence », *La motivation des décisions de justice*, études publiées par Ch. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant, 1978, pp. 251-286, spéc. p. 255).

⁸² Sur la face nécessairement prospective d'une solution jurisprudentielle, cf. entre autres, O. W. HOLMES Jr., *The Common law*, réédité by Belknap Press of Harvard University Press, 1963, pp. 338.

⁸³ Il ne s'agit aucunement d'un phénomène exclusif à une juridiction, en l'occurrence statuant en dernier ressort puisque seul ce type de juridiction est à même de produire de « la » jurisprudence.

⁸⁴ CourEDH [G. Ch], 08/12/1999, Pellegrin c./ France, *Rec.* 1999-VIII ; *GACEDH*, PUF, 4^{ème} éd., 2007, n° 22 (suite) ; P. WACHSMANN, « Un nouveau critère de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux de la fonction publique », *RTDH*, 2000, pp. 831-850. Dans cette affaire, la

encore, internationale. Elle ne fait donc pas abstraction, dans l'exercice de sa fonction de juger, du « monde extérieur ».

Si une telle instrumentalisation peut, *in fine*, servir une harmonisation de la protection juridictionnelle en matière de droits fondamentaux, en l'occurrence lorsque la nouvelle solution adoptée par la Cour vérifie un alignement de sa position sur celle d'autres instances internationales, elle ne revêt pas moins un caractère discrétionnaire. Ses modalités en témoignent. S'il arrive à la Cour européenne d'afficher la source internationale guidant voire confortant sa décision d'opérer un revirement (B), une telle instrumentalisation peut cependant ne pas être révélée (A).

§1. L'instrumentalisation dissimulée.

Le revirement opéré par la Cour européenne sur le terrain de l'article 2 à l'occasion de l'affaire *Çakici c./ Turquie*⁸⁵, relève de la catégorie des revirements opérés de manière subreptice⁸⁶. La lecture de l'arrêt ne suffit pas à en discerner la matérialité pas plus qu'elle ne suffit à certifier que la position retenue a effectivement vocation à se substituer à celle précédemment adoptée par la Cour en la matière.

Cour puise à la source communautaire. Au § 41 il est expressément fait référence, notamment, à la position de la CJCE dans ce domaine.

⁸⁵ Cour EDH [G. Ch], 08/07/1999, *Çakici c./ Turquie*, *Rec.* 1999-IV.

⁸⁶ À l'instar, notamment, de celui opéré sur le terrain de l'article 5 et 6 respectivement lors des affaires Cour EDH [S. PI], 23/10/1990, *Huber c./ Suisse*, A/188 et Cour EDH [S. PI], 18/06/1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c./ Belgique*, A/12 ; *GACEDH*, PUF, 4^{ème} éd., 2007, n° 19 ; Obs. J. VELU, *JT*, 1971, p. 341 ; Obs. R. PELLOUX, *AFDI*, 1972, p. 443. Pour plus d'explications se reporter à notre thèse, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit* note n° 65, notamment, spéc. pp. 151 et suiv.

Aussi est-ce la réitération de cette position nouvelle à l'occasion d'une affaire ultérieure soulevant un problème analogue qui permet d'en prendre la mesure⁸⁷.

Si la Cour européenne semble donc avoir privilégié la pratique du revirement furtif, en contrepoint, le « changement de cap jurisprudentiel » opéré vérifie un alignement tout aussi subreptice de la position de la Cour (B) sur celle d'organes de contrôle supranationaux dont, apparemment, il est fait abstraction (A).

A. L'apparente abstraction de sources internationales.

Appelée à examiner si les circonstances entourant la disparition d'une personne détenue peuvent engager la responsabilité d'un État partie sur le terrain de l'article 2 de la Convention, la Cour, statuant en Grande chambre, adopte, en la matière, une position radicalement distincte de celle privilégiée à l'occasion de l'affaire *Kurt c./ Turquie*⁸⁸.

Dans cette affaire, qui soulevait un problème de droit analogue, la juridiction strasbourgeoise, s'alignant sur la position de la Commission⁸⁹, avait considéré que les circonstances entourant la disparition de personnes privées de liberté devaient être uniquement examinées sous l'angle d'une atteinte au droit à la liberté et à la sûreté

⁸⁷ Cour EDH, 09/05/2000, *Ismail Ertak c./ Turquie*, *Rec.* 2000-V où au § 134, la juridiction européenne reprend la solution énoncée au § 86 de l'arrêt *Çakici* (précité) sans pour autant s'y référer expressément ; De même, *in* Cour EDH, 13/06/2000, *Timurtas c./ Turquie*, *Rec.* 2000-VI, la Cour se réfère à nouveau au § 83 de l'arrêt au § 86 de l'arrêt rendu dans le cadre de l'affaire *Çakici c./ Turquie*.

⁸⁸ Cour EDH, 25/05/1998, *Kurt c./ Turquie*, *Rec.* 1998-III.

⁸⁹ (D.R) Commission EDH, 22/01/1997, *Kurt c./ Turquie*, n° 24276/94 ; (Rap.) Commission EDH, 04/10/1983, *Chypre c./ Turquie* ; *RUDH*, 1992, p. 70, § 77, 119 et suiv.

tel que garanti à l'article 5 de la Convention de sauvegarde⁹⁰. Or, dans l'affaire qui retient l'attention, *Çakici c./ Turquie*⁹¹, elle n'écarte pas l'examen de cette question sous l'angle de l'article 2. Soulignant que cette disposition « *consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe* »⁹², la Cour déclare que « *l'obligation imposée (...) s'étend aussi, dans la première phrase de l'article 2 § 1, à l'obligation positive pour les Etats de protéger par la loi le droit à la vie* »⁹³. Elle accepte donc de se placer sur le terrain des obligations positives pour, *in fine*, considérer que l'État aurait manqué à son obligation de protéger la vie (d'une personne détenue ayant disparu) telle qu'elle découle de l'article 2 de la Convention de sauvegarde.

Toutefois, au soutien de cette position « nouvelle », la Cour se réfère à certaines de ses affaires antérieures jugées et aucunement à la position privilégiée par la jurisprudence d'organes de contrôle supranationaux sur la question de la disparition d'individus, notamment à celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme.

Prima facie, la Cour aurait donc fait abstraction de ces sources jurisprudentielles internationales. Cependant, certains membres de la formation de jugement ne pouvaient raisonnablement ignorer leur existence, en l'occurrence ceux ayant justement eu à connaître l'affaire *Kurt c./ Turquie*⁹⁴. La requérante, dont le fils avait disparu dans des conditions faisant peser une menace sur sa vie, avait

⁹⁰ Cour EDH, 25/05/1998, *Kurt c./ Turquie*, *Rec.* 1998-III, § 86.

⁹¹ Cour EDH [G. Ch], 08/07/1999, *Çakici c./ Turquie*, *Rec.* 1999-IV.

⁹² *Ibid.*, § 86.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Cour EDH, 25/05/1998, *Kurt c./ Turquie*... précité. Il s'agit en l'occurrence des juges F. GÖLCÜKLÜ et K. JUNGWIERT.

d'ailleurs exhorté « *la Cour à suivre la démarche adoptée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (...) ainsi que par le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies [sur] la question des disparitions forcées* »⁹⁵, et ce afin de « *conclure que l'État défendeur a[va]it failli à son obligation positive, au regard de l'article 2, de protéger la vie [de son] fils* »⁹⁶.

Certes, à la différence de la position de la Commission derrière laquelle la Cour se retrancha, celle de la Cour interaméricaine⁹⁷ et du Comité⁹⁸ concernait, eu égard aux faits de la cause, l'hypothèse de la disparition d'individus non privés de liberté. Or, si ces deux instances internationales considèrent que cette hypothèse relève du champ d'application du droit à la vie garanti à l'article 6 du PIDCP et à l'article 4 de la Convention américaine relatives aux droits de l'homme, à défaut d'être expressément visée l'hypothèse de la disparition de personnes privées de liberté ne saurait être logiquement soustraite de son champ d'application. Il serait en effet difficilement soutenable qu'un État partie à l'un de ces deux instruments protecteurs puisse être dispensé d'une obligation positive de protéger « la vie » de personnes au demeurant plus vulnérables. Par extension, il serait donc tout aussi difficilement concevable qu'un État partie à la Convention de sauvegarde puisse être dispensé d'une telle obligation sur le terrain de l'article 2 qui consacre un droit analogue.

⁹⁵ *Ibid.*, § 101.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ IACHR, 29/07/1988, Velásquez Rodríguez c./ Honduras, *Série C.*, n° 4 ; Obs. G. COHEN-JONATHAN, *RGDIP*, 1990, p. 455. Également, IACHR, 20/01/1989, Godínez Cruz c./ Honduras, *Série C.*, n° 5 et IACHR, 08/12/1995, Cabellero-Delgado et Santana c./ Colombie, *Série C.*, n° 17.

⁹⁸ (déc. n° 161/1983) CDH, 02/11/1987, Herrera Rubio c./Colombie, CCPR/C/31/D/161/1983, position réitérée *in* (déc. n° 181/1984), CDH, 03/11/1989, Sanjuan Arevalo c./ Colombie, A/45/40, vol. II, 36.

À l'occasion de l'affaire *Kurt c./ Turquie* la Cour ne vit pourtant dans la disparition de cette catégorie de personnes qu'une atteinte au droit à la liberté et à la sûreté, ce qui pouvait effectivement « étonner »⁹⁹ et ce, tant en considération de la position de la Cour interaméricaine et du Comité que de la portée du droit à la vie. Lors de l'affaire subséquente soulevant un problème de droit analogue, la juridiction strasbourgeoise devait néanmoins accepter de se placer sur le terrain des obligations positives pour juger que l'État avait manqué à son obligation de protéger la vie.

Indiscernable à la lecture de l'arrêt rendu dans l'affaire *Çakici c./ Turquie*¹⁰⁰, la solution délivrée par la Cour devait en outre coïncider¹⁰¹ avec l'approche adoptée par les deux instances internationales précitées. Aussi, en dépit d'une apparente abstraction de leurs positions respectives, que conforte l'absence de références explicites dans la lettre de l'arrêt, l'alignement jurisprudentiel n'est pas moins avéré et le caractère discrétionnaire de l'instrumentalisation des sources internationales par la Cour, étayé.

B. L'alignement avéré.

Si dans le cadre de l'affaire *Çakici c./ Turquie* la juridiction européenne a manifestement préféré instrumentaliser la technique du *distinguishing* et de l'autoréférence à ses constructions prétoriennes à

⁹⁹ F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, 7^{ème} éd. refondue, 2005, pp. 715, n° 187.

¹⁰⁰ Cour EDH [G. Ch], 08/07/1999, *Çakici c./ Turquie*, Rec. 1999-IV.

¹⁰¹ *Ibid.*, §86 : « L'obligation imposée [par l'article 2] ... s'étend aussi, dans la première phrase de l'article 2 § 1, à l'obligation positive pour les États de protéger par la loi le droit à la vie. »

l'instrumentalisation confortative de sources internationales, l'explication réside certainement dans le choix d'opérer subrepticement un revirement.

Sans discuter ici d'un tel choix, le mode opératoire se prête cependant à la critique. S'il est fait référence à l'affaire *Kurt c./ Turquie*¹⁰², la Cour estime que la présente affaire s'en distingue¹⁰³ alors qu'elles présentent de fortes similitudes. De surcroît, parmi les autres affaires citées¹⁰⁴, la référence à l'une d'entre elles aurait dû être précédée de la mention *mutatis mutandis*. Cette mention, qui signifie « *en changeant ce qui doit être changé, en conservant ce qui doit être conservé* »¹⁰⁵, sert un raisonnement par analogie aux fins d'une extension d'une solution rendue dans le cadre d'un contentieux distinct. Aussi, à défaut d'une telle mention, la référence tend visiblement à nourrir l'illusion que la solution adoptée s'inscrit dans le prolongement d'une solution existante intéressant au surplus un contentieux analogue.

Si le mode opératoire retenu s'inscrit assurément dans la perspective d'opérer un revirement feutré et si, en contrepoint, il étaye le caractère discrétionnaire de l'instrumentalisation de sources internationales, il doit cependant être observé que l'opportunité d'une telle instrumentalisation ne trouvait pas à se poser. La juridiction strasbourgeoise pouvait en effet se rallier à la position d'instances

¹⁰² Cour EDH, 25/05/1998, *Kurt c./ Turquie*, *Rec.* 1998-III.

¹⁰³ *Ibid.*, § 85.

¹⁰⁴ *Ibidem.*, § 86.

¹⁰⁵ H. ROLLAND, *Lexique juridique - Expressions latines*, LITEC, 4^{ème} éd., 1999, pp. 336, spéc. p. 112.

internationales sous couvert de se fonder sur certains de ses précédents¹⁰⁶.

Visiblement, la Cour a donc préféré s'employer à nourrir l'illusion d'une extension de l'une de ses positions jurisprudentielles au contentieux en cause¹⁰⁷, tentant par là-même de démontrer la cohérence de sa démarche et, incidemment, son souci de préserver la cohésion de son œuvre prétorienne.

Néanmoins, cette tentative « d'illusionnisme juridictionnel » aurait pu être confortée par la référence à la position du Comité et de la Cour interaméricaine.

Matériellement, une référence supplétive à ces sources internationales n'aurait pas suffi à malmener les apparences. À défaut d'un rappel explicite des termes de sa position retenue dans le cadre de l'affaire *Kurt c./ Turquie*¹⁰⁸, le « changement de cap jurisprudentiel » opéré eut été difficilement perceptible à la lecture de l'arrêt *Çakici c./ Turquie*¹⁰⁹.

Qualitativement, une telle référence, même laconique, aurait en outre constitué une valeur ajoutée à la justification de la solution retenue par

¹⁰⁶ Notamment, Cour EDH, 02/09/1998, *Yaşa c./ Turquie*, *Rec.* 1998-VI, visé au § 86 de l'arrêt Cour EDH [G. Ch], 08/07/1999, *Çakici c./ Turquie* (précité) et qui énonce en son § 100 que « (...) *l'obligation de protéger le droit à la vie ne se limite pas aux cas où il se trouve établi que les actes incriminés étaient le fait d'agents de l'État.* »

¹⁰⁷ « *L'obligation imposée [par l'article 2] ne concerne pas exclusivement le meurtre délibéré résultant de l'usage de la force par des agents de l'État mais s'étend aussi, dans la première phrase de l'article 2 § 1, à l'obligation positive pour les États de protéger par la loi le droit à la vie. Cela implique et exige de mener une forme d'enquête officielle adéquate et effective lorsque le recours à la force a entraîné mort d'homme (voir, notamment, l'arrêt Yaşa c. Turquie du 2 septembre 1998, Recueil 1998-VI, p. 2438, § 98)* » (CourEDH [G. Ch], *Çakici c./ Turquie* ... précité, § 86).

¹⁰⁸ Cour EDH, 25/05/1998, *Kurt c./ Turquie*, *Rec.* 1998-III.

¹⁰⁹ Cour EDH [G. Ch], 08/07/1999, *Çakici c./ Turquie*, *Rec.* 1999-IV.

la Cour tout en servant utilement l'idée d'un dialogue des juges¹¹⁰ sur l'étendue du champ d'application du droit à la vie, « *valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme au plan international* »¹¹¹. Toutefois, l'idée d'un tel dialogue n'est pas à écarter même si sa manifestation est dissimulée. Si la position de la Cour participe à préserver la cohésion au sein de son œuvre prétorienne, elle participe simultanément à restaurer la cohésion entre sa position jurisprudentielle et celle d'autres instances internationales sur une question de droit.

À la différence de l'arrêt *Çakici c./ Turquie*, l'expression d'un tel dialogue est perceptible à la lecture de l'arrêt *Mamatkulov et Askarov c./ Turquie*¹¹². L'instrumentalisation de différentes sources du droit international y est clairement affichée.

¹¹⁰ Le lecteur est invité, pour plus d'informations sur ce concept, à se reporter à ces mêmes *Cahiers de l'IDEDH*. Cf. également, F. SUDRE, « À propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité », in Études en l'honneur de J.-Cl. GAUTRON, *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pedone, 2004, pp. 207-224 ; *Le dialogue entre les juges européens et nationaux, : incantation ou réalité ?*, Actes de la journée d'étude organisée le 10 février 2003, Université de Metz, (dir.) F. LICHERE, L. POTVIN-SOLIS et A. RAYNOUARD, Bruylant, 2004, pp. 242.

¹¹¹ CourEDH [G. Ch], 22/03/2001, Streletz, Kessler et Krenz c./ Allemagne, *Rec.* 2001-II, § 94.

¹¹² Cour EDH [G. Ch], 04/02/2005, Mamatkulov et Askarov c./ Turquie, req. n° 46827/99 et 46951/99 ; Obs. G. COHEN-JONATHAN, *RGDIP*, 2005, p. 421 ; Ph. FRUMER, « Un arrêt définitif sur les mesures provisoires : La Cour européenne des droits de l'homme persiste et signe », *RTDH*, 2005, pp.799-826, spéc. pp. 809-813.

§2. L'instrumentalisation affichée.

Les deux formations de jugement de la Cour ayant eu à connaître l'affaire *Mamatkulov c./ Turquie*, l'une de ses chambres¹¹³ puis, sa Grande chambre, ne se sont pas limitées à se référer expressément et littéralement à des sources du droit international. Elles les ont communément instrumentalisées au service d'un revirement¹¹⁴ et ce, sans détours ni contorsions. Or si l'une des particularités de cette instrumentalisation tient à sa relative prévisibilité (A), une autre tient à son caractère partiellement critiquable (B).

A. L'instrumentalisation prévisible.

À l'occasion de l'affaire *Cruz Varas et autres c./ Suède*¹¹⁵, dans le cadre de laquelle était en cause, sur le terrain de l'article 34,

¹¹³ Cour EDH, 06/02/2003, *Mamatkulov ... c./ Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99 (Obs. J.-F. FLAUSS, *AJDA*, 2003, p. 604 ; H. TIGROUDJA, « La force obligatoire des mesures provisoires indiquées par la Cour EDH, obs. sous l'arrêt du 06/02/2003, *Mamatkulov ... c./ Turquie* », *RGDIP*, 2003, pp. 601-633), confirmé par la Grande chambre, 04/02/2005, *Mamatkulov et Askarov c./ Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99.

¹¹⁴ Il sera précisé que ce dernier fut initié par la chambre et entériné par la formation solennelle de la Cour. Il convient également d'indiquer que ce changement de cap jurisprudentiel relève par ailleurs, à la différence de celui opéré à l'occasion de l'affaire *Çakici c./ Turquie* (Cour EDH [G. Ch], 08/07/1999, *Rec.* 1999-IV), de la catégorie des revirements « assumés ». Pour plus d'explications et d'autres arrêts représentatifs de ce type de revirement se reporter à notre thèse *op. cit.* note n° 65, spéc. pp. 168 et suiv.

¹¹⁵ Cour EDH [S. Pl], 20/03/1991, *Cruz Varas et autres c./ Suède*, A/201 ; Note G. COHEN-JONATHAN, *RUDH*, 1991, p. 205 ; Également, A DRZEMCZEWSKI et P. TAVERNIER, « L'exécution des décisions des instances internationales de contrôle dans le domaine des droits de l'homme », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, XXXIe Colloque de la SFDI, Strasbourg, 29-31 mai 1997, Pedone, 1999, pp. 197-270. spéc. p. 238.

une mesure d'éloignement des requérants à l'initiative de l'État défendeur en dépit de mesures provisoires indiquées par la Commission, la Cour fut appelée à se prononcer, et ce pour la première fois, sur l'autorité juridique de telles mesures. Ainsi lui revenait-il d'indiquer, afin de trancher le problème de droit soulevé par les faits de la cause¹¹⁶, si, « *à défaut d'une clause explicite dans la Convention, la Commission peut puiser dans l'article 25§1 pris isolément ou combiné avec l'article 36 de son règlement intérieur, ou dans d'autres sources, un pouvoir d'ordonner des mesures provisoires* »¹¹⁷.

Considérant qu'en l'absence « *d'un texte consacré aux mesures provisoires, une indication donnée au titre de l'article 36 du règlement intérieur ne saurait passer pour créer une obligation juridique à la charge d'un État contractant* »¹¹⁸, la formation plénière suggéra au surplus, que la prise en considération tant des principes généraux du droit international que de la position d'organes de contrôle supranationaux n'eut pas été opportune. En effet, outre l'absence d'un tel principe sur l'autorité du prononcé de mesures provisoires par les organes expressément habilités, « *la question de la force obligatoire des mesures provisoires indiquée par les juridictions internationales prêtant à controverse (...) il n'exist[ait] pas de règle juridique uniforme* »¹¹⁹ sur cette même question.

Empruntant une lecture *a contrario*, il était possible d'en déduire que la position de la Cour aurait pu être radicalement

¹¹⁶ En l'occurrence, la question qui se posait à la juridiction strasbourgeoise était de savoir si la mesure litigieuse avait entravé l'exercice par les requérants de leur droit de recours individuel tel que garanti par l'article 34 de la CESDH.

¹¹⁷ CourEDH [S. Pl], 20/03/1991, Cruz Varas et autres c./ Suède...précité, § 97.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibidem*, § 98.

différente à défaut, notamment d'une telle controverse. De même, il était possible d'envisager qu'à l'occasion d'une affaire ultérieure soulevant un problème de droit analogue, la Cour européenne puisse mobiliser ces sources internationales en cas d'évolution contextuelle significative excepté si, dans l'intervalle, les membres du Conseil de l'Europe avaient entrepris de remédier au silence de la Convention sur la teneur du prononcé de mesures provisoires par ses organes de contrôle juridictionnels. Toutefois, leur instrumentalisation aux fins d'un revirement, ne survint pas à l'occasion d'une telle affaire, en l'occurrence *Čonka et autres c./ Belgique*¹²⁰, mais d'une affaire subséquente.

Il sera cependant observé que, si à la date à laquelle la Cour fut appelée à statuer sur cette affaire intermédiaire, la Cour interaméricaine, le Comité des Nations Unies et le Comité des droits de l'homme penchaient en faveur du caractère juridiquement contraignant de leur prononcé de mesures provisoires¹²¹, cette convergence de position ne sera pas pour autant signalée par la juridiction strasbourgeoise. Les enseignements de sa « curieuse »¹²² solution dégagée dans le cadre de l'affaire *Cruz Varas et autres c./*

¹²⁰ (D.R) Cour EDH, 13/01/2001, *Čonka et autres*, la Ligue des Droits de l'Homme, c./ Belgique, req. n° 51564/99.

¹²¹ Pour rappel et par ordre chronologique, pour le Comité des droits de l'homme : (déc.), 26/07/1994, *Glen Ashby c./ Trinité-et-Tobago*, CCPR/C/74/D/580/1994 ; Également, (déc.), 19/10/2000, *Dante Piandiong, Jesus Morallos et Archie Bulan c./ Philippines*, CCPR/C/70/D/869/1999. Pour le Comité des Nations Unies contre la torture : (déc.), 10/11/1998, *Rosana Nunez Chipana c./ Venezuela*, CAT/C/21/D/110/1998 ; Réitéré à l'occasion de (déc.), 16/05/2000, *T.P.S. c./ Canada*, CAT/C/24/D/99/1997. Pour la Cour Interaméricaine des droits de l'homme : notamment, (ord.), 25/05/1999 et 25/09/1999, *Loayza Tamayo c./ Pérou*, *Série C.*, n° 58.

¹²² Ainsi que l'observe G. CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *APD*, 2006, pp. 9-31.

*Suède*¹²³ ne furent d'ailleurs aucunement écartés. L'instrumentalisation de ses sources aurait-elle été implicitement réfrénée ? Curieusement, ainsi que l'observe Natacha Bach elles « *ne figurent pas* [davantage] *dans la lettre de l'arrêt* [rendu dans cette affaire], *notamment en amont de sa partie libellé « En droit »* »¹²⁴. La juridiction strasbourgeoise a peut-être souhaité privilégier, dans l'expectative de la position de la Cour Internationale de Justice qui allait très prochainement statuer sur une affaire relative à la question de l'autorité de son prononcé de mesures provisoires¹²⁵, une attitude prudentielle dont la traduction fut un *standstill* jurisprudentiel.

Visiblement, seul l'arrêt « LaGrand »¹²⁶ de la Cour Internationale de Justice, postérieur à la décision *Čonka et autres c./ Belgique*¹²⁷, expressément visé, aurait donc déterminé la Cour européenne à opérer un revirement à l'occasion de l'affaire *Mamatkulov et Askarov c./ Turquie*¹²⁸. Sa position jurisprudentielle passée se trouve être relayée par une position radicalement différente révélant son ralliement à la position de la Cour Internationale de

¹²³ Cour EDH [S. PI], 20/03/1991, Cruz Varas et autres c./ Suède, A/201.

¹²⁴ Voir supra Section 1, §1, B.

¹²⁵ Prévu à l'article 41 du Statut de cette juridiction internationale.

¹²⁶ CII, 27/06/2001, Allemagne c./ États-Unis d'Amérique (aff. « LaGrand »), Rôle général n° 104, *Rec.* 1999, p. 15 ; Réitérée *in* CII, 31/03/2004, Mexique c./États-Unis d'Amérique (aff. Avena et autres ressortissants mexicains), Rôle général n° 128 (soit après Cour EDH, 06/02/2003, Mamatkulov... c./ Turquie, req. n° 46827/99 et 46951/99).

¹²⁷ (D.R) Cour EDH, 13/01/2001, Čonka et autres, la Ligue des Droits de l'Homme, c./ Belgique, req. n° 51564/99.

¹²⁸ Pour rappel, dans cette affaire, à l'instar de l'affaire Čonka et autres, la Ligue des Droits de l'Homme, c./ Belgique (*Ibid.*), la juridiction européenne était appelée à se prononcer sur une potentielle entrave dans l'exercice par les requérants du droit de recours individuel consacré à l'article 34 en raison d'une mesure d'éloignement à l'initiative de l'État défendeur et ce, en dépit de mesures provisoires indiquées par elle. Dans ce dessein, il lui incombait donc d'aborder la question de l'autorité juridique de telles mesures.

justice et, *a fortiori*, à celle de la Cour interaméricaine, du Comité des Nations Unies et celui des droits de l'homme, auxquelles elle se réfère tour à tour¹²⁹.

Si cette position « nouvelle » prête le flanc à la critique car ainsi que l'observe Frédéric Sudre, l'« *interprétation constructive* [de la Cour,] *marquée du souci de donner tout son effet utile à la Convention, aboutit à lier le sort de l'article 39 RI à celui des articles 34 et 6 de la Convention et à promouvoir une simple règle de procédure au rang de norme conventionnelle* »¹³⁰, l'instrumentalisation d'une source internationale spécifique s'y prête tout autant.

B. L'instrumentalisation partiellement critiquable.

À la différence de l'affaire *Christine Goodwin c./ Royaume-Uni*¹³¹, le choix, par la Cour, de certaines sources internationales aux fins d'une instrumentalisation au service de son revirement opéré à l'occasion de l'affaire *Mamatkulov et Askarov c./ Turquie* ne se prête qu'à une critique partielle, de surcroît pour un motif distinct.

¹²⁹ Cour EDH [G. Ch], 04 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c./ Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99, § 114, 116 et 117.

¹³⁰ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 7^{ème} éd. refondue, 2005, pp. 715, spéc. n° 313. La juridiction strasbourgeoise s'arroge *de facto* un pouvoir « quasi-législatif », dénoncé par certains membres de la Grande chambre (pt 7 de l'opinion dissidente commune aux juges L. CALFISH, R. TÜRMEEN et A. KOVLER jointe à l'arrêt Cour EDH [G. Ch], 04 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c./ Turquie*, *Ibid.*).

¹³¹ Cour EDH [G. Ch], 11/07/2002, *Christine Goodwin c./ Royaume-Uni*, *Rec.* 2002-VI ; *GACEDH*, PUF, 4^{ème} éd., 2007, n° 43. Également, parmi d'autres, Note A. MARIENBURG-WACHSMANN et P. WACHSMANN, *RTDH*, 2003, p. 1157 ; Chron. J.-P. MARGUENAUD, *RTD civ.*, 2002, p. 862.

Dans le cadre de l'affaire *Christine Goodwin c./ Royaume-Uni*, qui offrit à la juridiction strasbourgeoise l'opportunité de réexaminer l'une de ses positions jurisprudentielles passées, en l'occurrence l'absence d'obligation positive pour les États de reconnaître juridiquement le changement de sexe de l'individu¹³², l'instrumentalisation de certaines sources par la juridiction européenne au service du revirement qu'elle opéra, notamment sur le terrain de l'article 8, est critiquable en considération de leur nature. Il s'agit de la position des tribunaux Australiens et Néo-zélandais¹³³. Géographiquement extra européennes, ces sources n'étaient aucunement « la tendance internationale » dont fait mention la Cour qui, à défaut « *d'éléments indiquant un consensus européen relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et*

¹³² Il convient de rappeler qu'à l'occasion de l'affaire *Rees c./ Royaume-Uni* ([S. PI], 17/10/1986, A/106 ; Chron. P. ROLLAND, *JDI*, 1987, p. 796), la Cour, appelée pour la première fois à se prononcer sur ce type de contentieux avait conclu, sous l'angle de l'article 8, à l'absence d'obligation positive en la matière précisant qu'« *il faut pour le moment laisser à l'État défendeur le soin de déterminer jusqu'à quel point il peut répondre aux autres exigences des transsexuels* » tout en indiquant que « *la nécessité de mesures juridiques appropriées doit [cependant] donner lieu à un examen constant eu égard, notamment, à l'évolution de la science et de la société* » (*Ibid.*, § 47). À l'occasion d'une affaire subséquente, *Cossey c./ Royaume-Uni* ([S. PI], 27/09/1990, A/184), la juridiction strasbourgeoise constate que « *les mentalités ont évolué, (...) la science (...) progressé* » (*Ibid.*, § 48), mais n'opte pas pour autant pour l'abandon des enseignements de son précédent judiciaire. Dans le même sens, *a posteriori*, Cour EDH [S. PI], 08/07/1990, B. c./ France, A/121 (Note T. GARE, *JCP G*, 1992.II.21955) : « *il ne règne pas encore entre les États membres du Conseil de l'Europe un consensus assez large pour amener la Cour (...) à des conclusions opposées à celles de ses arrêts Rees et Cossey* » (*Ibid.*, § 48), ou encore, Cour EDH [G. Ch], 30/07/1998, *Sheffield et Horsham c./ Royaume-Uni*, *Rec.* 1998-V (Note M. LEVINET, *RTDH*, 1999, p. 646) : *la Cour (...) n'est toutefois pas entièrement persuadée (...) qu'il y ait aujourd'hui un quelconque consensus sur la manière de traiter les répercussions que la reconnaissance juridique des changements de sexe peut avoir dans d'autres domaines du droit* » (*Ibid.*, § 58).

¹³³ Cour EDH [G. Ch], 04/02/2005, *Mamatkulov et Askarov c./ Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99, § 84.

pratiques de la reconnaissance juridique »¹³⁴ du changement de sexe de l'individu, cherchait manifestement une planche de salut dans un référentiel plus large.

Or, si dans le cadre de l'affaire *Mamatkulov ... c./ Turquie*, soulevant une question juridique distincte sur le terrain d'une autre disposition conventionnelle, la Cour se réfère notamment « *aux principes généraux de droit international* »¹³⁵, cette référence doit tout autant être dénoncée.

En effet, à l'occasion de l'affaire *LaGrand*¹³⁶, la Cour internationale de justice n'a assurément pas plus érigé la force obligatoire du prononcé de mesures provisoires au rang de principe général¹³⁷, qu'elle n'a tiré sa position jurisprudentielle d'un tel principe. Concrètement, cette dernière n'est que le fruit d'une interprétation constructive de son propre Statut¹³⁸ par laquelle, ainsi que l'indique la Cour européenne, la Cour internationale de justice « *a mis un terme à la polémique quant à l'interprétation strictement linguistique des locutions « pouvoir indiquer » (dans la version anglaise « power to indicate ») du premier paragraphe de l'article 41, et « indication » (dans la version anglaise « measures suggested ») du second paragraphe. Se référant à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, selon lequel les clauses d'un traité doivent être interprétées compte tenu de l'objet et du but de ce traité,*

¹³⁴ *Ibid.*, § 85.

¹³⁵ *Ibidem*, § 123.

¹³⁶ CII, 27/06/2001, Allemagne c./ États-Unis d'Amérique (aff. « LaGrand »), Rôle général n° 104, *Rec.* 1999, p. 15.

¹³⁷ Pour plus d'explications, se reporter notamment à l'article de H. TIGROUDJA, « La force obligatoire des mesures provisoires indiquées par la Cour EDH, obs. sous l'arrêt du 06 février 2003 *Mamatkulov c./ Turquie* », *RGDIP*, 2003, pp. 601-633.

¹³⁸ *Ibid.*

elle a conclu que les mesures conservatoires étaient juridiquement contraignantes »¹³⁹.

Nonobstant, la nouvelle solution jurisprudentielle que délivre la Cour européenne¹⁴⁰ ne prend pas véritablement appui sur un principe général de droit international. Inversement, un tel principe ne saurait donc légitimement participer à l'instrumentalisation de sources internationales au service du revirement opéré. Il n'y a pas plus de « principe général du droit international » relatif à la question du caractère juridiquement contraignant de mesures provisoires consacré par la Cour internationale de justice au moment où la chambre, puis la Grande chambre, statua sur l'affaire *Mamatkulov ... c./ Turquie*¹⁴¹, que lorsque l'Assemblée plénière de la Cour s'était prononcée sur l'affaire *Cruz Varas et autres c./ Suède*¹⁴². D'ailleurs, la Cour européenne n'avait-elle pas indiqué que « *les principes généraux du droit international n'offr[ai]ent ici aucun secours* »¹⁴³ ? Toutefois, ainsi qu'a pu le relever Natacha Bach, la Cour permanente de justice internationale avait pourtant affirmé, dès 1939, l'existence « un principe universel » « *d'après lequel les parties en cause doivent s'abstenir de toutes mesures susceptibles d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision à intervenir et, en général,*

¹³⁹ Cour EDH [G. Ch], 04/02/2005, *Mamatkulov et Askarov c./ Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99, § 117.

¹⁴⁰ Réitérée in Cour EDH, 17/01/2006, *Aoulmi c./ France*, req. n° 50278/99 ; Chron. (dir.) F. SUDRE, *RDJ*, 2007, p. 865 ; Note K. LUCAS-ALBERNI, *JCP G*, 2007.II.10152.

¹⁴¹ Cour EDH [G. Ch], 04/02/2005, *Mamatkulov et Askarov c./ Turquie*... précité.

¹⁴² Cour EDH [S. PI], 20/03/1991, *Cruz Varas et autres c./ Suède*, A/201.

¹⁴³ *Ibid.*, § 101.

ne laisser procéder à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend »¹⁴⁴.

Outre la critique qui peut être formulée à l'égard de la référence faite par la Cour aux « principes généraux du droit international », son instrumentalisation de positions délivrées par des instances internationales ne sert pas moins l'irrésistibilité du revirement qu'elle opère. La juridiction strasbourgeoise commence par rappeler, ce qui augure une mise à l'épreuve des enseignements de son précédent *Cruz Varas et autres c./ Suède*, que si elle n'est pas « *formellement tenue de suivre ses arrêts antérieurs, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique et de la prévisibilité qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses propres précédents* »¹⁴⁵. Rappelant ensuite, d'abord qu'« *il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives et non pas théoriques et illusives* »¹⁴⁶, puis que ce texte « *est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions actuelles* »¹⁴⁷, la juridiction strasbourgeoise entreprend implicitement de réévaluer la contemporanéité de sa position jurisprudentielle passée à la lumière de son contexte actuel d'application lequel contexte englobe notamment « *la jurisprudence internationale* »¹⁴⁸. Or, visiblement, déjà à l'aune

¹⁴⁴ (Ord.) CPJI, 5/12/1939, *Cie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, Série A/B, n° 79, p. 199.

¹⁴⁵ Cour EDH [G. Ch], 04/02/2005, *Mamatkulov et Askarov c./ Turquie*... précité, § 121.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibidem.*

¹⁴⁸ Cour EDH [G. Ch], 04/02/2005, *Mamatkulov et Askarov c./ Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99, § 123.

de cette source, ce dernier ne coïnciderait plus avec son contexte historique d'adoption.

Certes, le but de la Convention de sauvegarde est de « *protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »¹⁴⁹.

Mais ses objectifs ne sont-ils pas, au surplus, « *solidaires du rythme de l'évolution de la société* »¹⁵⁰ ?

Si la Cour a pu préciser « *qu'il ne faut pas perdre de vue le caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme que revêt la Convention, et que celle-ci ne saurait s'interpréter dans le vide* »¹⁵¹, il est également acquis que si la protection des droits fondamentaux, matière particulière, constitue « *déjà une directive et offre un critère pour l'interprétation des normes juridiques en cause* »¹⁵², la notion est par essence « évolutive ».

Dans sa lecture de la source conventionnelle, la juridiction strasbourgeoise doit donc « *s'adapter à l'évolution du monde* »¹⁵³,

¹⁴⁹ Cour EDH, 09/10/1979, Airey c./ Irlande, A/32, § 24 ; *GACEDH*, PUF, 4^{ème} éd., 2007, n° 2 ; Chron. P. ROLLAND, *JDI*, 1982, p. 187 ; Chron. R. PELLOUX, *AFDI*, 1980, p. 323.

¹⁵⁰ W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le caractère autonome des termes et la marge d'appréciation des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », in Mélanges G. J. WIARDA, *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Heymanns, 2^{ème} éd., 1990, pp. 201-220, spéc. p. 202.

¹⁵¹ Cour EDH [G. Ch], 21/11/2001, Al-Adsani c./ Royaume-Uni, *Rec.* 2001-XI, § 55 ; Chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2002.I.105 ; Obs. J.-F. FLAUSS, *RTDH*, 2003, p. 156 ; Cour EDH [G. Ch], 12/05/2005, Öcalan c./ Turquie, req. n° 46221/99, §163 ; *GACEDH*, PUF, 4^{ème} éd., 2007, n° 12 ; Chron. F. SUDRE, *JCP G*, 2005.I.159, n° 3.

¹⁵² N. VALTICOS, « Interprétation juridique et idéologie », in Mélanges R. RYSSDAL, *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Heymanns, 2000, pp. 1471-1482, spéc. p. 1471.

¹⁵³ Y. CHARTIER « Les revirements de jurisprudence de la Cour de Cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1994, pp. 149-157, spéc. p. 151.

prendre en considération « *le mouvement des idées* »¹⁵⁴, « *l'esprit social nouveau* »¹⁵⁵, les avancées scientifiques, le mouvement juridique (*lato sensu*). Et justement, l'affaire *Mamatkulov et Askarov c./ Turquie*¹⁵⁶ étaye une telle démarche. En livrant la position d'autres instances internationales sur la question du caractère obligatoire de mesures provisoires qu'elles sont susceptibles de prononcer, la Cour tend à suggérer l'anachronisme de sa position antérieure lequel, en contrepoint justifie l'opportunité de ne plus en suivre les enseignements. *In fine*, l'instrumentalisation de ces sources jurisprudentielles servirait même à démontrer que l'adoption d'une nouvelle solution s'impose à la juridiction strasbourgeoise.

Or, si à l'aune de ces sources la Cour reconstruit, par le jeu d'une interprétation évolutive¹⁵⁷, le sens d'une disposition procédurale¹⁵⁸, cette nouvelle lecture¹⁵⁹, comparativement à ces

¹⁵⁴ Emprunté à l'Avocat général W. GANSHOF VAN DER MEERSCH *in* C. Cass belge 1^{ère} ch. [aud. pl.], 07 mars 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 744.

¹⁵⁵ Cour EDH [S. Pl], 27/09/1990, *Cossey c./ Royaume-Uni*, A/184, § 35. Dans le même sens, au point 7 de leur opinion dissidente commune jointe à l'arrêt Cour EDH [G. Ch], 19/04/2007, *Vilho Eskelinen et al. c./ Finlande*, n° req. 63235/00 (Obs. G. GONZALEZ, *RFDA*, 2007, à paraître), les juges J.-P. COSTA, L. WILDHABER, R. TÜRMEEN, L. BORREGO et D. JOČIENĚ observent, au sujet de la Cour qui opte dans la présente affaire pour un revirement de jurisprudence, « [qu'] *en général, elle procède ainsi lorsqu'il y a des développements nouveaux, lorsqu'un besoin nouveau apparaît* ».

¹⁵⁶ Cour EDH [G. Ch], 04/02/2005, *Mamatkulov et Askarov c./ Turquie*... précité.

¹⁵⁷ Isolément, la référence faite par la Cour au § 121 de l'arrêt retient l'attention (*Ibid.*) au caractère « vivant » de la Convention sous-tend la nécessité d'interpréter ce texte protecteur à la lumière des conditions actuelles. Sur le thème de l'interprétation évolutive, se reporter, notamment, à F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », *in Raisonner la raison d'État*, (dir.) Mireille DELMAS-MARTY, PUF, 1989, pp. 405-463, spéc. pp. 443-445.

¹⁵⁸ En l'occurrence celle de l'article 39 de son Règlement intérieur qui prévoit le prononcé de mesures provisoires par la Cour EDH.

mêmes sources, ne s'avère pas pour autant marginale. Le revirement opéré se réduit à une mise en phase jurisprudentielle. Aussi, subséquemment, ce « changement de cap jurisprudentiel » prévient, au surplus, un manque de cohésion entre la position d'instances internationales et celle de la Cour européenne sur la question du caractère contraignant de mesures provisoires, respectivement prononcées par elles, qu'aurait induit le maintien par la juridiction strasbourgeoise de sa solution jurisprudentielle passée.

¹⁵⁹ Qui fut cependant dénoncée par certains membres de la formation de jugement. Dans leur opinion partiellement dissidente commune jointe à l'arrêt Cour EDH [G. Ch], 04/02/2005, *Mamatkulov et Askarov c./ Turquie* (précité), les juges L. CAFLISCH, R. TÜRMEŒN et A. KOVLER observent que « *si la Cour est habilitée à interpréter les dispositions de la Convention, elle ne peut pas – que ce soit par la voie de l'interprétation, celle de l'adoption de règles de procédure, ou les deux – introduire de nouvelles dispositions dans la Convention, même s'il existe une pratique relativement répandue dans le sens désiré, tant que cette pratique n'est pas uniforme. Seuls les États parties dans leur ensemble peuvent amender la Convention en la complétant* » (pt. 7).

Chapitre 2.

L'utilisation du droit international au service de la protection des droits fondamentaux européens.

L'idée que nous tenterons de mettre en valeur est que le juge européen n'hésite plus à utiliser le droit international pour faire évoluer, de manière positive, le système européen de protection des droits de l'homme¹. Tout se passe alors comme s'il existait une directive d'interprétation « implicite » obligeant le juge européen à prendre en considération le droit international dans l'interprétation des articles composant la Convention². D'une part, et s'agissant de l'article 1^{er}, il est frappant de constater que la définition de la notion de juridiction puise ses racines dans la théorie des compétences consacrée en droit international. Ceci est encore plus vrai dans les affaires posant la question de « *l'applicabilité de la CEDH à la totalité du territoire des Etats parties* »³.

¹ WECKEL (P.), « Les confins du droit européen des droits de l'homme et le progrès du droit », in *Libertés, justice et tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 1741. Néanmoins, l'auteur remarque que dans les affaires *Al Adsani* et *Bancovic* « *le recours au droit international général ouvre une brèche, une faille ou provoque du moins une fissure dans le système de protection des personnes* ».

² Il existe des clauses de renvoi au droit international, Voy. les articles 7§2, 15 § 1 et l'article 1 du 1^{er} protocole additionnel.

³ FLAUSS (J.-F.), « Convention européenne des droits de l'homme », in Chagnollaud (D.) et Drago (G.) (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, 2006, p. 85.

Cette étude s'intéressera également à la place du droit international dans la détermination du régime juridique des droits garantis. La tendance à utiliser le droit international, voire la *soft law* traduit ici une volonté de donner une assise à l'interprétation dynamique cher au juge européen surtout lorsqu'il s'agit de droits sociaux (liberté syndicale⁴) ou de droits de la 3^{ème} génération (droit à l'environnement). De ce point de vue, le recours au droit international devient « *un élément de coordination* »⁵ entre le système européen et les autres traités de protection des droits de l'homme, voire une expression de l'interpénétration des différents systèmes de protection.

Ainsi, seront successivement examinées ces deux facettes de l'utilisation du droit international : une utilisation au service de l'efficacité du mécanisme de protection conventionnel (**section I**) puis une utilisation au service de l'effectivité de la protection des droits fondamentaux (**section II**).

⁴ Voy. notamment la polémique suscitée par la référence à la Charte sociale européenne dans l'affaire *Demir et Baykara*, RENUCCI (J.-F.) et BIRSAN (C.), « la Cour européenne des droits de l'homme et la Charte sociale européenne : les liaisons dangereuses », *Dalloz*, 2007, p. 411 ; MARGUENAUD (J.-P.) et MOULY (J.), « Le droit à la négociation collective, "partie inséparable" de la liberté syndicale », *JCP*, 2007, II 10037-10038, p. 35 et RENUCCI (J.-F.), « Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens », *JCP*, 2007, 120, p. 3.

⁵ COHEN-JONATHAN (G.), « Les rapports entre la Convention européenne des droits de l'homme et les autres traités conclus par les Etats parties », in *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe, Essays in Honour of Henry G. Shermers*, Martinus Nijhoff publishers, 1994, p. 86.

Section 1. L'utilisation du droit international au service de l'efficacité du mécanisme de protection conventionnel⁶.

L'importance de l'article 1^{er} dans le système conventionnel n'est plus à démontrer. En revanche, l'interprétation de la notion de juridiction par le juge européen demeure incertaine et complexe⁷. Plus encore, elle est au centre du questionnement sur le pouvoir du juge européen⁸ qui se traduit, ici, par cette faculté essentielle : déterminer lui-même l'étendue de sa compétence en appréciant si les faits allégués relèvent de la juridiction d'un Etat partie au sens de l'article 1^{er} de la Convention⁹. En ce sens, seuls les actes ou omissions relevant de la juridiction d'un Etat partie lui seront imputables¹⁰, et engageront,

⁶ Par Mustapha AFROUK, Doctorant, Chargé de travaux dirigés, Université Montpellier I (IDEDH).

⁷ VAN DROOGHENBROECK (S.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, Vol. 1, Articles 1 à 6 de la Convention, Les dossiers du journal des Tribunaux, n° 57, Larcier, 2006, p. 13 : « *La notion de juridiction (...) est sans conteste l'une des plus complexes du droit conventionnel* ».

⁸ Voy., pour exemple, la polémique suscitée par l'affaire *Ilascu* (08/07/2004, n°48787/99). Le juge européen aurait outrepassé ses compétences en s'arrogeant le droit de déterminer si un Etat exerce sa souveraineté ou non sur son territoire : JACQUEMOT (F.), *Le standard européen de société démocratique*, thèse dactylographiée, Université Montpellier I, 2005, p. 338-339. Dans la même affaire *Ilascu*, le juge Kovler commence son opinion dissidente par cette citation « *La frontière entre le judiciaire et le politique n'est plus ce qu'elle était. Les fondements de la légitimité non plus. Encore moins la normativité, désormais plurielle et de plus en plus diffuse.* » (A. Lajoie, *Jugements de valeurs*, PUF, 1997, p. 207).

⁹ Cf. CARRILLO-SALCEDO (J.-A.), « Article 1 », in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} éd., 1999, p.135 et COSTA (J.-P.), « Qui relève de la juridiction de quel(s) Etat(s) au sens de l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice et tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 483.

¹⁰ Voy. ComEDH, 02/05/1978, *Bertrand Russell Peace Foundation Ltd c. Royaume-Uni*, n° 7597/76, DR 14, p. 132 : « le fait concret dont découle la violation alléguée doit se situer dans la sphère de juridiction de l'Etat contractant, au moins en ce sens

par là même, sa responsabilité. La compétence de la Cour est, on le voit bien, tributaire de l'interprétation de la notion de juridiction. Or, dans cette recherche du sens¹¹, force est de constater que le droit international s'est très vite imposé comme la source d'inspiration privilégiée du juge européen¹². On a pu fonder ce rattachement au

qu'il doit relever de l'exercice de la 'juridiction' de cet Etat ou de l'omission d'exercer sa juridiction légale, c'est-à-dire son pouvoir souverain », et CourEDH, (GC) 08/07/2004, *Ilaşcu et al. c. Moldova et Russie*, § 311, n° 48787/99. Les notions d'imputabilité et de responsabilité ne vont pas toujours de pair, voy. CourEDH, (GC) 08/04/2004, *Assanidze c. Géorgie*, § 144, n° 71503/01.

¹¹ Le professeur DECAUX estime que devant cette question du champ d'application territoriale de la Convention « *deux logiques contradictoires s'affrontaient* » : la logique classique de l'effet relatif des traités et la logique institutionnelle inhérente à la vocation du Conseil de l'Europe de créer un « *espace commun de droit* », in « Le territoire des droits de l'homme », *Liber Amicorum Marc-André Eissen*. Bruylant/LGDJ, 1995, p. 65. En fait, les organes de Strasbourg ont très vite privilégié l'esprit « *contre la lettre de l'article 1^{er} en étendant le champ d'application de la Convention même sur le territoire d'Etats non parties à la Convention* », (DIPLA (H.), *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme - Problèmes d'imputation*. Publications de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, série n° 1, Pedone, 1994, p. 46). Dans le même sens, le professeur L. CONDORELLI estime « *[qu']on a quelque peu manipulé la lettre de certaines dispositions portant sur les droits de l'homme afin de réduire au minimum (sinon éliminer) l'iniquité inhérente au fait que certains comportements d'Etats dans ce domaine, illicites s'ils surviennent dans un lieu donné, soient à qualifier comme parfaitement licites lorsqu'ils surviennent ailleurs* », (« L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, 1984, VI, tome 189, p. 91).

¹² La référence au droit international est progressive, passant d'une prise en compte nécessaire à une quasi-obligation : cf. ComEDH, 16/01/1995, *Gestra c. Italie*, 16/01/1995, n° 21072/92, DR 80-A, p. 93 : « qu'il peut se révéler utile de tenir compte, pour l'interprétation des dispositions de la Convention, de dispositions contenues dans d'autres instruments juridiques internationaux qui assureraient une protection des droits fondamentaux plus ample que celle prévue dans la Convention » (nous soulignons) ; CourEDH, (GC) 21/11/2001, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, Rec. 2001-XI, § 55 : « *La Convention, (...) ne saurait s'interpréter dans le vide. La Cour ne doit pas perdre de vue le caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme que revêt la Convention et elle doit tenir compte des principes pertinents du droit international* » (nous soulignons) ; CourEDH, 18/12/1996, *Loizidou c. Turquie* (fond), Rec. 1996-VI, § 43 : « *La Cour estime que les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter et s'appliquer dans le vide.*

droit international sur l'idée d'un système européen ne se suffisant pas à lui-même¹³. Dans une démarche qui n'est pas très différente, le Professeur Cohen-Jonathan propose de partir du postulat selon lequel « *le système européen n'est pas extérieur à l'ordre juridique international (...) dont il est issu* »¹⁴ et « *tire sa validité et sa force juridique du droit international commun* »¹⁵. On comprend, ainsi, que le juge européen ait été porté, par un réflexe naturel, vers les principes du droit international¹⁶. Il reste que ce recours aux règles du droit international public n'est pas sans limites. Il doit se concilier avec le

Considérant le caractère particulier de la Convention en tant que traité sur les droits de l'homme, elle doit aussi prendre en compte toute règle pertinente de droit international lorsqu'elle se prononce sur des différends concernant sa juridiction » (nous soulignons). Avec la décision **Bancovic**, la référence se précise, « (...) la Cour considère que, du point de vue international public, la compétence juridictionnelle d'un Etat est principalement territoriale... », § 59 (nous soulignons), cf. également CourEDH, 14/12/2006, **Markovic et autres c. Italie**, n° 1398/03, § 49). Enfin, la référence s'impose d'elle-même dans la jurisprudence récente, voy. parmi d'autres, CourEDH, 14/08/2002, **Gentilhomme, Schaff-Benhadj et Zerouki c. France**, n° 48205/99, 48207/99 et 48209/99, § 20 : « La Cour rappelle à cet égard que la notion de « juridiction » au sens de l'article 1 de la Convention « doit passer pour refléter » la conception de cette notion en droit international public. » (nous soulignons). Cette référence oblige les requérants à invoquer des principes de droit international, voy. CourEDH, Déc. 14/03/2006, **Sadam Hussein**, n°23276/04. Enfin, l'affaire **Ilascu** marque un tournant dans la mesure où la Cour prend directement appui sur les travaux de la Commission du droit international et en particulier sur le projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour les actes internationalement illicites (2001).

¹³ CALFLISCH (L.) et CANCADO TRINITADE (A. A.), « Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », *RGDIP*, 2004, p. 5.

¹⁴ COHEN-JONATHAN (G.), « L'affaire Loizidou devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RGDIP*, 1998, p. 125. et, du même auteur, « Les réserves dans les traités relatifs aux droits de l'homme », *RGDIP*, 1996, p. 917.

¹⁵ COHEN-JONATHAN (G.) et FLAUSS (J.-F.), « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international général », *AFDI*, 2000, p. 614.

¹⁶ Ainsi, selon la Cour, « *les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter et s'appliquer dans le vide* », « *la Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international dont elle fait partie intégrante* ».

caractère particulier de la Convention en tant qu'instrument de protection des droits de l'homme¹⁷. En vérité, il s'agit d'interpréter la Convention en conciliant deux logiques : respecter le caractère objectif de la Convention tout en s'inspirant de règles extérieures propres au droit international compris comme l'ordre juridique de référence en matière de droits de l'homme¹⁸. En somme, il est acquis que « *l'ordre public européen n'est pas un ordre tourné vers lui-même. Son autonomie ne l'empêche pas d'entretenir des relations avec l'ordre juridique international* »¹⁹.

Reste la question de l'utilité de ce recours. Le premier intérêt pour le juge européen réside dans la motivation de ses jugements. La référence au droit international donne une certaine crédibilité, une assise certaine à sa solution. Elle participe, à travers la recherche d'un consensus, à asseoir l'autorité de ses jugements. De « *cette utilisation*

¹⁷ Cf., parmi d'autres, CourEDH, 18/12/1996, *Loizidou c. Turquie* (fond), Rec. 1996-VI, § 43 ; CourEDH, (GC) 21/11/2001, *Fogarty c. Royaume Uni*, § 35, Rec. 2001-XI ; CourEDH, (GC) Déc. 12/12/2001, *Bancovic et autres c. la Belgique, la République tchèque, le Danemark, la France, l'Allemagne, la Grèce, la Hongrie, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, la Pologne, le Portugal, l'Espagne, la Turquie et le Royaume-Uni*, § 57, n° 55207/99 ; CourEDH, (GC) 21/11/2001, *Al Adsani c. Royaume-Uni*, § 55, Rec. 2001-XI ; CourEDH, (GC) 04/02/2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, § 111, n° 46827/99 et 46951/99 et CourEDH, (GC), Déc. 31/05/2007, *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. Allemagne, France et Norvège*, § 122, n° 71412/01 et n° 78166/01.

¹⁸ De FROUVILLE (O.), *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, Série n°7, Pédone, 2004, p. 7.

¹⁹ ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « La Cour européenne des droits de l'homme à la croisée des chemins. Réflexions sur quelques tendances de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1999 à 2002 », *CDE*, 2002, p. 754.

stratégique »²⁰ se dégage une observation : la référence au droit international ne sert qu'à conforter les orientations du juge européen. Dit autrement, la jurisprudence européenne relative à la notion de juridiction révèle une instrumentalisation du droit international qui, contrairement à une idée souvent admise, ne correspond pas nécessairement à une interprétation extensive, dynamique de la Convention²¹. L'invocation du droit international est, ainsi, susceptible de servir une interprétation restrictive de l'article 1^{er}. Preuve en est, la décision *Bancovic*²² qui, prenant appui le droit international, opte pour une définition territoriale de la notion de juridiction.

²⁰ EUDES (M.), *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, Série n° 8, Pédone, 2005, p. 263.

²¹ Pour un recours au droit international au profit d'une interprétation dynamique de la Convention, voy. en particulier, la jurisprudence *Loizidou* et l'application implicite de la théorie des compétences en raison des services publics, TAVERNIER (P.), « Le droit international dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : l'apport des arrêts Loizidou c/ Turquie », in *Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Mélanges Raymond Goy*, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 424 et « La Cour européenne des droits de l'homme applique-t-elle le droit international ou un droit de type interne », in P. Tavernier (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite*. Bruyant, 1996, p. 22 ; COHEN-JONATHAN (G.), « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*. Bruyant, 2000, p. 171 et « Droit international et droits de l'homme », in Yotopoulos-Marangopoulos (A.) (dir.), *L'Etat actuel des droits de l'homme dans le monde. Défis et perspectives*. Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, Série n° 10, Pédone, 2006, p. 44.

²² Voy. COHEN-JONATHAN (G.), « La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2002, p. 1055 ; chron. SUDRE (F.), *JCP*, 16 janvier 2002, I 105 ; chron. WECKEL (Ph.), *RGDIP*, 2002, p. 438 et chron. FLAUSS (J-F.), *AJDA*, 2002, p. 501.

Partant, le recours au droit international permet de justifier plusieurs orientations jurisprudentielles. D'une acception large des actes accomplis par les Etats en dehors de leur territoire à leur exclusion au profit d'une compétence juridictionnelle s'exerçant, surtout et avant tout, sur le territoire de l'Etat. On ne s'intéressera ici qu'au recours à une définition territoriale de la compétence des Etats dont la finalité, dans le système conventionnel, serait de protéger les souverainetés étatiques²³. Il est significatif de constater que cette définition paraît, à première vue, inappropriée eu égard à l'impératif de « *sauvegarde et [de] développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »²⁴.

Toutefois, s'en tenir à cette présentation reviendrait à défendre l'idée qu'une définition territoriale de la notion de juridiction serait nécessairement synonyme d'un recul de la protection des droits fondamentaux. Au fond, qu'a-t-on retenu de la décision **Bancovic** si ce n'est que la Cour a entendu limiter la liste des actes extraterritoriaux en soulignant que « *la Convention est un traité multilatéral opérant, (...) dans un contexte essentiellement régional, et plus particulièrement dans l'espace juridique des Etats contractants* »²⁵ ? On aurait tort de mettre uniquement l'accent sur cette nouvelle orientation, qui a d'ailleurs été quelque peu nuancée par

²³ FLAUSS (J.-F.), « Le droit international général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Cohen-Jonathan (G.) et Flauss (J.-F.) (dir.), *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, Nemesis. Bruylant, 2004, p. 104.

²⁴ Préambule de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

²⁵ Déc. **Bancovic** précitée, § 80.

la suite²⁶. La décision *Bancovic* a d'autres implications liées notamment à la question de l'étendue de la responsabilité des Etats pour les faits se déroulant sur leur territoire²⁷. En effet, l'application régionale de la Convention va de pair avec le souci du juge européen de veiller à ce que les Etats répondent du respect de la Convention sur l'ensemble de leur territoire²⁸. Il faut, alors, souligner, qu'« *au-delà même des apparences, [l'attitude de la Cour dans la décision Bancovic] peut finalement se révéler protectrice des droits de l'homme* »²⁹. De ce point de vue, il ne semble pas impossible de soutenir que les craintes suscitées par la décision *Bancovic* se sont révélées, en partie, infondées. La démarche adoptée ici consistera à montrer que le juge européen, tirant les conséquences de la territorialité du système européen de protection des droits de l'homme, a su mettre le droit international au service de l'efficacité du mécanisme de protection conventionnel.

²⁶ Voy. CourEDH, 16/11/2004/, *Issa et autres c. Turquie*, n° 31821/96.

²⁷ Cf. CourEDH, (GC) 08/04/2004, *Assanidze c. Géorgie*, n° 71503/01 et CourEDH, (GC), 08/07/2004, *Ilascu et al. c. Moldova et Russie*, n° 48787/99. Voy. SUDRE (F.) in *GACEDH* 2005, n° 67, p. 659 ; PETCULESCU (I.), « Droit international de la responsabilité et droits de l'homme. A propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 juillet 2004 dans l'affaire Ilascu et autres c. la république de Moldova et la Fédération de Russie », *RGDIP*, 2005, p. 581 ; COHEN-JONATHAN (G.) « A propos des arrêts Assanidze (8 avril 2004), Ilascu (8 juillet 2004) et Issa (16 novembre 2004). Quelques observations sur les notions de "juridiction" et d'"injonction" », *RTDH*, 2005, p. 767 ; chron. FLAUSS (J.-F.) et COHEN-JONATHAN (G.), *AFDI*, 2004, p. 778 ; EUDES (M.) et De FROUVILLE (O.), in chron. TAVERNIER (P.) et DECAUX (E.) (dir.), *JDI*, 2005, p. 469 à 472 ; chron. SUDRE (F.) (dir.), *RDP*, 2005, p. 759 ; Chron. WECKEL (Ph.) (dir.), *RGDIP*, 2004, p. 741 et 1036.

²⁸ PANOUSSIS (I.), « L'obligation générale de protection des droits de l'homme dans la jurisprudence des organes internationaux », *RTDH*, 2007, p. 436.

²⁹ RENUCCI (J.-F.) « L'applicabilité de la Convention européenne n'est pas sans limites », *Dalloz*, 2002, chron. p. 2567.

On le voit, le recours à la compétence territoriale des Etats pour délimiter la notion de juridiction recouvre deux objectifs : d'une part, rassurer les Etats en limitant « *le cercle des actes extra-territoriaux* »³⁰ et, d'autre part, les responsabiliser en consacrant une présomption de compétence territoriale, « *en ce sens qu'il est présumé [que la compétence juridictionnelle d'un Etat] s'exerce normalement sur l'ensemble de son territoire* »³¹. Comme l'écrit Florence Jacquemot, « *l'attitude restrictive de la Cour européenne à l'égard de la responsabilité extraterritoriale des Etats contractants est à opposer à son inflexibilité quant à leur responsabilité territoriale* »³². L'approche suivie par la Cour dans la décision **Bancovic**³³ ne serait donc pas reléguée à l'Histoire³⁴ et consacrerait, bien au contraire, la ligne directrice du juge européen en matière d'interprétation de l'article 1^{er}. Dans cette dynamique jurisprudentielle, le rôle du droit international a été déterminant. Dès lors, il conviendra de distinguer, en premier lieu, le recours explicite au droit international dans la consécration d'une nouvelle définition de la notion de juridiction (§1)

³⁰ FLAUSS (J.-F.), « Le droit international général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Cohen-Jonathan (G.) et Flauss (J.-F.) (dir.), *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, Nemesis. Bruylant, 2004, p. 103.

³¹ CourEDH, (GC) 08/07/2004, *Ilascu et al. c/ Moldova et Russie*, n° 48787/99, § 312.

³² JACQUEMOT (F.), *Le standard européen de société démocratique*, thèse dactylographiée, Université Montpellier I, 2005, p. 327.

³³ Au-delà d'un sentiment de soulagement pour les Etats heureux que la Cour consacre une définition territoriale de la notion de juridiction, la décision **Bancovic** rappelle également que la Convention trouve d'abord à s'appliquer au sein de l'espace géographique des Etats contractants. Il semble que certains Etats n'aient pas mesuré les conséquences d'une telle affirmation.

³⁴ VAN DROOGHENBROECK (S.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, Vol. 1, Articles 1 à 6 de la Convention, Les dossiers du journal des Tribunaux, n° 57, Larcier, 2006, p. 17.

et, en second lieu, le recours implicite au droit international dans la mise en œuvre de cette définition (§2).

§ 1 : Le recours explicite au droit international dans la consécration d'une nouvelle définition de la notion de juridiction.

Le temps des références implicites et énigmatiques au droit international est désormais révolu, la décision *Bancovic* se rallie expressément à la théorie des compétences consacrée en droit international³⁵ en soulignant que « *du point de vue du droit international public, la compétence juridictionnelle d'un Etat est principalement territoriale* »³⁶. Il s'agit de « *“corriger“ certaines formules, peut-être trop larges de la Commission* »³⁷. La chose est entendue : la compétence des Etats est essentiellement territoriale. En d'autres termes, « *l'aptitude de l'Etat à exercer son autorité* »³⁸ ne

³⁵ Voy. notamment DUPUY (P.-M), *Droit international public*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2004, p. 62 et s.

³⁶ Déc. *Bancovic* précitée, § 59.

³⁷ COHEN-JONATHAN, *Aspects européens des droits fondamentaux*, Monchrestien, coll. « Préparation au CRFPA », 2^{ème} éd., 1999, p. 16. On relèvera, néanmoins, que la Commission a assigné certaines limites à la compétence extraterritoriale des Etats. Voy. ComEDH, 02/05/1978, *Bertrand Russell Peace Foundation Ltd c. Royaume-Uni*, n° 7597/76, DR 14, p. 117. A l'inverse, Syméon KARAGIANNIS écrit qu'il « *est caractéristique que la Cour, cherche tout au long de sa décision, à rattacher la solution Bancovic à une jurisprudence, tant d'elle-même que de la Commission* », in « Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme. *Vaetera et nova* », *RTDH*, 2005, p. 106.

³⁸ DUPUY (P.-M), *Droit international public*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2004, p. 62 : « *La compétence territoriale (...) doit s'entendre comme l'aptitude de l'Etat à exercer son autorité conformément au droit international, aussi bien sur les biens que sur les situations, les personnes et les activités placées ou exercées à l'intérieur de son territoire* ». Voy. également la définition donnée dans le *Dictionnaire de la terminologie du droit international* : « *Terme désignant le pouvoir juridique d'un*

s'appliquera, par principe, qu'à l'intérieur de son territoire. Nous analyserons la question du rattachement au droit international (A), avant de s'interroger sur la portée de la territorialisation de la notion de juridiction (B).

A. Un changement perceptible dans le rattachement au droit international.

Rendue en Grande Chambre et à l'unanimité, la décision **Bancovic** a permis à la Cour européenne de consacrer sa position de principe³⁹ quant à l'interprétation de la notion de juridiction. C'est dire si le recours aux règles pertinentes du droit international public revêt, ici, une importance considérable. « *Voulant apporter du "neuf", mais sans contrarier l'"ancien"* »⁴⁰, cette décision « *se livre par endroits à des exercices d'équilibriste délicats* ». Afin d'assurer au mieux ce numéro d'équilibriste, la Cour se devait d'avoir des appuis solides. Le droit international avait cette qualité. En s'appuyant sur le droit international afin d'opérer un mouvement de repli dans l'interprétation de l'article 1^{er}, la Cour européenne cherche à neutraliser la

Etat d'agir, d'exercer des fonctions dans l'espace qui constitue, au sens large, le territoire de cet Etat », p. 136.

³⁹ La décision est citée comme position de principe dans toute la jurisprudence ultérieure. Voy. CourEDH, 14/05/2002, **Gentilhomme, Schaff-Benhadj et Zerouki c. France**, § 20, n° 48205/99, 48207/99 et 48209/99 ; CourEDH, Déc. 12/12/2002, **Kaloperopoulou et al. c. Grèce et Allemagne**, n° 59021/00 ; CourEDH, (GC) 08/07/2004, **Ilaşcu et al. c. Moldova et Russie**, § 312, n° 48787/99 ; CourEDH, (GC) 08/04/2004, **Assanidze c. Géorgie**, § 137, 08/04/2004, n° 71503/01 ; CourEDH, (GC) 14/12/2006, **Markovic et autres c. Italie**, § 49, n° 1398/03 ; CourEDH, (GC), Déc. 31/05/2007, **Behrami et Behrami c. France et Saramati c. Allemagne, France et Norvège**, § 69, n° 71412/01 et n° 78166/01 et CourEDH, 16/11/2006, **Issa et autres c. Turquie**, § 67, n° 31821/96.

⁴⁰ KARAGIANNIS (S.), « Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme. *Vaetera et nova* », *RTDH*, 2005, p. 107.

jurisprudence de la défunte Commission européenne. Volonté de rupture qui résulte d'un raisonnement subtil du juge, ouvrir le système européen de protection des droits de l'homme à des règles externes pour en justifier le « recentrage »⁴¹. L'internationalisation de la notion de juridiction justifierait sa territorialisation⁴².

Il faut relever, en premier lieu, qu'avec la décision *Bancovic*, le juge européen met fin à une certaine réserve dans le rattachement au droit international. Réserve qui amenait la doctrine à s'interroger sur l'existence ou non d'un recours implicite aux principes du droit international. Vainement ferait-on falloir un recours plus clair dans les affaires *Loizidou* et *Chypre*. La Cour y évoquait sans la moindre précision des « principes pertinents de droit international régissant la responsabilité de l'Etat »⁴³ afin de découpler la notion de juridiction du territoire des Etats parties⁴⁴. Il était difficile, dans ces conditions, d'apprécier la véritable portée du recours au droit international.

⁴¹ Le terme est employé par WECKEL (Ph.), *RGDIP*, 2002, p. 438.

⁴² Voir COHEN-JONATHAN (G.), « La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2002, p. 1055.

⁴³ CourEDH, 18/12/1996, *Loizidou c. Turquie* (fond), § 52 Rec. 1996-VI et CourEDH, (GC) 10/05/2001, *Chypre c. Turquie*, § 76, Rec. 2001-IV. Le contraste est encore plus saisissant lorsqu'on se réfère à la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme. Il apparaît que les références expresses au droit international sont quasi inexistantes. Seule une décision évoque l'utilité « de tenir compte, pour l'interprétation des dispositions de la Convention, de dispositions contenues dans d'autres instruments juridiques internationaux qui assureraient une protection des droits fondamentaux plus ample que celle prévue dans la Convention » (ComEDH, 16/01/1995, *Gestra c. Italie*, n° 21072/92, DR 80-A, p. 93).

⁴⁴ KARAGIANNIS (S.), « Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2005, p. 87. La doctrine internationaliste préfère évoquer une « délocalisation » de l'imputation des infractions. Voy. CONDORELLI (L.), « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, 1984, VI, tome 189, p. 92.

A *contrario*, dans la décision **Bancovic**, le recours au droit international devient explicite et vise, désormais, à limiter le champ d'application territorial de la Convention et, par suite, la compétence de la Cour.

La Cour s'appuie expressément sur le droit international pour limiter sa compétence. Soulignant que « *du point de vue du droit international public, la compétence juridictionnelle d'un Etat est principalement territoriale* »⁴⁵, la Cour estime « *que l'article 1 de la Convention doit passer pour refléter cette conception ordinaire et essentiellement territoriale de la juridiction des Etats, les autres titres de juridiction étant exceptionnels et nécessitant chaque fois une justification spéciale, fonction des circonstances de l'espèce* »⁴⁶. Pour donner force à cette nouvelle approche, la Cour cite, non pas la jurisprudence internationale, mais d'éminents auteurs du droit international public⁴⁷ dont les écrits viennent confirmer le caractère exceptionnel et les limites à un exercice extraterritorial par un Etat de sa juridiction. Ce faisant, la Cour épouse la définition des compétences en droit international public aux termes de laquelle l'Etat

⁴⁵ Déc. **Bancovic** précitée, § 59.

⁴⁶ *Ibid.*, § 61.

⁴⁷ La Cour cite MANN, « *The Doctrine of Jurisdiction in International Law* », RdC, 1964, vol. 1 ; MANN, « *The Doctrine of Jurisdiction in International Law, Twenty Years Later* », RdC, 1984, vol. 1 ; BERNHARDT, *Encyclopaedia of Public International Law*, édition 1997, vol. 3, pp. 55–59 (« *Jurisdiction of States* »), et édition 1995, vol. 2, pp. 337–343 (« *Extra-territorial Effects of Administrative, Judicial and Legislative Acts* ») ; *Oppenheim's International Law* 9^e édition 1992 (Jennings and Watts), vol. 1, § 137 ; P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 4^e édition 1998, p. 61 ; BROWLIE, *Principles of International Law*, 5^e édition 1998, pp. 287, 301 et 312–314 ; Higgins, « *Problems and Process* » (1994), p. 73 et NGUYEN Quoc Dinh, *Droit international public*, 6^{ème} édition 1999 (DAILLIER et PELLET), p. 500.

se définit par son aptitude à exercer son autorité à l'intérieur de son territoire et sur les personnes de sa nationalité, et qui sont susceptibles, par ailleurs, de se trouver hors de ses frontières⁴⁸.

Cette théorie des compétences n'exclut pas que l'Etat accomplisse des actes extraterritoriaux. A cet égard, il est intéressant de relever que la Cour, soucieuse de faire une bonne application de ces règles, mentionne quelques-unes de ces hypothèses. Elle relève, en particulier, l'exercice des compétences personnelles, les affaires concernant des actes accomplis à l'étranger par des agents diplomatiques ou consulaires⁴⁹, ou à bord d'aéronefs immatriculés dans l'Etat en cause ou de navires battant son pavillon⁵⁰ en précisant que « *le droit international coutumier et des dispositions conventionnelles ont reconnu et défini l'exercice extraterritorial de sa juridiction par l'Etat concerné* »⁵¹. En outre, la Cour, poursuivant ses références au droit international, relève à plusieurs reprises que la possibilité pour un Etat d'exercer sa compétence hors de son territoire est souvent limitée par la compétence territoriale de l'Etat hôte⁵². Il

⁴⁸ *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, 1960, p. 137.

⁴⁹ ComEDH, 25/09/1965, *X. c. R.F.A.*, n°1661/62, *Annuaire de la Convention* 8, p. 158 à 169 et ComEDH, 15/12/1977, *X. c. Royaume-Uni*, n° 7547/76, DR 12, p. 73 à 76.

⁵⁰ CourEDH, Déc. 11/01/2001, *Xhavara et quinze autres c. Italie et Albanie*, n°39473/98 et CourEDH, Déc. 16/01/2001, *Leray et al. c. France*, n° 44617/98.

⁵¹ Déc. *Bancovic* précitée § 73.

⁵² *Ibid.*, § 60. La Cour avait-elle en tête l'affaire *Ocalan* ? Les Professeurs FLAUSS et COHEN-JONATHAN estiment que dans la liste dressée par la Cour dans la décision *Bancovic* « *ne figure pas explicitement le cas de l'arrestation (...) par les agents d'un Etat, sur le territoire d'un autre Etat, d'un individu poursuivi pénalement par le premier nommé* » (AFDI, 2003, p. 676). On pourrait, à l'instar du Professeur DUPUY (*op. cit.* p. 242), estimer qu'il n'y a pas de contradiction entre les deux affaires et que le cas '*Ocalan*' est bien couvert par l'affirmation des limites tenant aux compétences territoriales de l'Etat hôte. Voy., dans le même sens, l'analyse du Professeur

n'en va autrement qu'en cas de « *contrôle effectif exercé par [un Etat contractant] sur un territoire extérieur à ses frontières et sur ses habitants par suite d'une occupation militaire* »⁵³. Qu'elle soit subie ou consentie, la Cour ne reconnaît l'exercice d'une compétence extraterritoriale que si l'Etat contractant « *assum[e] l'ensemble ou certains des pouvoirs publics relevant normalement des prérogatives [du gouvernement local]* »⁵⁴.

Dès lors, si la conception territoriale de la notion de juridiction devient le principe, la Cour, conformément aux enseignements du droit international public, n'en fait pas une règle absolue valable en toute hypothèse. Par conséquent, la Convention peut être en jeu à propos de faits survenus en dehors du territoire des Etats parties⁵⁵. Sur ce point, les positions adoptées par la juridiction européenne et la Cour

WECKEL qui relève, à juste titre, que la Cour a pris en compte l'acquiescement de l'Etat territorial *RGDIP*, 2002, p. 744 et 2003, p. 474. En tout état de cause, la Commission européenne s'était déjà prononcée sur ce point, Cf. ComEDH, 07/10/1980, *Franco Freda c. Italie*, n° 8916/80, DR 21, p. 250 à 255 ; ComEDH, 01/10/1989, *Luc Reinet c. France*, n° 14009/88, DR 63, p. 189 à 192 et ComEDH, 24/06/1996, *Illich Sanchez Ramirez c. France*, n° 28780/95, DR 86-A, p. 155. D'autres auteurs soutiennent la thèse du revirement de jurisprudence, cf. VAN DROOGHENBROECK (S.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, Vol. 1, Articles 1 à 6 de la Convention, *Les dossiers du journal des Tribunaux*, n° 57, Larcier, 2006, p. 17.

⁵³ Déc. *Bancovic* précitée § 71.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ La Cour dresse une liste d'actes extraterritoriaux, § 67 à 73. Elle distingue les actes accomplis sur le territoire des Etats parties et produisant leurs effets sur le territoire des Etats tiers (cas *Soering*) et les actes accomplis et produisant leurs effets en dehors du territoire de l'Etat partie (précédent *Loizidou*). Pour être complet, il faudrait également mentionner l'affaire *Drozd et Janousek* dans laquelle la Cour avait admis que la responsabilité des Parties contractantes pouvait entrer en jeu à raison d'actes émanant de leurs organes ayant été accomplis ou ayant produit des effets en dehors de leur territoire.

internationale de justice sont d'ailleurs convergentes. Dans son avis consultatif sur *les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour internationale de Justice a, en effet, observé que « *si la compétence des Etats est avant tout territoriale, elle peut parfois s'exercer hors du territoire national* »⁵⁶.

B. La portée de la territorialisation de la notion de juridiction.

Cette territorialisation de la notion de juridiction remet indiscutablement en cause la jurisprudence de la Commission. Ce décalage se manifeste notamment dans les méthodes d'interprétation. La Commission européenne privilégiait une approche téléologique de l'article 1^{er} en s'appuyant sur « *l'objet dudit article ainsi que du but de la Convention toute entière* »⁵⁷ de sorte qu'elle n'a pas ressenti le besoin de se fonder sur des règles extérieures. Elle s'est donc repliée sur le caractère objectif de la Convention. Les Etats devaient, par conséquent, respecter les droits et libertés garantis par la Convention

⁵⁶ CIJ, 09/07/2004, *Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, consultable sur le site de la Cour, § 109, chron. WECKEL (Ph.), *RGDIP*, 2004, p. 1017. Dans le même avis, la Cour considère que les deux Pactes lient les Etats lorsqu'ils exercent leur compétence en dehors de leur territoire. Cf. également sur ce point, CIJ, 19/12/2005, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, consultable sur le site de la Cour, § 216 et 170 à 180, chron. WECKEL (Ph.), *RGDIP*, 2006, p. 173 et LATTY (F.), « La Cour internationale de justice face aux tiraillements du droit international : les arrêts dans les affaires des Activités armées sur le territoire du Congo (*RDC c. Ouganda*, 19 décembre 2005 ; *RDC c. Rwanda*, 3 février 2006) », *AFDI*, 2005, p. 205.

⁵⁷ ComEDH, 26/05/1975, *Chypre c. Turquie*, n°6780/74 et 6950/75, DR 2, p. 149. On retrouve la même formule dans l'Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, § 109.

quelle que soit la localisation géographique de l'infraction.⁵⁸ C'est l'exercice par les Etats de leur autorité, de leur compétence qui déterminait, en définitive, l'applicabilité de la Convention. Cette logique sera reprise par la Cour dans ses arrêts *Loizidou* et *Chypre c. RU*.

A l'inverse, la décision *Bancovic* opère un changement radical. Si la Cour cherche toujours « à déterminer le sens ordinaire devant être attribué aux termes « relevant de leur juridiction » dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la Convention »⁵⁹, elle renforce, dans le même temps, la place du droit international dans l'interprétation de l'article 1^{er} au détriment du « caractère particulier de la Convention, instrument de protection des droits de l'homme ». La portée du recours aux travaux préparatoires « donne le sentiment que cette décision *Bancovic* tend à nier le particularisme de la Convention européenne »⁶⁰.

En vérité, la Cour s'attendait à de telles critiques et entend les récuser. Ainsi, elle neutralise les effets de l'interprétation évolutive dans le recours aux travaux préparatoires parce que « contrairement à la question de la compétence des organes de la Convention pour connaître d'une espèce, qui était débattue dans l'affaire *Loizidou* (...),

⁵⁸ ComEDH, 26/05/1975, *Chypre c. Turquie*, n°6780/74 et 6950/75, DR 2, p. 149 : « Il ressort du libellé (...) et de l'objet dudit article ainsi que du but de la Convention toute entière que les Hautes Parties contractantes sont tenues d'assurer ces droits et libertés à toute personne relevant de leur autorité et de leur responsabilité, que cette autorité s'exerce sur leur territoire ou à l'étranger ».

⁵⁹ Déc. *Bancovic* précitée § 56.

⁶⁰ COHEN-JONATHAN (G.), « La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2002, p. 1080.

la portée de l'article 1, qui se trouve au cœur du présent litige, est déterminante pour celle des obligations positives pesant sur les Parties contractantes et, partant, pour la portée et l'étendue de tout le système de protection des droits de l'homme mis en place par la Convention »⁶¹.

En outre, à l'argument des requérants selon lequel une décision affirmant qu'ils ne relevaient pas de la juridiction des Etats défendeurs irait à l'encontre de la mission d'ordre public impartie à la Convention, la Cour répond que, contrairement aux affaires précédemment jugées, le territoire en cause ici ne relevait pas de l'espace juridique des Etats contractants. La qualification de la Convention en un « *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* » va de pair avec « *[sa] vocation essentiellement régionale* »⁶². Partant, « *une limite d'ordre spatial est assignée à l'ordre public européen* »⁶³.

Sur ce point, on notera que les affaires *Loizidou* et *Chypre c. RU* ne concernaient que l'exercice d'actes extraterritoriaux sur le territoire d'un autre Etat partie, Chypre qui « *aurait normalement été couvert par la Convention* »⁶⁴. La juridiction de la Turquie s'exerçait donc au

⁶¹ La Cour poursuit en soulignant « *qu'elle n'interprète pas la disposition en cause « uniquement » en conformité avec les travaux préparatoires et qu'elle ne juge pas ceux-ci « déterminants » ; elle voit plutôt dans les travaux préparatoires une confirmation non équivoque du sens ordinaire de l'article 1 de la Convention tel qu'elle l'a déjà identifié* » (§ 65).

⁶² *Ibid.*, § 80.

⁶³ ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « La Cour européenne des droits de l'homme à la croisée des chemins. Réflexions sur quelques tendances de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1999 à 2002 », *CDE*, 2002, p. 753.

⁶⁴ « Aussi la Cour n'a-t-elle jusqu'ici invoqué l'intérêt d'éviter de laisser des lacunes

sein de l'espace juridique des Etats contractants. *Quid*, alors, des actions militaires ponctuelles accomplies sur le territoire d'un Etat tiers à la Convention ? Le critère du « *contrôle effectif* » peut-il être transposé dans ces hypothèses ?

Dans un arrêt en date du 16 novembre 2004, *Issa et autres c. Turquie*⁶⁵, la Cour a jugé que de telles actions étaient susceptibles d'engager la responsabilité des Etats parties, sous réserve de rapporter la preuve irréfutable d'un « *contrôle effectif temporaire* ». Selon le juge européen, « *l'article 1^{er} ne peut être compris comme autorisant un Etat partie à perpétrer sur le territoire d'un autre Etat des violations de la Convention qu'il ne pourrait commettre sur son propre territoire* »⁶⁶. Certes, une telle hypothèse se distingue, sur plusieurs points, des affaires *Loizidou* et *Chypre c. RU* : il ne s'agit pas d'une occupation de sorte que l'Etat partie n'a pas d'emprise territoriale sur une zone relevant de la souveraineté d'un Etat tiers⁶⁷. D'où l'application du critère du « *contrôle effectif temporaire* ». D'autre part, la localisation géographique de l'infraction alléguée se

ou des solutions de continuité dans la protection des droits de l'homme pour établir la juridiction d'un Etat contractant que dans des cas où, n'eussent été les circonstances spéciales s'y rencontrant, le territoire concerné aurait normalement été couvert par la Convention » (§ 80).

⁶⁵ CourEDH, 16/11/2004, *Issa et autres c. Turquie*, n° 31821/96. Dans cette affaire, les requérants, ressortissants irakiens, soutenaient que leurs proches avaient été et maltraités et tués par des agents de l'armée turque au cours d'opérations menées dans le Nord de l'Irak. Voy. aussi CourEDH, Déc. 14/03/2006, *Sadam Hussein*, n°23276/04.

⁶⁶ *Ibid.*, § 71. La formule est également employée par le Comité onusien, Voy. DIPLA (H.), *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme - Problèmes d'imputation*. Publications de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, série n° 1, Pedone, 1994, p. 51.

⁶⁷ HAUPAIS (N.), « Les obligations de la puissance occupante au regard de la jurisprudence et de la pratique récentes », *RGDIP*, 2007, p. 133.

situe en dehors de l'espace juridique des Etats contractants. Cependant, il nous semble que cette affaire « *se situe dans le prolongement de la décision Bancovic* »⁶⁸. En effet, la Cour complète la liste des actes extraterritoriaux en précisant qu'un Etat qui exerce, exceptionnellement, sa compétence « *sur un territoire extérieur à ses frontières* »⁶⁹, en raison de ses services publics⁷⁰, n'est pas nécessairement un Etat occupant. Aussi, la thèse du revirement de jurisprudence⁷¹ nous paraît excessive. La Cour, elle-même, continue à se référer à la décision **Bancovic** dans cette affaire. En conséquence, la consécration de la territorialité de l'ordre public européen n'est pas remise en cause. Disons simplement que, sur le plan de la limitation des actes extraterritoriaux, la décision **Bancovic** « *est ramenée à de plus justes (...) proportions* »⁷². Encore qu'il faille rappeler que le

⁶⁸ Chron., TAVERNIER (P.), *JDI*, 2005, p. 477. L'auteur relève que cette affaire « *pouvait être rapprochée dans une certaine mesure des affaires Loizidou et Chypre c/Turquie* ».

⁶⁹ Il est vrai que cette formule, appliquée à l'affaire **Loizidou**, ne semblait s'appliquer qu'aux actes accomplis au sein de l'espace géographique des Etats contractants. Néanmoins, cela ne signifie pas que la Cour ait entendu exclure les actes extraterritoriaux accomplis sur le territoire d'un Etat tiers. Sur ce point, voy. les développements éclairants de KARAGIANNIS (S.), « Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme. *Vaetera et nova* », *RTDH*, 2005, p. 111 et s.

⁷⁰ Il est frappant de constater que c'est cette même théorie des compétences en raison des services publics qui était invoquée, par la doctrine, pour rendre compte de la jurisprudence **Loizidou** (cf. note 15).

⁷¹ VAN DROOGHENBROECK (S.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, Vol. 1, Articles 1 à 6 de la Convention, Les dossiers du journal des Tribunaux, n° 57, Larcier, 2006, p. 17 et PANOUSSIS (I.), « L'obligation générale de protection des droits de l'homme dans la jurisprudence des organes internationaux », *RTDH*, 2007, p. 439.

⁷² KARAGIANNIS (S.), « Le territoire d'application de la Convention européenne des droits de l'homme. *Vaetera et nova* », *RTDH*, 2005, p. 119. La grande majorité de la doctrine évoque une neutralisation de la jurisprudence **Bancovic**, cf. SUDRE (F.), in *GACEDH*, n° 67, p. 668 et chron. FLAUSS (J.-F.), *AJDA*, 2005, p. 545.

principe dégagé par l'arrêt *Issa* risque, au regard de l'interprétation restrictive de la Cour quant aux conditions de preuves⁷³, de rester purement formel et symbolique⁷⁴.

Malgré ces exceptions, la décision *Bancovic* a apporté une première pierre à la construction d'un espace européen des droits de l'homme. Restait à responsabiliser les Etats parties pour les faits se déroulant sur leur territoire.

§ 2 : Le recours implicite au droit international dans la définition de l'étendue de la responsabilité de l'Etat pour les situations survenues sur son territoire.

L'option choisie étant celle de la territorialité de la Convention, la Cour devait exiger des Etats un respect absolu des droits et libertés garanties par la Convention sur l'intégralité de leur territoire. Il s'agissait de tirer les conséquences du recentrage du système européen de protection des droits de l'homme. Reprenant d'une main ce qu'elle avait consenti de l'autre, la Cour s'est bien engagée dans cette logique de responsabilisation des Etats à l'égard de « *tous les faits qui se passent sur [leur] territoire* »⁷⁵ dans n'importe quelles circonstances que se soient. Indubitablement, cette intransigeance du juge européen trouve ses fondements dans la

⁷³ CourEDH, 16/11/2004, *Issa et autres c. Turquie*, § 76 et s., n° 31821/96.

⁷⁴ ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « De la difficulté de construire un *ius commune* européen des droits de l'homme. Quelques considérations sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 2004 », *CDE*, 2006, p. 265.

⁷⁵ Voy. la définition donnée dans le dictionnaire de la terminologie du droit international, Sirey, 1960, préf. BASDEVANT (J.), p. 136.

volonté d'éviter que des zones de non-droit voient le jour dans l'espace européen des droits de l'homme⁷⁶. L'ordre public européen mis en exergue dans la décision *Bancovic* ne signifie-t-il pas, en effet, que l'applicabilité de la Convention ne sera absolue qu'au sein du territoire des Etats contractants ? En outre, relativiser l'applicabilité de la Convention selon que les Etats rencontrent ou non des difficultés à exercer leur autorité sur leur territoire aurait porté atteinte à l'homogénéité du standard européen de société démocratique⁷⁷. L'attitude du juge européen révèle ici une utilisation implicite du droit international. D'abord dans la consécration d'une présomption de contrôle de l'Etat sur son territoire (A). Ensuite, dans le recours à la théorie des obligations positives (B).

A. La consécration d'une présomption de compétence territoriale.

Le rattachement au droit international, en ce qui concerne l'interprétation de l'article 1^{er} de la Convention, se poursuit dans l'arrêt *Ilascu*⁷⁸. Un détour par les circonstances de l'espèce nous

⁷⁶ BENOIT-ROHMER (F.), « Pour la construction d'un espace juridique européen de protection des droits de l'homme », *L'Europe des libertés*, mars 2005, p. 5 : « En insistant sur la prépondérance du principe de territorialité dans l'application de la Convention, la Cour a entendu consacrer l'existence d'un espace juridique paneuropéen couvert par la juridiction des États membres. En théorie du moins, la Convention européenne des droits de l'homme s'applique sur l'ensemble du territoire des quarante-six Hautes parties contractantes. Dans cet espace territorial, les zones de non application de la CEDH ne devraient pas exister ».

⁷⁷ JACQUEMOT (F.), *Le standard européen de société démocratique*, thèse dactylographiée, Université Montpellier I, 2005, p. 327.

⁷⁸ En particulier, une référence aux travaux CDI s'agissant de la responsabilité de la Russie

permettra de mieux comprendre les enjeux de cette référence croissante aux principes pertinents du droit international.

Etaient en cause la détention et la condamnation des requérants par les autorités de la République Moldave de Transnitrie, régime sécessionniste de la Moldova soutenu par la Fédération de Russie. Les requérants, arrêtés puis condamnés par un tribunal transnitrien avec la complicité de soldats de la 14^{ème} armée de l'URSS, mettent en cause les Etats de Moldova et de Russie. Ils invoquent la violation de plusieurs droits garantis, notamment des droits « *constituant le noyau dur de ceux protégés par la Convention* », ce qui n'est pas sans conséquence sur la portée du contrôle européen. Ainsi la Cour devait-elle déterminer si les requérants relevaient de la juridiction des deux Etats défendeurs⁷⁹.

Comme nous l'avons vu plus haut, la Cour va consacrer une présomption quasi irréfragable de compétence de l'Etat sur son territoire⁸⁰ avec une conséquence majeure : l'impossibilité pour l'Etat d'exercer son autorité sur une partie de son territoire, « *par une situation de fait contraignante* », n'agira pas comme un fait justificatif.

Fidèle à ses principes, la Cour rappelle que « *l'article 1 de la Convention doit passer pour refléter la conception de cette notion en droit international public* »⁸¹, conception qui est « *principalement*

⁷⁹ Eu égard à la problématique envisagée dans cette étude, nous ne nous intéresserons ici qu'à la responsabilité de la Moldova.

⁸⁰ CourEDH, (GC) 08/07/2004, *Ilascu et al. c. Moldova et Russie*, n° 48787/99, § 312 : « *en ce sens qu'il est présumé [que la compétence juridictionnelle d'un Etat] s'exerce normalement sur l'ensemble de son territoire* ».

⁸¹ *Ibid.*

territoriale, (...) en ce sens qu'il est présumé qu'elle s'exerce normalement sur l'ensemble de son territoire ». On sait, en effet, que le droit international retient cette présomption qui délimite la sphère de souveraineté des Etats⁸². En outre, cette position est conforme à l'article 29 de la Convention de la Vienne qui prévoit qu'un traité lie les parties à l'égard de l'ensemble de leur territoire⁸³. Toutefois, la Cour concède que cette présomption n'est pas irréfragable et qu'elle trouve ses limites dans des circonstances exceptionnelles, « *notamment lorsqu'un Etat est dans l'incapacité d'exercer son autorité sur une partie de son territoire* »⁸⁴.

Il n'en reste pas moins que ces hypothèses exceptionnelles envisagées par la Cour n'ont pas pour objet de rompre le lien entre les individus, victimes de violations des droits et libertés dans lesdites zones, et la juridiction de l'Etat au titre de l'article 1^{er}.

L'Etat en cause qui se trouve dans « *l'impossibilité d'exercer son autorité sur l'ensemble de son territoire par une situation de fait contraignante [...] ne cesse pas pour autant d'exercer sa juridiction*

⁸² Cf. REUTER (P.), *Droit international public*, PUF, coll. « Thémis », 1958, p. 188 : « *Par rapport à l'exercice des compétences de l'Etat, le territoire joue le rôle d'une présomption* » et DUPUY (P.-M.), « *Ainsi qu'il a été affirmée dans la sentence de Lanoux, "la souveraineté territoriale joue à la manière d'une présomption"* », 6^{ème} éd., p. 63.

⁸³ « *A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire* ».

⁸⁴ Arrêt *Ilascu*, § 312. La compétence territoriale d'un Etat se trouve limitée par la compétence extraterritoriale d'un autre Etat. La Cour cite l'exemple d'un Etat qui contrôlerait, par le biais de ses formes armées, un territoire. On pense à l'affaire *Loizidou*. C'est d'ailleurs au titre de ce contrôle global que la Cour retiendra la responsabilité de la Russie.

au sens de l'article 1 »⁸⁵. Seul le contenu de sa responsabilité au titre de l'article 1^{er} variera pour être « *examiné uniquement à la lumière des obligations positives de l'Etat à l'égard des personnes qui se trouvent sur son territoire* »⁸⁶.

B. L'obligation de diligence de l'Etat vis-à-vis des atteintes aux droits de l'homme se produisant sur son territoire.

La question qui se pose ici est celle de savoir si l'Etat de Moldova a pris les mesures nécessaires pour obtenir la libération des requérants se trouvant sur son territoire. La Cour a jugé « *qu'un Etat contractant [peut] être tenu pour responsable des (...) omissions qui lui sont imputables* »⁸⁷. La nouveauté réside dans le fait que la Cour impose des obligations positives à un Etat qui ne contrôle pas une partie de son territoire⁸⁸. Le critère du « *contrôle global* » qui permet d'engager la responsabilité d'un Etat pour des actes extraterritoriaux ne joue plus lorsque les faits allégués se situent sur le territoire de l'Etat en cause. Pour retenir la responsabilité de l'Etat, il suffit de constater que les violations des droits et libertés ont eu lieu sur son territoire, sphère naturelle de sa souveraineté. Dès lors, l'on doit

⁸⁵ *Ibid.*, § 333.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*, § 311.

⁸⁸ Ce qui n'était pas le cas dans l'affaire *Chypre c. Turquie* dans la mesure où, comme l'a souligné Ph. Weckel (*RGDIP*, 2001, p. 1012) l'occupation turque avait anéanti les structures locales et que, par suite, seule la responsabilité de l'Etat occupant pouvait être retenue au titre des ces obligations positives : « [Si] les autorités d'un Etat contractant approuvent, formellement ou tacitement, les actes de particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis par la Convention, la responsabilité dudit Etat peut se trouver engagée au regard de la Convention. Toute autre conclusion serait incompatible avec l'obligation énoncée à l'article 1 de la Convention » (§ 81).

constater que le critère d'autorité, d'exercice de la souveraineté n'est plus le seul à rendre compte de la juridiction d'un Etat. La présomption dégagée par la Cour a pour résultat de « *tisser un lien beaucoup trop fort entre l'idée abstraite de souveraineté territoriale et celle de juridiction* »⁸⁹. Ce n'est que de manière implicite que la Cour considère que l'existence du régime sécessionniste de la RMT ne constitue pas un empêchement absolu pour l'Etat de la Moldova dans la maîtrise de son territoire⁹⁰.

En définitive, il semble logique qu'après avoir constaté que la Moldova n'exerçait pas son autorité sur la RMT, la Cour ne retienne la responsabilité des autorités moldaves qu'au titre des obligations positives pour sanctionner leur carence⁹¹ à prendre les mesures nécessaires afin que les violations des droits et libertés dont sont victimes les requérants cessent⁹². Au fond, on assiste à la dissociation des notions d'imputabilité et de responsabilité dans la mesure où les

⁸⁹ DE FROUVILLE (O.), *JDI*, 2005, p. 475.

⁹⁰ Implicite dès lors qu'en droit international, le critère du caractère contrôlable du fait individuel est fondamental. On voit comment mal comment un Etat qui n'a plus les moyens de maîtriser son territoire pourrait empêcher ou prévenir les agissements de particuliers. Voy. sur ce point, LENOBLE (J.), « Responsabilité internationale des Etats et contrôle territorial », *RBDI*, 1981, p. 104 et WYLER (E.), *L'illicite et la condition des personnes privées, la responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Pédone, 1995, p. 99. Cf. également DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2004, p. 478 : « L'exercice du contrôle territorial peut également expliquer dans certaines circonstances, qu'un fait illicite apparemment attribuable à une ou plusieurs personnes privées soit imputé à l'Etat sur le territoire duquel il a été accompli ; du fait, en particulier, que ce dernier n'a pas déployé la diligence due pour l'empêcher » (nous soulignons).

⁹¹ Le terme est employé par WECKEL (Ph.), *RGDIP*, 2004, p. 1042.

⁹² Arrêt *Ilascu*, § 313 : « L'Etat en question se doit, avec tous les moyens légaux et diplomatiques dont il dispose envers les Etats tiers et les organisations internationales, d'essayer de continuer à garantir la jouissance des droits et libertés énoncés dans la Convention ».

violations en cause ici ne sont pas directement imputables à l'Etat de la Moldova. Manifestement, la notion de juridiction a été enrichie par la théorie des obligations positives⁹³ laquelle donne une nouvelle dimension à la notion d'imputabilité⁹⁴ qui s'élargit, via le droit international de la responsabilité, au défaut de vigilance des autorités à l'égard des actes des particuliers⁹⁵. Comme l'écrit le Professeur L. Condorelli « *ce qui est imputé n'est pas le fait de particuliers mais le comportement des organes de l'Etat ; ce dernier comportement, que la conduite de l'individu se limite à mettre en évidence, peut naturellement avoir un caractère omissif ou commissif et enclenche la responsabilité internationale de l'Etat lorsqu'il représente l'infraction à une obligation de prévention et/ou de répression* »⁹⁶.

C'est bien ce défaut de vigilance qui est stigmatisé par la Cour lorsqu'elle retient la responsabilité de la Moldova. On regrettera l'absence de référence expresse au droit international. Néanmoins, il est clair que le juge européen s'est inspiré des principes pertinents du droit international relatifs à la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat

⁹³ SUDRE (F.), « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 363.

⁹⁴ MOUTEL (B.), *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, thèse dactylographiée, Université de Limoges, 2006, p. 75 à 85.

⁹⁵ Voir DIPLA (H.), *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme - Problèmes d'imputation*. Publications de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, série n° 1, Pedone, 1994, p. 55 et s. ; CRAWFORD (J.), *Les articles de la Commission du Droit international sur la responsabilité de l'Etat. Introduction, texte et commentaires*, Pedone, 2003, p. 99.

⁹⁶ CONDORELLI (L.), « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, 1984, VI, tome 189, p. 153.

du fait des particuliers pour défaut de diligence⁹⁷. En principe, les faits des particuliers n'agissant pas pour le compte de l'Etat ne peuvent être attribués à l'Etat. Toutefois, cette règle n'est pas absolue, l'imputabilité refait, ainsi, surface lorsque les faits des particuliers résultent d'un défaut de vigilance des autorités. Dans cette hypothèse, « *la responsabilité de l'Etat est engagée non pas du fait du particulier auteur du dommage, mais en raison du comportement de ses propres organes, qui n'ont pas observé l'obligation de vigilance qui leur incombe* »⁹⁸.

La Cour Internationale de justice vient d'ailleurs de rappeler cette obligation en soulignant que « *la responsabilité de [l'Ouganda en tant que puissance occupante] est donc engagée à raison à la fois de tout acte de ses forces armées contraire à ses obligations internationales et du défaut de la vigilance requise pour prévenir les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire par d'autres acteurs présents sur le territoire occupé, en ce compris les groupes*

⁹⁷ Cf. NGUYEN (Q. D.) †, DAILLIER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2002, p. 779 : « L'Etat peut être tenu pour responsable des faits des particuliers sous sa juridiction lorsqu'il n'a pas pris des précautions suffisantes pour prévenir un incident ou protéger les victimes ». ; ALLAND (D.), *Droit international public*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2000, p. 406-407 ; COHEN-JONATHAN (G.), « Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme », in SFDI, Colloque du Mans, Pédone, 1991, p. 112 à 115.

⁹⁸ NGUYEN (Q. D.) †, DAILLIER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2002, p. 779. Dans le même sens, ALLAND (D.), « Observations sur le devoir international de protection de l'individu » in *Libertés, justice et tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 19 : « *En effet, ce ne sont pas les agissements initiaux qui constituent le fait générateur de la responsabilité de l'Etat ; ils n'ont été qu'un point de départ suivi d'un fait illicite distinct de l'Etat – fait "international" et à lui imputable* ».

rebelles agissant pour leur propre compte »⁹⁹. Certes, il s'agissait de déterminer les obligations imputables à une Puissance occupante¹⁰⁰ mais la finalité recherchée est la même : sanctionner l'Etat pour avoir permis, par son défaut de vigilance, la violation d'une obligation internationale. Appliquée à l'affaire *Ilaşcu*, cette obligation de vigilance pourrait d'ailleurs s'appliquer aux deux Etats en cause : à la Moldova pour ne pas « continuer à garantir la jouissance des droits et libertés énoncés dans la Convention » sur une partie de son territoire et à la Russie pour ne pas avoir mis son influence sur la RMT au service de la protection des droits et libertés hors de son territoire¹⁰¹.

De manière plus générale, on peut relever que le juge européen ne fait que transposer les principes du droit international relatifs à la responsabilité de l'Etat pour omission face aux actes de particuliers¹⁰². Dès lors, « la juridiction européenne favorise l'unification et la simplification du régime de la responsabilité »¹⁰³. Il importe peu d'identifier l'auteur direct de la violation. La seule abstention de la

⁹⁹ CIJ, 19/12/2005, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, consultable sur le site de la Cour, § 179.

¹⁰⁰ Sur ce point, voy. HAUPAIS (N.), « Les obligations de la puissance occupante au regard de la jurisprudence et de la pratique récentes », *RGDIP*, 2007, p. 117.

¹⁰¹ CIJ, Ord. 10/07/2002, *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, § 93 : « que la Cour tient à souligner la nécessité pour les Parties à l'instance d'user de leur influence pour prévenir les violations graves et répétées des droits de l'homme et du droit international humanitaire encore constatées récemment ». De même, un Etat peut être tenu responsable du fait de particuliers agissant pour son compte, cf. DOPAGNE (F.), « La responsabilité de l'Etat du fait des particuliers : les causes d'imputation revisitées par les articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite », *RBDI*, 2001/2, p. 492.

¹⁰² Cf., parmi d'autres, CIJ 24/05/1980, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, Rec. 1980, § 66-67 ; CIADH, 29/07/1988, *Velasquez Rodriguez c. le Honduras*, Série C, n° 4, § 172.

¹⁰³ WECKEL (Ph.), *RGDIP*, 2004, p. 1040.

Moldova suffit à remplir la condition d'imputabilité étant entendue que la responsabilité ne sera mise en jeu qu'à raison d'un manquement au devoir de due diligence. Il paraît ainsi évident que les obligations positives mises à la charge de l'Etat de la Moldova ont pour objet de consacrer prudemment un droit à la protection diplomatique au bénéfice des requérants¹⁰⁴ lorsque ceux-ci sont notamment victimes de violations alléguées « *de droits absolus tels que ceux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention* »¹⁰⁵. La mise en œuvre de ce droit relèverait de la marge nationale des Etats. Le contrôle européen ne porterait alors que sur la question de savoir si les mesures prises étaient adéquates et suffisantes. Il s'agirait donc « *de déterminer dans quelle mesure un effort minimal était quand même possible et s'il devait être entrepris* »¹⁰⁶.

Toujours est-il que cette immixtion du juge dans le domaine des relations internationales doit être nuancée. En effet, le champ d'application de ce droit est limité en ce sens que « *le fait concret dont découle la violation alléguée doit se situer dans la sphère de juridiction de l'Etat contractant, au moins en ce sens qu'il doit relever de l'exercice de la 'juridiction' de cet Etat ou de l'omission d'exercer*

¹⁰⁴ Arrêt *Ilaşcu*, §333. Les Professeurs FLAUSS et COHEN-JONATHAN évoquent l'esquisse à partir de l'article 1^{er} de la CEDH d'un devoir de protection diplomatique à la charge des parties contractantes, *AFDI*, 2004, p. 791.

¹⁰⁵ *Ibid.*, § 334. On aurait préféré une référence « *noyau dur des droits de l'homme* », Cf. CourEDH (GC), 04/02/2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99, § 108 et CourEDH (GC), 11/07/2006, *Jalloh c. Allemagne*, n° 54810/00, § 104. Le caractère absolu souligné par la Cour cadre mal avec le régime juridique de l'article 2.

¹⁰⁶ *Ibid.*

sa juridiction légale, c'est-à-dire son pouvoir souverain »¹⁰⁷. Ce qui est le cas dans l'affaire *Ilascu* dans la mesure où les violations dont sont victimes les requérants ont eu lieu sur le territoire de la Moldova. Au demeurant, cette prudence trouve une confirmation dans la jurisprudence de la Commission qui a toujours été réticente à consacrer un droit général à une protection diplomatique¹⁰⁸. Quoi qu'il en soit, on soulignera, avec le professeur De Frouville, la légitimité d'un contrôle européen sur les mesures d'ordre diplomatique dès lors qu'elles « *ont une incidence sur le respect des droits garantis par la Convention* »¹⁰⁹. On ne voit pas, en effet, en quoi l'exercice d'un contrôle judiciaire sur des mesures relevant du politique serait la marque d'un juge envahissant, outrepassant ses compétences. Au

¹⁰⁷ ComEDH, 02/05/1978, *Bertrand Russel Peace Foundation c. Royaume-Uni*, n° 7597/76, DR 14, p. 132.

¹⁰⁸ Pour une reconnaissance implicite, voy. ComEDH, 15/12/1977, *X. c. Royaume-Uni*, n° 7547/76, DR 12, p. 76. La requérante reprochait aux autorités consulaires britanniques à Amman en Jordanie de ne pas avoir fait le nécessaire pour l'aider à retrouver sa fille. La Commission se prononce directement sur le fond de l'affaire : « *La Commission doit admettre que la prétendue omission par les autorités consulaires d'user de tous leurs pouvoirs pour venir en aide à la requérante, bien qu'elle ait eu lieu en dehors du territoire du Royaume-Uni, 'relève de la juridiction' au sens de l'article 1^{er} de la Convention.[...] La Commission estime qu'en l'espèce les autorités consulaires ont fait tout ce qu'on pouvait raisonnablement attendre d'elles* ».

Pour un refus, voy. ComEDH, 01/05/1978 *Bertrand Russel Peace Foundation c. Royaume-Uni*, n° 7597/76, DR 14, p. 131. Dans cette affaire, une société immatriculée au Royaume-Uni faisait valoir que les autorités britanniques n'ont pas cherché à faire respecter auprès des services postaux soviétiques les article 8 et 10 de la Convention qui garantissent notamment le secret de la correspondance et le droit de communiquer des informations. La Commission précise que la Convention ne garantit pas, en tant que tel, aucun droit à la protection diplomatique en soulignant néanmoins que « *reste à savoir si de l'obligation imposée à l'Etat contractant par l'article 1^{er} de la Convention (...), on peut déduire un droit à une intervention diplomatique ou autre, vis-à-vis d'un Etat tiers qui, par son action sur son propre territoire, porte atteinte aux droits que reconnaît la Convention à une personne "relevant de la juridiction" d'un Etat contractant* ».

¹⁰⁹ *JDI*, 2005, p. 476.

contraire, elle est la preuve, nous semble-t-il, que dans le système européen de protection des droits de l'homme, certains aspects de la politique étrangère des Etats n'échappent pas au contrôle du juge. Il faut y voir la volonté du juge de mettre à la charge des Etats un véritable devoir de protection des individus relevant de leur juridiction¹¹⁰, conformément aux principes du droit international.

A plus d'un titre, la décision *Bancovic* était à prendre au sérieux. Le critère de la territorialité dégagée dans cette décision permet de comprendre le raisonnement suivi dans l'affaire *Ilascu*. Si l'on se livre à un examen rétrospectif de la jurisprudence, on pourrait être tenté de dire que cette décision était un mal nécessaire afin de garantir au mieux l'effectivité des droits et libertés dans le système européen de protection des droits de l'homme. Plus encore, on note que le droit international a permis au juge de « maintenir » le cap et d'aller au bout de sa logique : l'application pleine et entière de la Convention européenne sur l'intégralité du territoire des Etats parties¹¹¹. Le droit international joue ici en faveur du caractère objectif de la Convention.

Poursuivant cette logique, l'affaire *Assanidze* précise l'étendue de la responsabilité de l'Etat pour des faits se situant sur son territoire¹¹². En effet, la Cour rappelle le principe de l'unité

¹¹⁰ ALLAND (D.), « Observations sur le devoir international de protection de l'individu » in *Libertés, justice et tolérance. Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 13.

¹¹¹ BENOIT-ROHMER (F.), « Pour la construction d'un espace juridique européen de protection des droits de l'homme », *L'Europe des libertés*, mars 2005, p. 6.

¹¹² CourEDH, (GC) 08/04/2004, *Assanidze c. Géorgie*, n° 71503/01, § 146 : « *Même si l'on peut concevoir qu'un Etat connaisse des difficultés à faire respecter les droits*

fondamentale de l'Etat en droit international et retient que seule la responsabilité de l'Etat peut être engagée alors même que les violations sont imputables à des autorités locales. Le juge européen marque, ainsi, son indifférence à l'égard de l'organisation administrative des Etats¹¹³ et de l'incapacité du pouvoir central à imposer ses décisions¹¹⁴. Une fois de plus, ces solutions ne font qu'appliquer les principes régissant la responsabilité internationale des Etats pour fait illicite¹¹⁵.

Nul doute que le juge européen poursuivra dans cette logique de responsabilisation des Etats. Souhaitons également que le juge européen aille plus loin dans la référence aux principes pertinents du droit international. De nombreuses affaires en cours devraient lui en donner l'occasion¹¹⁶...

garantis par la Convention sur l'ensemble de son territoire, il demeure que tout Etat partie à la Convention est responsable des événements qui se produisent à n'importe quel endroit de son territoire national » (nous soulignons). Etait en cause la détention du requérant par les autorités locales de la république d'Adjarie au mépris d'une décision de la Cour suprême géorgienne qui avait ordonné sa libération.

¹¹³ *Ibid.*, § 144 (quant à l'absence de clause fédérale).

¹¹⁴ *Ibid.*, § 146.

¹¹⁵ DIPLA (H.), *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme - Problèmes d'imputation*. Publications de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, série n° 1, Pedone, 1994, p. 32 et s. ; NGUYEN (Q. D.) †, DAILLIER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2002, p. 778 ; ALLAND (D.), *Droit international public*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2000, p. 408. La Cour aurait pu se référer à l'article 4 du projet de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et à l'article 27 de la Convention de Vienne.

¹¹⁶ Cf. req. n° 5148/05, n° 26166/05, n° 42765/05, Mekhouzla c. Géorgie et Russie, Sania c. Géorgie et Russie et Dvalia et Gogua c. Géorgie et Russie et req. n° 13216/05, Chiragov et autres c. Arménie.

Section 2. L'utilisation du droit international au service de l'effectivité de la protection des droits fondamentaux.

La multiplication des instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme justifie que le juge européen soit de plus en plus enclin à pratiquer une méthode de droit comparé pour interpréter les dispositions de la Convention EDH. La jurisprudence européenne révèle en effet que les organes de contrôle strasbourgeois n'hésitent plus à s'appuyer sur le droit international dans le but de renforcer la protection des droits et libertés fondamentaux conventionnellement reconnus.

Loin de prétendre à l'exhaustivité, les deux contentieux ici étudiés illustrent cette volonté du juge européen d'interpréter les dispositions du droit international au service de l'effectivité des droits garantis par la Convention.

L'étude de la jurisprudence relative à la liberté syndicale, garantie par l'article 11 de la Convention, témoigne ainsi d'une utilisation du droit international par le juge européen au service d'une interprétation constructive qui lui a permis de donner une portée autonome à cette liberté et d'élargir son contenu (§1).

L'analyse de la jurisprudence relative au droit à un environnement sain démontre une approche similaire. En effet, bien que le droit à l'environnement ne soit pas expressément garanti par le texte de la Convention, le juge européen, par le biais de la protection par ricochet, réalise une interprétation finaliste destinée à assurer l'effectivité de ce droit conformément aux objectifs définis par le droit international en matière d'environnement (§2).

§1: La liberté syndicale¹¹⁷.

Longtemps considérés comme exclus du champ de protection de la Convention européenne des droits de l'homme, les droits sociaux sont aujourd'hui intimement liés aux droits protégés par le texte conventionnel. Il apparaît, en effet, évident que sans droits sociaux effectifs et concrets, il est difficilement envisageable de prétendre à un quelconque exercice possible des droits les plus fondamentaux : « L'expérience a démontré que cette indivisibilité des droits est plus qu'une théorie. Les droits civils et politiques peuvent difficilement être exercés par des personnes dont les droits économiques et sociaux sont niés. Si quelqu'un est obligé de passer tout son temps à essayer de trouver des moyens de survie, cette personne est en réalité empêchée de participer à la vie publique »¹¹⁸. Déjà en 1979 l'ancienne Cour reconnaissait que « nulle cloison étanche » ne divisait la « sphère des droits économiques et sociaux » des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme¹¹⁹.

L'idée de «développement» des droits est ici à notre sens prépondérante quant à la réalisation concrète d'une protection efficace des droits de l'homme. La Cour Européenne des droits de l'homme a su créer une réelle synergie entre les différentes sources internationales au service d'une extension du contenu des droits protégés par le texte conventionnel. Elle a désormais pris le parti d'assurer, autant que faire se peut, la protection effective de certains

¹¹⁷ Par Sophie TENA, Doctorante, Université Montpellier I (IDEDH).

¹¹⁸ Extrait du « point de vue » du commissaire aux droits de l'homme Thomas Hammarberg du 18/10/2006 intitulé « les droits sociaux nécessitent une protection adéquate, aussi en Europe ».

¹¹⁹ Cour EDH, 09/10/1979, Airey c/ Irlande, A.32 ; *GACEDH* n°2; *JDI*, 1982, 187, chron. P. ROLLAND; *AFDI*, 1986, 323, chron. R. PELLOUX.

droits sociaux de manière plus ou moins explicite. Cette volonté fait pleinement écho aux récentes déclarations des instances du Conseil de l'Europe¹²⁰ qui vont dans le sens d'une nécessaire protection effective des droits sociaux en Europe. En ce sens, la Cour a su faire preuve d'un réel dynamisme interprétatif. Pour ce faire, elle ne va pas hésiter à faire peser sur les Etats parties de nouvelles obligations positives même en dehors de tout consensus avéré. Ici, il s'agit avant tout de donner un «effet utile» au texte en adoptant une démarche constructive.

Ainsi, les droits garantis se trouveront sensiblement élargis par la mise en jeu de la responsabilité des Etats¹²¹. Déjà, bon nombre de commentateurs avaient mis en évidence la politique expansionniste que la Cour avait choisi de suivre dans certains domaines des droits sociaux, dont celui qui retiendra ici particulièrement notre attention, celui du droit syndical¹²². En effet, aujourd'hui la Cour européenne des droits de l'homme n'hésite plus à citer ouvertement des instruments relatifs à la protection des droits sociaux en général et plus

¹²⁰ Séminaire « Rendre visible l'indivisibilité », Discours d'ouverture par Maud de Boer-Buquicchio, Secrétaire générale adjointe du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 4 décembre 2006; «Les droits sociaux nécessitent une protection adéquate, aussi en Europe», « Point de vue » du commissaire aux droits de l'Homme Thomas Hammarberg, déclaration du 18 octobre 2006 ; www.commissioner.coe.int.

¹²¹ En ce sens voir : F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8^{ème} éd., PUF, 2006, p.238 et s.

¹²² Voir en ce sens notamment les articles: F. SUDRE, « La « perméabilité » de la Convention Européenne des droits de l'Homme aux droits sociaux », in *Mélanges J. Mourgeon, Bruylant*, 1998, p.467-478; J.-F. FLAUSS, «Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux », *LPA*, 26 juillet 2001, n°148, p.9-15; J.-F. FLAUSS, «Actualité de la CEDH», *AJDA* 2006, p. 466-475; J.-P. MARGUENAUD, J. MOULY, « Le droit à négociation collective, «partie inséparable» de la liberté syndicale», *JCP G* n°10, 7 mars 2007, II 10038, p.35-39; M. MERINO, «Le renforcement de la protection de la liberté syndicale par la Cour européenne des droits de l'homme en question », *RTDH* n°70, 2007, p.463-492.

spécifiquement à la protection du droit syndical comme le droit de l'Organisation Internationale du Travail et la Charte sociale européenne, ainsi que les interprétations qui en sont faites par leurs comités d'experts respectifs. En l'occurrence, les textes internationaux que la Cour exploite le plus souvent sont la convention n°87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical adoptée en 1948, la convention n°98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective adoptée en 1949 et les articles 1§2, 5 et 6 de la Charte sociale européenne respectivement relatifs à la protection du droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris, à la liberté dans l'exercice d'activités syndicales et au droit de négociation collective. Pour J.-F. Flauss, « la Charte sociale européenne devient l'un des paramètres de la méthode d'interprétation évolutive pratiquée par la juridiction de Strasbourg »¹²³. En outre, cette dernière se réfère si nécessaire au droit recommandatoire du Conseil de l'Europe fort proluxe ces dernières années dans le domaine social en général.

Ce qu'il faut avoir à l'esprit concernant spécifiquement le droit syndical, c'est qu'il peut être considéré comme un droit «hybride», dans la mesure où il concerne tout autant les droits civils et politiques que les droits économiques et sociaux, et qu'il est un droit pouvant s'exercer de manière collective ou individuellement. De prime abord, il est de manière générale considéré comme un simple volet de la liberté de réunion et d'association contenu dans l'article 11 de la Convention. Néanmoins, il semblerait qu'au regard de la jurisprudence récente nous puissions légitimement être amené à constater une

¹²³ J.-F. FLAUSS, « Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux », *LPA*, 26 juillet 2001, n°148, p.10.

reconnaissance de l'immanence du droit syndical dans le dispositif conventionnel, ou autrement dit, l'existence effective d'un volet syndical autonome dans les garanties que la Cour européenne des droits de l'homme entend protéger aujourd'hui.

Le recours au droit international sert ainsi l'autonomisation du volet syndical dans le cadre de l'article 11 de la Convention (A) tout autant que l'extension de sa garantie (B).

A. L'utilisation du droit international au service de l'autonomisation du volet syndical

La Cour s'est d'abord montrée prudente dans son approche du droit syndical dans la première grande affaire qui date de 1975¹²⁴. A cette occasion, les instances strasbourgeoises avaient refusé de reconnaître une quelconque particularité au droit syndical vis-à-vis de la liberté d'association en général telle qu'entendue par l'article 11 de la Convention. S'ensuivirent deux autres affaires¹²⁵ où, bien que la Cour reconnaisse la nécessité d'être attentive au respect de la liberté syndicale par les Etats parties, elle se refuse à en assurer expressément les modalités d'exercice au titre de l'article 11.

« L'article 11 consacre le droit syndical mais n'en fixe pas les modalités d'exercice » et « ne garantit pas aux syndicats, ni à leurs membres, un traitement précis de la part de l'Etat »¹²⁶. Il n'y a donc pas

¹²⁴ Cour EDH, 27/10/1975, Syndicat national de la police belge c/ Belgique, A.19.

¹²⁵ Cour EDH, 06/02/1976, Schmidt et Dahlstrom c/ Suède, A.21 et Cour EDH, 06/02/1976, Syndicat suédois des constructeurs de locomotives c/ Suède, A.20 ; *JDI* 1978, 685, note P. ROLLAND.

¹²⁶ Cour EDH, 27/10/1975, Syndicat national de la police belge c/ Belgique, A.19, §38.

lieu, selon la Cour de reconnaître d'«éléments nécessairement inhérents au droit syndical, d'autant que les dispositions pertinentes de la Charte sociale européenne (articles 5 et 6) sont souvent vagues et générales »¹²⁷.

Ensuite, la Cour européenne des droits de l'homme s'est employée à démontrer – de manière plus ou moins discutable – que certaines garanties seraient inhérentes à l'exercice des droits garantis par l'article 11 même si elles sont implicites. Cette «théorie de l'inhérence» permet d'enrichir considérablement le contenu d'un droit sans ajouter de nouveaux droits au texte. D'ailleurs la Cour ne considère pas qu'elle crée de nouvelles obligations à la charge des Etats parties, mais plutôt qu'elle met en relief des obligations déjà existantes, inhérentes au texte conventionnel. Par exemple, la Cour avait tout d'abord refusé de reconnaître l'existence d'une liberté syndicale négative inhérente aux droits garantis par l'art. 11¹²⁸. Pourtant, certains juges avaient exprimé dans leur opinion concordante en l'affaire *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni* que «l'aspect négatif de la liberté d'association est nécessairement complémentaire, corrélatif et inséparable de son aspect positif. La sauvegarde de la liberté d'association resterait incomplète si elle ne s'étendait qu'à l'aspect positif. Il n'y a là qu'un seul et même droit ». Pourtant, elle va radicalement changer de position et finalement aller dans un sens expansionniste dans l'arrêt *Sigurdur A. Sigurjonsson c/ Islande* du 30 juin 1993¹²⁹ en affirmant que «l'art. 11 consacre un droit d'association négatif» (§35) au sens large et en

¹²⁷ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6^{ème} éd. refondue, PUF, 2003, p.439.

¹²⁸ Cour EDH, 13/08/1981, *Young, James et Webster c/ Royaume Uni*, A.44 ; *JDI* 1982, 220, note P. ROLLAND.

¹²⁹ Cour EDH, 30/06/1993, *Sigurdur A. Sigurjonsson c/ Islande*, A.264 ; *D.* 1994, jur., 181, note J.-P. MARGUENAUD.

l'espèce, un droit syndical négatif. Cet arrêt a pu paraître surprenant car c'est précisément ce qu'elle s'était refusée à faire moins de trois mois plus tôt dans l'arrêt *Sibson*¹³⁰. Cependant dans l'arrêt *Sigurdur A. Sigurjonsson*, la Cour a fait appel au droit international, au droit de la Charte sociale européenne et au droit recommandatoire du Conseil de l'Europe pour justifier son avancée¹³¹. C'est précisément ces textes qui avaient été invoqués par le juge Morenilla (approuvée par le juge Russo) dans son opinion dissidente en l'affaire *Sibson*. La Cour aligne sa jurisprudence sur le droit international et les autres instruments européens en vigueur. Mais pourquoi ne pas avoir conclu en ce sens dans l'arrêt *Sibson* quelques semaines auparavant ? Quoi qu'il en soit, ce recours au droit international et européen apparaît d'autant plus opportun que se préparait la réforme de la Charte sociale européenne de 1961 qui entrera en vigueur en 1996. La Cour a par la suite confirmé sa ligne jurisprudentielle¹³².

De même, dans l'arrêt *Sørensen et Rasmussen*¹³³, la Cour n'a pas explicitement condamné le système des accords de monopole syndical à proprement parler. Néanmoins elle l'a dénaturé à tel point qu'il est légitime de se demander au final ce qu'il en reste aujourd'hui. Par exemple, elle reconnaît qu'un Etat puisse autoriser la conclusion d'un tel accord entre syndicats et employeurs. Mais, s'il choisit cette solution, il doit s'attendre à voir sa marge nationale d'appréciation considérablement réduite du simple fait de ce choix. « Lorsque le droit

¹³⁰ Cour EDH, 20/04/1993, *Sibson c/ Royaume Uni*, A.258-A.

¹³¹ Cour EDH, *Sigurdur A. Sigurjonsson c/ Islande*, *op.cit.*

¹³² Cour EDH, Gd. ch., 29/04/1999, *Chassagnou c/ France*, *Rec.1999-III* ; *GACEDH* n°51 ; Cour EDH, Gd. ch., 11/01/2006, *Sørensen et Rasmussen c/ Danemark*, req. n°52562/99 et 52620/99 ; *GACEDH* n°62.

¹³³ Cour EDH, *Sørensen et Rasmussen c/ Danemark*, *op.cit.*

interne d'un Etat contractant autorise la conclusion entre syndicats et employeurs d'accords de monopole syndical qui vont à l'encontre de la liberté de choix de l'individu inhérente à l'article 11, la marge d'appréciation doit être considérée comme réduite. (...) Par ailleurs, il faut tenir compte de l'évolution dans la perception de l'utilité des accords de monopole syndical pour garantir la jouissance effective de la liberté syndicale. La Cour ne voit aucune raison de ne pas appliquer ces considérations de la même manière aux accords de monopole syndical avant embauche et aux accords de monopole syndical après embauche »¹³⁴. En outre, elle choisit de mettre particulièrement l'accent sur la notion « d'autonomie personnelle », qu'elle utilise pour la première fois hors du champ d'application de l'article 8. En l'espèce, elle ne différencie pas les deux cas en présence alors que les situations dans lesquelles se trouvent ces deux individus sont différentes. D'un côté, il s'agissait d'un individu, jardinier de métier, qui après une période de chômage se voyait proposer une offre d'emploi, dont le contrat d'embauche était soumis à la condition qu'il souscrive à un syndicat avec lequel il ne partageait pas les orientations politiques. Ce dernier refusait de souscrire à ce syndicat, lui en préférant un autre en accord avec ses convictions personnelles. L'autre requérant était un étudiant postulant pour un job d'été, offre soumise à la même condition d'affiliation syndicale obligatoire qu'il refusa. Ici réapparaissent les problématiques liées à la pratique du «closed shop». M. Merino définit le «closed shop» comme un « système reposant sur un accord entre un ou plusieurs employeurs et un ou plusieurs syndicats spécifiant l'obligation pour les salariés d'une entreprise ou d'une catégorie socio-professionnelle de devenir membres d'un

¹³⁴ *Id.*, §58.

syndicat nommé, ceci étant une des conditions de leur embauche ou du maintien de leur contrat de travail »¹³⁵. Toutefois, l'auteur note le net recul de cette pratique dans les droits internes des Etats européens¹³⁶. Nul doute que l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et l'incompatibilité avérée entre le «closed shop» d'un côté, et d'un autre côté l'article 5 de la Charte sociale européenne et les conventions n°87 et n°98 de l'OIT – selon les conclusions du Comité des droits sociaux et du Comité d'experts de l'OIT – n'y sont pas totalement étrangères. En l'espèce, la Cour se refuse même à analyser le degré de contrainte imposé aux deux requérants par cette clause de monopole syndical, à savoir un contrat de longue durée pour l'un et un contrat de quelques semaines pour l'autre. Pour ce faire, elle se réfère à la notion «d'autonomie personnelle» pour justifier son choix. Pourquoi choisir de mettre cette notion particulièrement en lumière ?

Il semblerait que la Cour ait décidé de consacrer une conception large de l'autonomie personnelle voire même de banaliser son emploi en tant que principe matriciel d'interprétation du texte conventionnel. Pour ce faire elle choisit une « interprétation triplement croisée d'instruments européens¹³⁷, dépourvus de toute force contraignante », parfaitement « illustrative d'une pratique de plus en plus dynamique

¹³⁵ M. MERINO, « Le renforcement de la protection de la liberté syndicale par la Cour européenne des droits de l'homme en question », *RTDH* n°70, 2007, p.467.

¹³⁶ *Id.*, p.467-470.

¹³⁷ En l'espèce il s'agissait des travaux préparatoires sur l'article 11 de la Convention (rapport du 19 juin 1950 sur la Conférence de hauts fonctionnaires, Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des Droits de l'Homme, vol. IV, p. 263), de l'article 5 de la Charte européennes des droits sociaux et de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée le 9 décembre 1989 par les chefs d'Etat et de gouvernement de onze Etats membres des Communautés européennes.

(voire activiste) de la méthode comparative dans le contentieux européen des droits de l'homme »¹³⁸. Dès lors, elle considère que « la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de la Convention »¹³⁹. Cette « extension de la notion de l'autonomie personnelle, cantonnée jusque-là à l'article 8 »¹⁴⁰ est une preuve supplémentaire de l'attractivité croissante de la thématique syndicale au titre des garanties que la Cour souhaite placer sous sa protection juridictionnelle. De plus, elle « se place du point de vue de l'individu et non de celui des associations syndicales. Développant la notion d'autonomie personnelle (...), la Cour insiste sur la liberté de choix de l'individu, le choix participant de l'essence même de la liberté »¹⁴¹. Ici, l'individu est placé au centre du raisonnement rappelant que la protection des droits fondamentaux telle qu'elle doit être pratiquée par la Cour s'exerce avant tout à titre individuel.

Dans le même sens, il est intéressant de noter que le Comité européen des droits sociaux s'était lui-même déjà prononcé en concluant que les accords de monopole syndical sont contraires à l'article 5 de la Charte sociale européenne¹⁴². Cette affaire opposait la Confédération des

¹³⁸ J.-F. FLAUSS, « Actualité de la CEDH », *AJDA* 2006, p. 474-475.

¹³⁹ Cour EDH, *Sørensen et Rasmussen c/ Danemark*, *op. cit.*, §54.

¹⁴⁰ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, J.-P. MARGUENAUD, F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 4^eéd., 2007, p.641.

¹⁴¹ F. KRENC, « Liberté négative d'association, accords de monopole syndical et appartenance obligatoire au barreau. Observations en marge de l'arrêt *Sørensen et Rasmussen c/ Danemark* rendu le 11 janvier 2006 par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* n°68, 2006, p.809.

¹⁴² CEDS, *Confédération des entreprises suédoises c/ Suède*, réclamation n°12/2002 du 15 mai 2003.

entreprises suédoises à la Suède. Des salariés d'une entreprise du secteur du bâtiment se plaignaient d'être liés par un accord de monopole syndical qui mettait en place un système de prélèvement automatique d'une petite fraction du salaire pour le compte d'un syndicat, sans leur consentement, et cela même s'ils refusaient d'adhérer à ce syndicat. En outre, seul le paiement de la redevance était obligatoire et non pas l'affiliation au syndicat. Le Comité décida que la situation était contraire à l'article 5 de la Charte sociale européenne concernant les clauses de monopole syndical préalables à l'embauche. Néanmoins, s'agissant de la redevance obligatoire, n'étant pas en mesure d'en vérifier l'affectation effective, le Comité décida « qu'il incombe aux juridictions nationales de se prononcer à ce sujet à la lumière des principes qu'il a dégagés en la matière et, le cas échéant, au législateur de les mettre à même d'en tirer les conséquences en ce qui concerne la conformité à la Charte et la légalité des dispositions incriminées» (§42).

Le 13 février 2007, la Cour européenne des droits de l'homme a eu à se prononcer sur les mêmes faits en l'affaire *Evaldsson & autres c/ Suède*¹⁴³. En l'espèce, la Cour se plaça sur le terrain de l'article 1 du protocole 1 relatif à la protection de la propriété, en considérant que l'absence d'une information complète concernant les diverses affectations des sommes perçues au titre de la redevance pouvait aller à l'encontre de la volonté des requérants, une partie de la somme allant au financement d'un parti politique qu'ils refusaient de soutenir. « *In conclusion, the Court considers that the Union's wage monitoring activities, as applied in the present case in the context of the Swedish system of collective bargaining, lacked the necessary transparency* »

¹⁴³ Cour EDH, 13/02/2007, *Evaldsson & a. c/ Suède*, req. n°75252/01.

(§64). C'est précisément sur ce point que le Comité européen des droits sociaux avait demandé à l'Etat suédois de régulariser la situation en 2003¹⁴⁴. La Cour européenne des droits de l'homme décide donc en 2007 de sanctionner cet Etat pour ce manquement à son obligation positive de protéger les intérêts des requérants¹⁴⁵. En revanche, elle constate la violation sur la base de l'article 1 du protocole 1 et sursoit à statuer sur la base de l'article 11.

Pourtant, l'inverse aurait pu paraître plus logique comme le souligne le juge Fura-Sandström dans son opinion concordante¹⁴⁶. Dès lors, comment pourrait se justifier cette économie de moyens ?

Peut-être que le fait que le Comité se soit déjà prononcé sur le terrain de l'article 5 de la Charte sociale européenne, article renvoyant directement à l'article 11 de la Convention, permettrait d'expliquer un tel choix. Dès lors, le raisonnement de la Cour serait de vouloir donner une réelle consistance juridique aux décisions du Comité européen des droits sociaux, donnant par la même un effet utile à sa propre interprétation en l'espèce. « Eu égard à l'emprise croissante exercée par le droit de la CEDH sur la protection européenne des droits de l'homme, les Etats parties à la Charte sociale européenne et les instances de contrôle de celle-ci n'ont pu rester indifférentes à la jurisprudence de la Commission et de la Cour, et ce d'autant moins que ces dernières ont œuvré en faveur d'une perméabilité croissante de

¹⁴⁴*Id.* §42.

¹⁴⁵ Cour EDH, *Evaldsson & a. c/ Suède*, *op.cit.*, §63 « *In these circumstances, the Court finds that the State had a positive obligation to protect the applicants' interests* ».

¹⁴⁶ Cour EDH, *Evaldsson & a. c/ Suède*, *op.cit.*, opinion concordante du juge Fura-Sandström: « *After some hesitation I voted with the majority in finding a violation of Article 1 of Protocol n°1 although I would have preferred to have the case examined under Article 11 of the Convention (...)* ».

la Convention aux droits sociaux »¹⁴⁷. Ce point de vue – auquel nous souscrivons – n'est pas sans rappeler les propos prospectifs de F. Sudre quant à la perméabilité de la Convention aux droits sociaux, qui semblent trouver dix ans après dans la jurisprudence européenne, une véritable consécration¹⁴⁸.

L'interprétation du texte de l'article 11 de la Convention a beaucoup évolué depuis une trentaine d'années sous l'impulsion du droit international, s'agissant particulièrement du droit syndical négatif et du droit à négociation collective. « Le juge européen, après avoir fait preuve en la matière d'une grande prudence (...), s'est engagé dans la voie d'un élargissement progressif du contenu de la liberté syndicale »¹⁴⁹.

B. L'utilisation du droit international au service de l'extension du volet syndical.

En 1976, la Cour faisait une interprétation stricte du texte en refusant d'affirmer que les employeurs auraient une quelconque obligation par l'Etat partie de conclure des conventions collectives avec les syndicats en vertu de l'article 11. Elle refusait donc de reconnaître que l'article 11 comprenait le droit à la négociation collective. Elle faisait appel à la Charte sociale européenne (1961)

¹⁴⁷ J.-F. FLAUSS, « Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux », *LPA*, 26 juillet 2001, n°148, p.11.

¹⁴⁸ F. SUDRE, « La « perméabilité » de la Convention Européenne des droits de l'Homme aux droits sociaux », in *Mélanges J. Mourgeon*, Bruylant, 1998, p.467-478.

¹⁴⁹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8^{ème} éd., PUF, 2006, p.519.

pour appuyer son raisonnement, «la Charte met l'accent sur le caractère volontaire des négociations et des conventions collectives»¹⁵⁰. En 2002¹⁵¹, la Cour se refusait toujours à considérer qu'une telle obligation pourrait être imposée aux employeurs par les Etats membres. Néanmoins, elle a constaté une violation de l'article 11, mais sur la carence du droit britannique «permettant aux employeurs d'avoir recours à des incitants financiers pour amener les salariés à renoncer à des droits syndicaux importants» (§48), motifs qu'elle avait appuyé par les critiques soulevées par le Comité d'experts indépendants de la Charte sociale européenne et le Comité de la liberté syndicale de l'OIT (§32,33 et 37)¹⁵². Nous remarquerons d'ailleurs ici la subtilité du choix de la Cour, ménageant ainsi la susceptibilité des Etats parties, tout en ne négligeant pas les intérêts des individus¹⁵³.

¹⁵⁰ Cour EDH, 06/02/1976, Syndicat suédois des constructeurs de locomotives c/ Suède, *op. cit.*, §39.

¹⁵¹ Cour EDH, 02/07/2002, Wilson & Union nationale des journalistes et autres c/ Royaume Uni, *Rec.2002-V* ; *JCP G*, 2003, I, 109, n°21, chron. F. SUDRE.

¹⁵² *Id.*, concernant la compatibilité de l'article 5 de la Charte sociale européenne avec l'article 13 de la loi de 1993 en vigueur au Royaume Uni « (...) Or, il a semblé au Comité que la généralité des termes de l'article 148 par. 3, alinéa a, était telle qu'un tribunal ne pourrait plus qu'exceptionnellement juger que la mesure prise par l'employeur était illégale en raison d'une atteinte à la liberté syndicale. Il a estimé que cet affaiblissement de la protection de la liberté syndicale n'était pas compatible avec les exigences de l'article 5 et il a rappelé que « l'Etat contractant est tenu de prendre, par voie législative ou autre, des mesures adéquates destinées à garantir l'exercice de la liberté syndicale et, notamment, à protéger les organisations de travailleurs contre toute ingérence des employeurs » (voir en dernier lieu Conclusions XII-2, p. 103). Il a aussi renvoyé à sa conclusion relative à l'article 6 par. 2 et à sa jurisprudence selon laquelle empiéter sur le droit de négociation collective, qui est une prérogative syndicale essentielle, est de nature à porter atteinte à l'essence de la liberté même de la liberté syndicale (voir en dernier lieu Conclusions XIII-2, p. 282) » (§32).

¹⁵³ Pour M. MERINO: « La Cour adopte là une solution subtile, qui lui permet, tout à la fois, de respecter la volonté des Etats de ne pas obliger les employeurs à engager des négociations collectives tout en les invitant à encourager et promouvoir celles-ci»,

C'est finalement en 2006¹⁵⁴ que « la Cour estime que sa jurisprudence n'exclut pas que le droit de conclure une convention collective puisse constituer, dans les circonstances particulières d'une affaire, l'un des moyens principaux, voire le moyen principal, pour les membres d'un syndicat de protéger leurs intérêts (...) » (§35), en conformité avec l'article 5 de la Charte sociale corollaire, selon la Cour, de l'article 6 et ce même si « la Turquie n'a pas encore accepté d'appliquer » ces articles. Autrement dit, la Cour impose à l'Etat turc d'appliquer des obligations nées d'articles de la Charte sociale européenne, faisant totalement abstraction du fait que la Turquie n'avait pas ratifié les articles en question. La Cour fait aussi appel à la convention n°98 de l'OIT telle qu'interprétée par son Comité d'experts.

Sans pour autant souscrire à ces conclusions, certains commentateurs y ont vu un possible infléchissement jurisprudentiel, en espérant ouvertement un simple égarement d'espèce des juges de Strasbourg. En effet, ils considèrent qu'il est à « craindre une justiciabilité des dispositions de la Charte par la Cour européenne »¹⁵⁵ ou encore que ces « liaisons dangereuses »¹⁵⁶ entre la Charte sociale et la Convention pourraient s'avérer préjudiciables « pour le mécanisme conventionnel lui-même »¹⁵⁷.

Pour d'autres, la Cour procède à un véritable « revirement de jurisprudence fondé, (...), sur une interprétation évolutive de la liberté

in M. MERINO, « Le renforcement de la protection de la liberté syndicale par la Cour européenne des droits de l'homme en question », *RTDH* n°70, 2007, p.483.

¹⁵⁴ Cour EDH, 21/11/2006, *Demir et Baykara c/ Turquie*, req.n°34503/97 ; *JCP G*, 2007, I, 106, n°14, chron. F. SUDRE.

¹⁵⁵ J.-F. RENUCCI, « Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens », libres propos, *JCP G* n°11, 14 mars 2007, p.3.

¹⁵⁶ J.-F. RENUCCI, C. BÎRSAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et la Charte sociale européenne: les liaisons dangereuses », *D.* 2007, p.410.

¹⁵⁷ *Id.*, p.412.

syndicale »¹⁵⁸. Néanmoins, de là à conclure que la Cour reconnaît explicitement que l'article 11 garantit le droit de négociation collective pour un syndicat vis-à-vis de son employeur, il n'y a qu'un pas qu'il serait, à notre sens, prématuré de franchir, tout du moins pour le moment, puisque la Grande chambre devant qui l'affaire a été renvoyée doit encore se prononcer. Mais même dans son arrêt de chambre, la Cour reste très prudente et constate en l'espèce la violation de l'article 11 dans la mesure où «la convention collective déjà conclue (...) constituait pour le syndicat (Tüm Bel Sen) le seul moyen principal, sinon unique, pour promouvoir et assurer les intérêts de ses membres (...).» (§40). Dès lors, «en considérant rétroactivement comme nulle la convention collective conclue près de trois ans auparavant et qui a été appliquée, (la Turquie) a injustement manqué à son obligation de garantir la jouissance des droits consacrés par l'article 11 de la Convention» (§46). D'ailleurs, ce bémol est relevé par les juges Türmen, Fura-Sandström et Popovic dans leur opinion concordante: « le droit de fonder un syndicat et d'adhérer à un syndicat est étroitement lié au droit de négociation collective et au droit de grève. Le principal objet du droit de fonder un syndicat et d'adhérer à un syndicat est, comme l'indique l'article 11, la protection des intérêts des salariés. Toutefois, pareille protection ne saurait être pleine et effective sans le droit de négociation collective et le droit de grève.(...)Nous aurions souhaité que le raisonnement tenu dans le présent arrêt fût libellé de manière à refléter le lien étroit qui existe entre le droit de fonder un syndicat et celui d'y adhérer, d'une part, et le droit de négociation collective, d'autre part, ce qui eût été conforme à la pratique suivie dans le domaine du droit international du travail

¹⁵⁸ J.-F. FLAUSS, « Actualité de la CEDH », *AJDA* 2007, p. 911.

(*pt 1*) »¹⁵⁹. Ici encore sont mis en avant certains articles de la Charte sociale européenne et une convention de l'OIT, ainsi que les interprétations qui en sont faites par leurs comités d'experts respectifs. Par cet arrêt de chambre de novembre 2006, renvoyé devant la Grande chambre, la Cour entrouvre une porte qui selon J.-P. Marguénaud et J. Mouly permet de « se demander si (...) la Cour n'a pas rendu un arrêt qui, au nom de l'effectivité de la liberté syndicale, entraînera nécessairement le droit de grève dans le sillage du droit à négociation collective »¹⁶⁰. Après avoir tracé les contours d'un volet syndical autonome, il semblerait que la Cour européenne des droits de l'homme s'emploie à l'élargir en direction de la reconnaissance d'un droit à négociation collective explicite et effectif, suivi du droit de grève. En effet, « il demeure cependant, que sur la question de la protection du droit de négociation collective et du droit de grève, la position du juge européen est assez ambiguë. Sans, pour l'heure, se départir des principes généraux qu'il a fixés, il semble se diriger vers la voie d'une reconnaissance de ces deux droits (...). (...), un tel rattachement pourrait toutefois constituer un préalable à l'adoption d'une politique jurisprudentielle plus offensive permettant à la Cour d'asseoir sa compétence face aux questions syndicales et d'insuffler une certaine harmonisation des législations et pratiques nationales en ce domaine »¹⁶¹.

¹⁵⁹ Opinion concordante des juges TÜRMEEN, FURA-SANDSTRÖM et POPOVIC, Cour EDH, *Demir et Baykara c/ Turquie*, *op.cit.*

¹⁶⁰ J.-P. MARGUENAUD, J. MOULY, « Le droit à négociation collective, «partie inséparable» de la liberté syndicale», *JCP G* n°10, 7 mars 2007, II 10038, p. 37.

¹⁶¹ M. MERINO, « Le renforcement de la protection de la liberté syndicale par la Cour européenne des droits de l'homme en question », *RTDH* n°70, 2007, p.481.

En dernier lieu, il nous apparaît nécessaire de signaler l'arrêt *Associated society of locomotive engineers and firemen*¹⁶² (ASLEF) du 27 février 2007. Dans cet arrêt, le requérant est un syndicat qui s'était vu empêcher par la législation nationale britannique d'exclure un de ses membres qui se trouvait être un adhérent actif d'un parti d'extrême droite, le British National Party (BNP), dont les convictions étaient diamétralement opposées à celles du syndicat. La Cour européenne des droits de l'homme en concluant à la violation de l'article 11 par le Royaume-Uni a donc admis la validité de l'exclusion d'un membre par son syndicat pour un motif politique. « *As an employee or worker should be free to join, or not join a trade union without being sanctioned or subject to disincentives (...), so should the trade union be equally free to choose its members. Article 11 cannot be interpreted as imposing an obligation on associations or organisations to admit whosoever wishes to join. Where associations are formed by people, who, espousing particular values or ideals, intend to pursue common goals, it would run counter to the very effectiveness of the freedom at stake if they had no control over their membership.(...) Similarly, the right to join a union «for the protection of his interests» cannot be interpreted as conferring a general right to join the union of one's choice irrespective of the rules of the union: in the exercise of their rights under Article 11§1 unions must remain free to decide, in accordance with union rules, questions concerning admission to and expulsion from the union (...)* »¹⁶³.

In casu, la Cour appuie son raisonnement sur le droit international, à savoir le droit de l'OIT avec la Convention n°87 (§25, §38) d'une part,

¹⁶² Cour EDH, 27/02/2007, *Associated society of locomotive engineers and fireman c/ Royaume-Uni*, req.n°11002/05.

¹⁶³ *Id.*, §39.

et d'autre part sur l'article 5 de la Charte sociale européenne (§22, §39) ainsi que sur les conclusions du Comité européen des droits sociaux qui avait déjà apprécié l'irrégularité de la législation britannique en l'espèce par rapport à l'article 5 (§23 et §24). Pourtant, il n'est plus étonnant de voir la Cour protéger un individu face aux agissements dont il pourrait être victime du fait d'un employeur ou d'une organisation syndicale par le jeu de l'effet horizontal de la Convention¹⁶⁴.

En revanche, la Cour vient ici protéger en apparence les intérêts d'une organisation syndicale face aux décisions prises à son encontre par les juridictions nationales de l'Etat partie, du fait de son choix d'exclure un de ses membres. Dès lors il faut s'attendre dans un avenir proche à voir se profiler une extension du contrôle de la Cour concernant le droit syndical en faveur des employeurs et des organisations syndicales proportionnellement aux droits que la Cour a reconnus ou entend reconnaître aux individus. Les textes internationaux qui ont servi de base pour permettre à la Cour d'étendre son contrôle sur les éventuelles violations des droits syndicaux des individus, ont aussi servi à reconnaître ces mêmes droits à une organisation syndicale dans un premier temps, et pourquoi pas prochainement à une organisation patronale en vertu d'une sorte d' « exigence de réciprocité »¹⁶⁵?

¹⁶⁴ En ce sens voir: F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8^{ème} éd. refondue, PUF, 2006, p.246 et s. ; M. MERINO, « Le renforcement de la protection de la liberté syndicale par la Cour européenne des droits de l'homme en question », *RTDH* n°70, 2007, p.465.

¹⁶⁵ M. MERINO, *op.cit.*, p.488.

Pareillement, comme l'ont d'ailleurs fort justement souligné M. Merino¹⁶⁶ d'une part, et J.-P. Marguénaud et J. Mouly d'autre part, à chaque droit positif reconnu devrait suivre logiquement son pendant négatif, non seulement pour un individu, mais aujourd'hui également pour un syndicat ou un employeur. Par exemple, « au droit de négociation collective devrait répondre le droit, qui se trouvait au coeur de l'affaire Gustafsson¹⁶⁷, de ne pas négocier; au droit de grève devrait correspondre un droit de ne pas faire grève»¹⁶⁸. Cette question est d'ailleurs soulevée par J.-P. Marguénaud qui se demande « si le droit à la négociation collective, expressément reconnu au salarié, n'aurait pas vocation à être contrebalancé, au grand péril d'une rupture du dialogue social, par la création au profit de l'employeur d'un droit de ne pas négocier »¹⁶⁹. En l'occurrence, après la réponse de la Cour en l'affaire ASLEF – qui a admis la validité du droit d'association négative au bénéfice d'une organisation syndicale – cela laisserait logiquement présager un élargissement des droits reconnus au titre de l'article 11, mais cette fois-ci au bénéfice des employeurs et organisations syndicales, et par là-même, au détriment certainement des individus.

En définitive, il semblerait donc que la Cour européenne des droits de l'homme soit passée, en l'espace d'une trentaine d'années, de

¹⁶⁶ *Id.*

¹⁶⁷ Cour EDH, Gd. ch., 25/04/1996, *Gustafsson c/ Suède*, *Rec.1996-II*; *GACEDH* n°54; *JCP G* n°40, 1997, I, 4000, obs. F. SUDRE; *D.* 1997, J., 363, note J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY.

¹⁶⁸ J.-P. MARGUENAUD, J. MOULY, « Le droit à négociation collective, «partie inséparable» de la liberté syndicale», *JCP G* n°10, 7 mars 2007, II 10038, p.37

¹⁶⁹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, J.-P. MARGUENAUD, F. SUDRE, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 4^eéd., 2007, p.646.

l'art subtil de la prétérition à la reconnaissance effective du droit syndical par le biais du droit international. Aujourd'hui, les objectifs visés par la Convention dépassent la lettre même du texte grâce notamment à une instrumentalisation du droit international et européen en vigueur. En outre, s'il est vrai qu'elle fait maintenant régulièrement usage des divers instruments exclusivement relatifs à la protection des droits syndicaux tels que le droit développé par l'Organisation Internationale du Travail et la Charte sociale européenne, cela n'est en réalité que très récent dans sa jurisprudence, tout comme les nombreuses références au droit recommandatoire européen. De fait, la Convention européenne des droits de l'homme est devenue un instrument efficace d'optimisation du contenu des droits en faveur du droit syndical en particulier, mais également des droits sociaux en général. Toutefois, cet expansionnisme s'inscrit dans une volonté de symbiose avec les instances internationales et les autres instances du Conseil de l'Europe. Cette volonté est parfaitement illustrée ici par la réalisation d'une synergie des sources conventionnelles et extra-conventionnelles dont le but nous apparaît être le modelage d'un ordre social européen individuel, palliant les éventuelles carences de la protection sociale collective donnée par la Charte sociale européenne ou encore celles découlant de la diversité des droits internes des Etats parties. Désormais, il ne s'agit plus de contourner la difficulté en assurant une vague protection par ricochet, mais il est question d'une réelle protection directe des droits sociaux – tout du moins de certains droits sociaux – opérée par les instances strasbourgeoises. D'ailleurs, le constat fait par J.-F. Renucci faisant suite à l'arrêt *Demir et Baykara*¹⁷⁰ est sans appel: « c'est une

¹⁷⁰ Cour EDH, *Demir et Baykara c/ Turquie*, *op.cit.*

évolution jurisprudentielle en marche, d'importance majeure, tendant à la justiciabilité des droits sociaux par la Cour européenne »¹⁷¹. Doit-on pour autant déjà y voir « la porte ouverte à un gouvernement des juges »¹⁷²? Une telle conclusion paraît pour le moins prématurée¹⁷³ et excessive. La dimension sociale des droits de l'homme ne doit plus être occultée par une barrière artificiellement prédéfinie. Il ne faut pas perdre de vue l'essentiel : « les droits de l'homme sont indivisibles et il n'est pas de justice sans justice sociale »¹⁷⁴. Peut-être les gardiens du temple verront-ils un crime de lèse-majesté de la part de la Cour dans cette jurisprudence progressiste qui ose explicitement mettre en valeur la thématique sociale en la plaçant sous sa protection juridictionnelle ?

§ 2. Le droit à un environnement sain¹⁷⁵.

La protection européenne du droit de l'environnement a été l'occasion pour la Cour européenne des droits de l'homme de se livrer à une instrumentalisation finaliste et évolutive du droit international de l'environnement. En effet, bien que l'extension de la Convention au bénéfice de la garantie du droit à un environnement sain se fasse par le truchement de la technique de la protection par ricochet (A),

¹⁷¹ J.-F. RENUCCI, «Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens», libres propos, *JCP G* n°11, 14 mars 2007, p. 4.

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ D'autant plus que l'affaire Demir et Baykara est actuellement pendante devant la Grande chambre.

¹⁷⁴ Extrait du discours d'ouverture du séminaire « rendre visible l'indivisible » du 04/12/2006 prononcé par Maud de Boer-Buquicchio, Secrétaire générale adjointe du Conseil de l'Europe, www.coe.int/t/de/presse/news.

¹⁷⁵ Par Leïla ABDOULOUSSEN, Doctorante, Chargée de travaux dirigés, Université Montpellier I (IDEDH).

elle obéit pour être réellement effective aux objectifs définis par le droit international de l'environnement (B).

A. La protection du droit à un environnement sain par le biais de la technique de la protection par ricochet

Le système de protection européen des droits de l'homme constitué par la Convention européenne des droits de l'homme ne garantit pas une protection du droit de l'environnement. En effet, ce droit n'apparaît dans aucun article ni protocole de la Convention. La raison en est qu'au moment de la signature de la Convention EDH, la question environnementale n'était pas présente, la priorité étant à l'époque de garantir les droits civils et politiques.

Les nombreuses discussions concernant la possibilité éventuelle de combler une telle lacune du texte n'ont pas encore abouti, pour le moment.

Mais le souci constant et croissant de la protection de l'environnement ne pouvait laisser la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme indifférentes. C'est ainsi qu'a pu se dégager au cours des dernières années et au fil des arrêts, une jurisprudence relative au droit de l'environnement, encore balbutiante, mais néanmoins soucieuse de tenir compte du « facteur environnement » dans son objectif de protection des droits de l'homme.

Pour ce faire, les organes de protection de la Convention EDH ont eu recours à la technique de la protection par ricochet qui « *permet d'étendre le champ d'application de la Convention à des situations non expressément visées par celle-ci, de contourner l'incompatibilité ratione materiae d'une requête avec l'instrument conventionnel. Cette*

technique vient combler les lacunes du texte en faisant émerger des droits que l'on peut qualifier de « dérivés », non garantis comme tels par la Convention¹⁷⁶».

Dès lors, le droit à l'environnement ne sera pas directement protégé par la Cour qui ne pourra pas prononcer une violation sur ce fondement.

Mais elle pourra prononcer la violation d'un droit garanti par la Convention dont la cause réside dans une atteinte à l'environnement.

Ainsi le droit à l'environnement sera indirectement protégé, par ricochet, par le biais des conséquences néfastes que peut avoir une atteinte à l'environnement sur un droit garanti par la Convention européenne des droits de l'homme, tels le droits au respect de la vie privée et du domicile ou le droit à la vie.

C'est l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme qui a amorcé la tendance, en accueillant la recevabilité de deux requêtes liées à des atteintes potentielles à l'environnement, sur le fondement de l'article 8 de la Convention EDH¹⁷⁷. De nombreux arrêts rendus par la Cour EDH ont par la suite confirmé cette tendance. Sans pour autant reconnaître un véritable droit à un environnement sain, la Cour a affirmé, notamment dans l'arrêt *Hatton* du 8 Juillet 2003 qui concernait des nuisances sonores diurnes causées par le bruit des aéronefs ayant pour conséquence des troubles du sommeil, que « *lorsqu'une personne pâtit directement et gravement du bruit ou*

¹⁷⁶ F.SUDRE, « Le droit à un environnement sain et le droit au respect de la vie privée », *Annuaire International des droits de l'homme* », I, 2006.

¹⁷⁷ Commission EDH. 15/07/1980, *Arrondelle c/ Royaume-Uni*, req. n°7889/77, DR 19, p.186 ; Commission EDH, 14/10/1985, *Baggs c/ Royaume-Uni*, req. n°9310/81, DR 44, p.22.

*d'autres formes de pollution, une question peut se poser sous l'angle de l'article 8*¹⁷⁸».

On le voit, l'article 8 a été un vecteur essentiel de la protection de l'environnement par les organes de la Convention EDH. Mais il n'est pas le seul. L'article 2 a également été invoqué avec succès dans l'affaire *Oneryildiz contre Turquie* dans laquelle le requérant turc se plaignait de la mort de neuf membres de sa famille suite à une explosion de méthane intervenue sur le site d'une décharge d'ordures ménagères s'étant déversées sur les habitations avoisinantes. La Cour a pu décider dans cette affaire, que « *la violation du droit à la vie est envisageable en relation avec des questions environnementales, liées non seulement aux dommages invoqués par le gouvernement mais aussi à d'autres dommages susceptibles de donner lieu à un risque sérieux pour la vie ou les différents aspects du droit à la vie*¹⁷⁹ ».

De la même façon, les articles 6, 10, 13 ou encore l'article 1 du protocole 1 ont pu également être invoqués dans les affaires relatives à l'environnement¹⁸⁰.

Pour autant, l'instrumentalisation finaliste du droit international n'a pas toujours été respectée par la Cour EDH. La raison première réside dans la technique de la protection par ricochet elle-même. En effet, la prise en compte de l'impératif de protection de l'environnement ne

¹⁷⁸ Cour EDH, Gd. ch., 08/07/2003, *Hatton et a. c/ Royaume-Uni*, Rec.2003-VIII.

¹⁷⁹ Cour EDH, 18/06/2002, *Oneryildiz c/ Turquie*, req.n° 48939/99, §64 ; LAURENT (C.), « Un droit à la vie en matière environnementale reconnu et conforté par une interprétation évolutive du droit des biens pour les habitants de bidonvilles », *RTDH*, 2003, pp. 279-297.

¹⁸⁰ Cour EDH, 26/08/1997, *Balmer-Schafroth et a. c/ Suisse*, Rec.1997-IV: relatif à l'article 6§1 ; Rapport Commission EDH, 29/06/1996, *Guerra et 39 a. c/ Italie*, req. n°14967/89 : relatif à l'article 10 ; Cour EDH, Gd. ch., 30/11/2004, *Oneryildiz c/ Turquie*, Rec. 2004-XII: relatif à l'article 1 Protocole 1 et Cour EDH, 08/07/2003, *Hatton et a. c/ Royaume-Uni*, Rec.2003-VIII, §131 à 142 : relatif à l'article 13.

peut se faire qu'à travers le prisme de cette technique, avec cet inconvénient majeur qui est celui du nécessaire constat d'une violation d'un droit garanti par la Convention EDH. Dès lors, un Etat pourra très bien avoir commis ou laissé commettre une atteinte à l'environnement sans que celle-ci n'ait aucune incidence néfaste sur un droit garanti.

Cette limite à la protection de l'environnement ressort très nettement dans l'arrêt *Kyrtatos contre Grèce* qui concernait des aménagements urbains ayant entraîné la destruction de l'environnement physique du requérant et une moindre qualité de vie. La Cour affirme que « *l'élément crucial qui permet de déterminer si, dans les circonstances d'une affaire, des atteintes à l'environnement ont emporté violation de l'un des droits sauvegardés par le paragraphe 1 de l'article 8 est l'existence d'un effet néfaste sur la sphère privée ou familiale d'une personne, et non simplement la dégradation générale de l'environnement. Ni l'article 8 ni aucune autre disposition de la Convention ne garantit spécifiquement une protection générale de l'environnement en tant que tel ; d'autres instruments internationaux et législations internes sont plus adaptés lorsqu'il s'agit de traiter cet aspect particulier* »¹⁸¹.

Il semble ici que la Cour fasse référence aux autres instruments internationaux comme pour se ménager une échappatoire, légitimant en quelque sorte sa trop grande frilosité à constater des violations de la Convention en raison d'atteintes à l'environnement. Malgré son opinion formulée dans l'arrêt *Kyrtatos*, selon laquelle « *les nuisances résultant des aménagements urbains n'ont pas atteint un degré de gravité suffisant pour être prises en compte aux fins de l'article 8* »,

¹⁸¹ Cour EDH, 22/05/2003, *Kyrtatos c/ Grèce*, § 52, *Rec.2003-VI*.

rien n'empêche de la voire évoluer dans son appréciation, du reste très relative, du degré de gravité des nuisances ayant pour origine une atteinte environnementale en fonction de l'élévation des standards de qualité environnementale et de bio développement.

La Cour est d'ailleurs plutôt encline à se servir du droit international à l'appui d'une véritable volonté juridique de garantir le droit de l'environnement.

B. La protection effective du droit à un environnement sain en accord avec les objectifs du droit international

La Convention EDH ne comporte aucune référence explicite au droit de l'environnement. Mais il n'en est pas de même des autres instruments juridiques internationaux. Dès lors la Commission et la Cour, en tant qu'organes internationaux, ne peuvent les ignorer. Il convient donc d'examiner l'utilisation éventuelle faite de ces normes internationales par la jurisprudence européenne relative à l'environnement.

Il existe un nombre important d'instruments juridiques internationaux ayant trait à la protection de l'environnement. Il ressort de la jurisprudence européenne que les organes européens vont s'en servir à l'appui de leurs décisions, de manière confortative, et reprendre à leur compte la finalité de ces instruments internationaux de protection de l'environnement. Il apparaît en effet que la Cour rend, le plus souvent, des arrêts conformes aux buts posés par le droit international de l'environnement, en s'en servant de manière explicite ou même implicite, afin d'assurer le respect du droit international de l'environnement.

Il en est ainsi de l'utilisation faite par la Cour du droit international de l'environnement dans sa jurisprudence relative au volet procédural de l'article 8 de la Convention EDH. En effet, « *l'article 8 peut trouver à s'appliquer dans les affaires d'environnement que la pollution soit directement causée par l'Etat ou que la responsabilité de ce dernier découle de l'absence de réglementation adéquate de l'industrie privée* ¹⁸² ». La Cour apprécie dans ce cas, le contenu matériel de la décision du gouvernement pour voir si elle est compatible avec l'article 8, mais elle prend également en compte le processus décisionnel pour vérifier si les intérêts de l'individu ont été dûment pris en compte. Ainsi, « *même si l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure, il faut que le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence soit équitable et respecte comme il se doit, les intérêts de l'individu protégés par l'article 8* » ¹⁸³. La Cour a donc développé des garanties procédurales dans le cadre d'article 8 et s'est appuyée pour cela, dans l'arrêt *Taskin c/ Turquie* sur le droit international de l'environnement ¹⁸⁴.

Dans cette affaire était en cause l'octroi d'une autorisation d'exploiter une mine d'or dont les travaux avaient occasionné des nuisances sonores. La Cour cite comme droit pertinent l'article 10 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, adoptée en 1992 par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement destinée à faire progresser le concept des droits et des responsabilités des Etats dans le domaine de l'environnement. Elle cite ensuite la Convention d'Aarhus, adoptée en application de la

¹⁸² Cour EDH, Gd. ch., 08/07/2003, *Hatton et a. c/ Royaume-Uni*, *Rec.*2003-VIII, §98.

¹⁸³ Cour EDH, 02/11/2006, *Giacomelli c/ Italie*, req. n°59909/00, §82 et Cour EDH, 25/09/1996, *Buckley c/ Royaume-Uni*, *Rec.* 1996-IV, §76.

¹⁸⁴ Cour EDH, 10/11/2004, *Taskin et a. c/ Turquie*, *Rec.*2004-X, §98 à 100.

déclaration de Rio le 25 juin 1998, sous l'égide de la Commission économique des Nations Unies, qui prévoit 3 axes majeurs que sont l'accès du public à l'information, le droit de participation du public au processus décisionnel, et enfin le droit de recours effectif. L'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommande d'ailleurs aux Etats membres dans sa recommandation 1614 (2003) concernant l'environnement et les droits de l'homme, de garantir les droits procéduraux individuels reconnus par la Convention d'Aarhus.

La Cour reprend donc à son profit les finalités et objectifs énoncés par ces instruments et affirme que « *Lorsqu'il s'agit pour un Etat de traiter des questions complexes de politique environnementale et économique, le processus décisionnel doit tout d'abord comporter la réalisation des enquêtes et études appropriées, de manière à prévenir et évaluer à l'avance les effets des activités qui peuvent porter atteinte à l'environnement et aux droits des individus et à permettre ainsi l'établissement d'un juste équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu. L'importance de l'accès du public aux conclusions de ces études ainsi qu'à des informations permettant d'évaluer le danger auquel il est exposé ne fait pas de doute. Enfin, les individus concernés doivent aussi pouvoir former un recours contre toute décision, tout acte ou toute omission devant les tribunaux, s'ils considèrent que leurs intérêts ou leurs observations n'ont pas été suffisamment pris en compte dans le processus décisionnel* »¹⁸⁵.

On peut également citer concernant le volet procédural de l'article 8, l'arrêt *Giacomelli c/ Italie*¹⁸⁶ dans lequel le requérant habitant près d'une usine de stockage et traitement de déchets classés dangereux

¹⁸⁵ *Op.cit.* §119

¹⁸⁶ Cour EDH, 02/11/2006, *Giacomelli c/ Italie*, req. n° 59909/00.

attaque le renouvellement de l'autorisation de détoxifier ces déchets. La Cour invoque ici le droit communautaire puisqu'elle fait référence à l'article 6 de la loi italienne de 1986 sur l'environnement qui est la transposition nationale de la directive européenne 85/337/CEE. Cette loi prévoit en effet que tout projet susceptible d'occasionner d'importantes modifications de l'environnement doit faire l'objet d'une procédure d'évaluation de l'impact sur l'environnement par le ministère de l'environnement. Elle reprend ainsi le même attendu énoncé dans l'arrêt *Taskin* précédemment cité, et insiste à nouveau sur l'importance de l'information et de la participation du public dans le processus décisionnel en matière d'environnement, sans toutefois évoquer la Convention d'Aarhus.

Le recours aux normes internationales de protection de l'environnement n'est donc pas systématique et même plutôt rare. La Cour est plutôt encline à se référer à des instruments régionaux de protection de l'environnement, tel le droit communautaire mais aussi et surtout les instruments édictés par le Conseil de l'Europe.

On le voit très bien en effet, à travers les arrêts *Guerra* ou *Oneryildiz*. Dans le rapport de la Commission sur l'affaire *Guerra contre Italie* qui concernait un cas de pollution par une usine chimique alors que la population n'en avait pas été informée, la Commission fait référence à la recommandation 1087 (1996) de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les conséquences de l'accident de Tchernobyl qui dispose que « *l'accès du public à une information claire et exhaustive doit être considéré comme l'un des droits fondamentaux de la personne*¹⁸⁷ ». Elle énonce ainsi que « *L'énonciation d'un tel*

¹⁸⁷ Commission EDH, Rapport, 29/06/1996, *Guerra* et 39 a. c/ Italie, req. 14967/89, §33.

principe par une résolution de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe constituée, aux yeux de la commission, un indice de développement, pour le moins au niveau européen, d'une opinion visant à reconnaître l'existence d'un droit fondamental à l'information dans le domaine des activités industrielles, ou d'autre nature, dangereuses pour l'environnement et le bien être des personnes »¹⁸⁸.

Il faut noter que la Commission, à l'occasion de cette affaire, s'est montrée très novatrice en ce qui concerne le droit à l'information du public en matière environnementale puisqu'elle conclut en droit à la violation de son obligation par l'Etat d'assurer le droit à l'information du public, sur la base de l'article 10 de la CEDH. Mais cette démarche ne sera pas reprise par la Cour, dans la même affaire, qui conclura quant à elle à l'inapplicabilité de l'article 10.

Toutefois la Cour n'hésite pas à faire largement appel au droit du Conseil de l'Europe dans son arrêt *Oneryildiz contre Turquie* et «*fournit ainsi une illustration du rôle joué, aux fins d'une interprétation évolutive de la convention, par le droit du Conseil de l'Europe*¹⁸⁹ ». La Cour fait référence en effet à plusieurs résolutions et recommandations de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ainsi que du Comité des ministres. Elle cite surtout la Convention de Lugano sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement du 21 Juin 1993, prévoyant l'accès du public à une information claire et exhaustive, et la Convention de Strasbourg sur la protection de

¹⁸⁸ *Op.cit.*, § 44.

¹⁸⁹ J.F.FLAUSS, « Actualité de la CEDH » (Août 2004-janvier 2005), *AJDA*, 2005, Chroniques, p. 541.

l'environnement par le droit pénal du 4 Novembre 1998. La Cour conclura ainsi que le droit du public à l'information tel qu'il a déjà été consacré par la jurisprudence de la Convention sur le terrain notamment de l'article 8, « *peut également en principe être revendiqué aux fins de la protection du droit à la vie, d'autant plus que cette interprétation se voit confortée par l'évolution actuelle des normes européennes* ¹⁹⁰ ».

Il semble donc que la Cour choisisse de privilégier la référence aux instruments de protection de l'environnement régionaux que ce soit par la référence au droit communautaire ou au droit du Conseil de l'Europe, dès lors que ceux-ci prévoient un niveau de garantie au moins analogue aux standards minimums imposés par le droit international en matière de droit de l'environnement. De ce fait, les objectifs relatifs à la protection de l'environnement posés par le droit international sont respectés.

Mais il apparaît que les organes chargés de veiller au respect de la Convention EDH ne respectent pas toujours la finalité du droit international de l'environnement. L'utilisation finaliste du droit international devient alors le dernier recours des juges dans leurs opinions séparées, face à la méconnaissance par la Cour de la finalité posée par le droit international de l'environnement.

On peut citer quelques affaires où la Cour occulte complètement le droit international de l'environnement. Celui-ci n'est cité à aucun moment, que ce soit explicitement ou implicitement. C'est le cas de

¹⁹⁰ Cour EDH, Gd. Ch., 30/11/20004, Oneryildiz c/ Turquie, *Rec.* 2004-XII, § 90.

l'arrêt *Balmer-Schafroth, contre Suisse*¹⁹¹ dans lequel les requérants demandaient le rejet de la demande de prolongation du permis d'exploitation d'une centrale nucléaire non conforme aux normes sécuritaires. Le juge Pettiti, dans son opinion dissidente, remet en cause la conclusion de la Cour par rapport à la finalité de protection de l'environnement posée par le droit international. Il rappelle en effet, que « *la majorité a méconnu tout le mouvement des institutions internationales et du droit international public pour assurer la préservation des personnes et des patrimoines tel qu'il ressort des textes de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe sur l'environnement, des accords de Rio, des textes de l'Unesco, de l'élaboration des principes de précaution et de préservation du patrimoine commun. La résolution n° 840 des Nations unies sur les abus de pouvoirs, du 3 novembre 1985, a été adoptée dans le même souci. S'agissant de la protection des personnes dans le domaine de l'environnement et des installations entraînant des risques d'insécurité pour les populations, ces principes s'imposent à tous les Etats [...]* ».

Il en est de même dans l'arrêt *Hatton c/ Royaume-Uni*¹⁹² dans lequel la Cour revient sur le constat de violation de l'article 8 auquel la chambre avait conclu dans un arrêt du 2 Octobre 2001. Selon le juge Costa, cet arrêt est régressif car contraire à l'évolution de la jurisprudence des organes de la Convention, la Cour n'hésitant pas à privilégier « *les considérations économiques au détriment des conditions sanitaires de base* »¹⁹³. Il fait référence pour cela à l'article 1^{er} de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur

¹⁹¹ Cour EDH, 26/08/ 1997, Balmer-Schafroth et a. c/ Suisse, *Rec.*1997-IV.

¹⁹² Cour EDH, Gd. ch., 08/07/2003, Hatton et a. c/ Royaume-Uni, *Rec.*2003-VIII.

¹⁹³ Cour EDH, Gd. ch., 08/07/2003, Hatton et a. c/ Royaume-Uni, Opinion dissidente commune aux juges COSTA, RESS, TURMEN, ZUPANCIC, STEINER.

l'environnement humain proclamant le droit fondamental de l'homme « à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien être ». Il cite également l'article 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne qui prône le principe du développement durable, ainsi que le protocole de Kyoto selon lequel « la pollution de l'environnement est une question supranationale [...] qui relève d'une juridiction internationale ».

Les juges dans leurs opinions séparées restent donc conscients de la primauté à accorder au droit international et n'hésitent pas à rappeler à la Cour que les principes internationaux de protection de l'environnement doivent la guider dans la recherche d'une garantie effective de ce droit.

L'utilisation par la Cour du droit international, bien qu'elle ne soit pas systématique et encore marginale, reflète néanmoins une volonté d'alignement sur les objectifs du droit international afin de garantir une meilleure effectivité du droit à un environnement sain.

Chapitre 3.

L'alignement du juge européen sur le droit international au détriment de la protection des droits fondamentaux européens¹.

La matière des immunités issues du droit international² apparaît d'emblée comme une matière complexe et cela pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, concernant la définition de la notion d'immunité, il convient de distinguer, l'immunité de juridiction, qui a pour effet de soustraire le bénéficiaire de l'immunité à la compétence des tribunaux nationaux, et l'immunité d'exécution qui permet à son bénéficiaire d'échapper à toute contrainte administrative ou juridictionnelle résultant de l'application d'un jugement.

Ensuite concernant le champ d'application des immunités et leurs sources, une distinction s'impose entre l'Etat et les organisations internationales.

L'immunité des Etats protège l'Etat en tant que personne morale et son personnel politique, principalement les chefs d'Etats et départements ministériels, elle protège également ses démembrements c'est-à-dire tout organe ou autorité devant être considéré comme une émanation de l'Etat. Elle est régie historiquement par des règles coutumières de droit international. La matière s'est depuis enrichie de plusieurs conventions telles que la Convention de Bâle de 1972 sur les

¹ Par Laure MILANO, Maître de conférences, Université Montpellier I (IDEDH).

² Voir les ouvrages de droit international, P.M DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2006, pp.125 et ss ; Q.D NGUYEN, P. DAILLIER, *Droit international public*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2002.

immunités des Etats, négociée sous l'égide du Conseil de l'Europe, mais dont l'impact est mesuré puisque seuls huit Etats l'ont ratifiée ; plus récemment, le 17 janvier 2005 a été ouverte à la signature des Etats, la Convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, élaborée au sein des Nations Unies.

En revanche, s'agissant des représentants de l'Etat à l'étranger que sont les personnels diplomatiques et consulaires, les immunités dont ils bénéficient résultent de traités internationaux, respectivement les Conventions de Vienne de 1961 et 1963.

L'immunité des organisations internationales, qui couvre la personne morale et les personnes physiques qui la représentent, trouve quant à elle le plus souvent sa source dans une convention, qu'il s'agisse des traités instituant ces organisations ou des accords de siège qu'elles ont conclus avec les Etats.

On constate donc la multiplicité des bénéficiaires et la diversité des sources des immunités.

Enfin, la matière est complexe car elle se situe au carrefour de plusieurs droits et d'intérêts souvent divergents. En effet, les immunités concernent la relation entre le bénéficiaire de l'immunité et l'Etat du for, mais également la relation qui se noue au cours d'un litige entre le premier et une personne privée. C'est donc tout à la fois le droit interne et le droit international public qui sont mobilisés dès lors qu'une immunité est invoquée. A cela s'ajoute le développement depuis plusieurs années du droit international des droits de l'homme dont la logique de protection des droits de l'individu paraît inconciliable avec les arguments classiques du droit international qui justifient le principe de l'immunité par le nécessaire respect de

l'égalité entre sujets de droit international et la courtoisie des relations internationales.

Le déni justice auquel aboutit l'invocation d'une immunité est, en effet, en totale contradiction avec le droit à une protection juridictionnelle effective garanti par de nombreux instruments internationaux tels que l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques ou les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

C'est naturellement vers la Cour européenne des droits de l'homme que les justiciables se sont tournés pour résoudre cette irréductible contradiction.

Saisies de requêtes fondées sur la violation alléguée de l'article 6 §1 de la Convention qui garantit le droit à un procès équitable, les instances de contrôle strasbourgeoises ont dans un premier temps conclu à l'irrecevabilité de telles requêtes, irrecevabilité *ratione materiae*³ ou irrecevabilité en raison du caractère non « civil » au sens de l'article 6 du droit objet du litige⁴. Si ces solutions ont été adoptées sur le fondement du droit international public, une telle résignation du juge européen pouvait paraître paradoxale alors que dans le même temps il n'hésitait pas à bouleverser les droits nationaux en pratiquant une politique d'expansion tout azimut du champ d'applicabilité de l'article 6.

³ Commission EDH, 12/12/1988, *Spaans c/ Pays-Bas*, DR 58, p.119.

⁴ Commission EDH, 12/04/1996, *Van der Peet c/ Allemagne*, req. n°26991/95.

C'est par deux arrêts de 1999⁵, relatifs à l'immunité de juridiction des organisations internationales, que la Cour européenne va mettre fin à cette injusticiabilité et accepter de confronter ces immunités aux garanties de l'article 6, et plus particulièrement au droit d'accès à un tribunal, solution ensuite étendue aux immunités des Etats⁶. Pour autant, la fin de l'injusticiabilité des immunités de juridiction et d'exécution des organisations internationales et des Etats ne s'est pas accompagnée de la solution de conciliation tant attendue entre immunité et droit d'accès à un tribunal, la Cour n'ayant jamais conclu dans aucune des affaires qui lui ont été soumises depuis 1999 à une violation de l'article 6.

Cet alignement du juge européen sur l'interprétation classique du droit international en matière d'immunités (section 1) mérite toutefois d'être réévalué à la lumière des évolutions passées et présentes du droit international public, évolutions qui justifieraient un renouvellement de l'interprétation du droit des immunités par le juge européen (section 2).

⁵ Cour EDH, 18/02/1999, *Waite et Kennedy c/ Allemagne*, *Rec.*1999-I et Cour EDH, 18/02/1999, *Beer et Regan c/Allemagne*, req. n°28934/95 ; H. TIGROUDJA, « L'immunité de juridiction des organisations internationales et le droit d'accès à un tribunal », *RTDH*, 2000, p.77 ; Note P. TAVERNIER, *JDI*, 2000, p.102 ; Chron. J.F FLAUSS, *AJDA*, 2000, p.527.

⁶ Voir par ex. Cour EDH, 21/11/2001, *McElhinney c/ Irlande*, *Rec.*2000-XI ; Cour EDH, 21/11/2001, *Al-Adsani c/ R. Uni*, *Rec.*2001-XI ; Cour EDH, 21/11/2001, *Fogarty c/ R.Uni*, *Rec.*2001-XI.

Section 1. L'alignement du juge européen sur l'interprétation classique du droit international des immunités.

Au regard de l'antinomie flagrante entre immunités et droits de l'homme, la jurisprudence de la Cour EDH en la matière apparaît bien décevante. Parce qu'elle ne s'autorise qu'un contrôle formel des immunités, la Cour aboutit à leur accorder un brevet de conventionnalité. Le juge européen justifie cette solution surprenante par sa volonté de ne pas « troubler, dans toute la mesure du possible, l'ordonnement des règles du droit international général »⁷. Il semble donc que l'absence de réel contrôle du juge européen sur les immunités (§2) s'explique par sa position en tant que juge international (§1).

§1 : Un alignement fondé sur la position du juge européen en tant que juge international.

La Cour privilégie une « politique jurisprudentielle de réception pure et simple du droit international général »⁸, or en l'état actuel le principe de l'immunité reste la règle en droit international (A), dès lors l'attitude de soumission du juge européen s'explique par les obstacles qu'il rencontrerait s'il se prononçait en faveur de la levée des immunités (B).

⁷ Par ex. Cour EDH, *McElhinney*, *op. cit.*, §36 ; Cour EDH, *Al-Adsani*, *op. cit.*, §55; Cour EDH, *Fogarty*, *op. cit.*, §35.

⁸ J.F FLAUSS, « Répression des actes de torture et compétence civile universelle », *D.*, 2003, Chron. p.1250.

A. La règle de l'immunité en droit international.

Il convient ici de clairement distinguer les immunités accordées aux Etats, celles accordées aux chefs d'Etat étrangers et celles accordées aux organisations internationales.

Les immunités des Etats sont justifiées par les principes classiques d'indépendance, de souveraineté et d'égalité entre Etats. Concernant l'immunité de juridiction des Etats, la tendance est à une meilleure délimitation de ces immunités⁹. En effet, l'évolution du droit international, accompagnant l'évolution des activités de l'Etat et notamment l'avènement de l'Etat commerçant, marque le passage d'une conception absolutiste à une conception restrictive des immunités ; toutefois l'immunité demeure le principe, sauf exceptions, principe rappelé dans la Convention européenne sur l'immunité des Etats de 1972 et plus récemment dans la Convention du 17 janvier 2005 élaborée sous l'égide des Nations unies. Pour mettre en œuvre les exceptions au principe de l'immunité, la distinction traditionnelle, reprise dans la Convention du 17 janvier 2005, consiste à départager les activités de l'Etat spécifiquement publiques, activités couvertes par l'immunité de juridiction, et les activités de l'Etat dans lesquelles il agit à l'instar d'une personne privée, activités non couvertes par l'immunité de juridiction. Le principe de l'immunité restreinte est donc fondé sur la distinction entre actes de *jus imperii*, qui manifestent la souveraineté de l'Etat, et actes de *jus gestionis* qui sont assimilables à des actes de droit privé.

⁹ Voir M. COSNARD, *La soumission des Etats aux tribunaux internes*, Pédone, 1996, 478 p. I. PINGEL-LENUZZA, *Les immunités des Etats en droit international*, Bruylant, 1998, 422 p.

Concernant l'immunité d'exécution des Etats, si elle suit l'évolution générale du droit des immunités, les exceptions y sont encore plus précisément circonscrites et l'immunité couvre tous les biens nécessaires aux fonctions d'autorité, la Convention des Nations Unies précisant qu'il s'agit des biens « affectés à l'exercice de l'activité gouvernementale qui ne se rapporte pas à une exploitation économique quelconque » (article 5). Cette protection des biens des Etats est accrue s'agissant des biens appartenant à leurs missions diplomatiques ou consulaires puisque l'article 22 de la Convention de Vienne de 1961 garantit leur caractère inviolable.

L'immunité des chefs d'Etats et membres de gouvernements étrangers doit être distinguée de l'immunité des Etats, bien qu'elles aient un fondement coutumier similaire. Les chefs d'Etats étrangers et membres de gouvernements bénéficient en réalité de deux régimes d'immunité qui se juxtaposent. Tout d'abord une immunité fonctionnelle, qui concerne les actes de la fonction. Cette immunité *ratione materiae* est donc assimilable à l'immunité de l'Etat au nom duquel ces actes ont été accomplis et doit par conséquent être conçue comme une immunité relative (cf supra). Ensuite, une immunité personnelle, attachée à la personne dans l'exercice de ses fonctions. Cette immunité *ratione personae* est absolue, elle couvre tous les actes accomplis pendant l'exercice des fonctions, y compris les actes accomplis à titre privé, et est opposable aux procédures civiles comme pénales devant des juridictions étrangères.

Si l'immunité reste la règle, la distinction entre immunités *ratione materiae* et *ratione personae* devrait en théorie permettre d'opérer une pondération des intérêts entre la lutte contre l'impunité des auteurs des

crimes les plus graves et le bon déroulement des relations internationales. Ce n'est pourtant pas en ce sens que la Cour internationale de justice (CIJ) s'est prononcée dans l'arrêt rendu le 14 février 2002¹⁰ à propos du mandat d'arrêt délivré par la Belgique à l'encontre du ministre des Affaires étrangères du Congo. Alors que la Belgique se fondait sur une conception restrictive des immunités *ratione materiae*, la CIJ reconnaît l'immunité de juridiction pénale et l'inviolabilité des ministres des Affaires étrangères en exercice pour les procédures conduites devant des juridictions d'Etats étrangers, même « lorsqu'ils sont soupçonnés d'avoir commis des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité ». La CIJ tranche donc en faveur d'une conception absolue *ratione personae* et semble nier les évolutions récentes du droit international pénal en refusant de déduire de la concordance statutaire des tribunaux internationaux¹¹ l'existence d'une règle de droit international général permettant de poursuivre les agents de l'Etat en exercice pour crimes de guerre ou contre l'humanité. La CIJ manque ainsi une occasion de transposer ces règles, élaborées dans le cadre de la répression internationale des crimes internationaux, au niveau de la répression nationale. Le bon déroulement des relations internationales prime donc en l'espèce sur la lutte contre l'impunité des auteurs de crimes internationaux,

¹⁰ CIJ, 14/02/2002, République démocratique du Congo c/ Royaume de Belgique ; Note E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *JCP*, G, 2002, II 10185 ; Voir A. BORGHI, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Bruylant, 2003, 560 p., spéc. Pp.302 et ss.

¹¹ Voir l'article 7, alinéa 2 du Statut du Tribunal international pour l'Ex-Yougoslavie du 25 mai 1993 et l'article 6, alinéa 2, du Statut du Tribunal international pour le Rwanda du 30 avril 1998 qui excluent l'immunité de juridiction pénale pour les Chefs d'Etat ou de gouvernement et les hauts fonctionnaires pour les génocides, crimes de guerre et crimes contre l'humanité ; Voir dans le même sens l'article 27 du Statut de la Cour pénale internationale découlant de la Convention de Rome du 17 juillet 1998.

démontrant toute la vigueur du principe des immunités malgré les évolutions du droit international.

Concernant les organisations internationales, leur immunité est absolue en ce sens qu'elle est effective quelles que soient la nature ou la finalité de l'acte en cause. Elle ne peut être écartée qu'en cas de renonciation expresse procédant soit de son traité constitutif ou de l'accord de siège, soit d'un consentement donné à l'occasion d'un litige. La souveraineté attachée à l'Etat permet de distinguer entre acte de *jus imperii* et acte de *jus gestionis* mais cette distinction est impossible à mettre en œuvre pour les organisations internationales car, du fait de leur nature essentiellement fonctionnelle, leur seule protection réside dans les immunités qui leur sont accordées¹². Cette immunité absolue est d'ailleurs reconnue de manière surprenante par le Tribunal de première instance des Communautés européennes. A l'occasion de plusieurs arrêts¹³ concernant la transposition en droit communautaire de résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies, le TPICE, de manière contestable, apprécie la conformité de ces résolutions à l'aune du *jus cogens*. Les requérants invoquaient entre autres l'absence de voies de recours juridictionnelles pour contester les sanctions prises à leur encontre par le comité des sanctions du Conseil de sécurité. En s'appuyant sur les immunités des

¹² Voir en ce sens les arrêts C.Cass., soc., 30/09/2003, Union latine c/ Mme Mazeas et C.Cass., 1^{ère} civ., 28/10/2003, Union latine c/ Mme Refieвна ; Note J.G MAHINGA, *JCP*, G, 2004, II 10102.

¹³ TPI, 21/09/2005, Yusuf, Al Barakaat International Foundation, aff.T-306/01 ; TPI, 21/09/2005, Kadi, aff.T-315/01 ; Note D.SIMON, F. MARIATTE, *Europe*, déc. 2005, p.6 ; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Droit de l'Union, droit international et droits fondamentaux », in Mélanges PH. LEGER, *Le droit à la mesure de l'Homme*, Pédone, 2006, p.151.

Etats et des organisations internationales « généralement admises par la communauté des nations » et plus particulièrement sur la jurisprudence de la Cour EDH en matière d'immunité, le TPICE conclut à l'immunité de juridiction des résolutions du Conseil de sécurité et estime que la limitation au droit d'accès des requérants est « inhérente à ce droit, tel qu'il est garanti par le *jus cogens* », référence au *jus cogens* pour le moins étonnante.

En conclusion de ce rapide tour d'horizon des immunités en droit international, il faut constater que malgré les évolutions tendant à réduire leur champ d'application, en particulier pour les immunités des Etats, le principe de l'immunité n'est pas remis en cause, y compris pour les violations graves des droits de l'homme ainsi qu'en atteste implicitement la récente Convention sur les immunités des Etats et de leurs biens en ne se prononçant pas sur cette question, ou les jurisprudences de la CIJ et du TPICE. Ceci réduit considérablement la marge de manœuvre du juge de la Cour EDH qui se trouve dès lors confronté à une série d'obstacles liés à la levée de l'immunité.

B. Les obstacles à la levée de l'immunité rencontrés par le juge européen des droits de l'homme.

Outre les circonstances précises de chaque affaire (cf infra), le fait que la Cour EDH n'ait jamais saisi l'occasion de constater une violation de la Convention face à l'invocation de l'immunité des Etats ou des organisations internationales s'explique par l'existence de deux catégories d'obstacles.

Tout d'abord, des obstacles qui se mesurent du point de vue des Etats parties à la Convention EDH. Si la Cour EDH décidait que l'immunité que le tribunal de l'Etat défendeur a respecté en application des exigences du droit international coutumier ou conventionnel, est contraire à la Convention EDH, cela reviendrait de la part du juge européen à contraindre les Etats parties à agir en violation de leurs obligations internationales. La situation se complique encore si l'Etat qui invoque l'immunité devant l'Etat du for n'est pas partie à la Convention EDH, en pareille hypothèse, le refus de l'immunité signifierait que les traités relatifs aux droits de l'homme ont des effets contraignants à l'égard d'Etats tiers.

La question est alors la suivante : est-il raisonnable de contraindre les Etats parties à la Convention EDH à choisir entre la violation du droit européen conventionnel et celle du droit international général ? Les auteurs de la Convention ont-ils pu être animés d'une telle intention ? Selon Ronny Abraham « il tombe sous le sens que la réponse est négative, et on ne peut qu'approuver mille fois la Cour d'avoir voulu éviter de placer les Etats dans une contradiction insoluble »¹⁴.

C'est d'ailleurs en ce sens que se prononce la Cour EDH pour motiver ses arrêts de non violation de la Convention en précisant qu'elle ne doit pas « perdre de vue le caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme que revêt la Convention et elle doit tenir compte des principes pertinents du droit international. La Convention doit autant que faire se peut se concilier avec les autres règles de droit international dont elle fait partie intégrante, y compris

¹⁴ Voir I. PINGEL (Dir.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Pédone, 2004, spéc. p.75. Voir dans le même sens, J.F. FLAUSS, « Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2000, n°3, spéc. p.303 et ss.

celles relatives à l'octroi de l'immunité aux Etats »¹⁵. Il faut noter qu'il est rare que la Cour EDH insiste dans ses arrêts sur la qualité de simple traité international de la Convention EDH ; au contraire dans les arrêts rendus en matière d'immunité, elle n'hésite pas à souligner sa qualité de juge international, respectueux à ce titre de l'ordonnement juridique international. Certes, on peut se demander si face à des engagements internationaux contradictoires, il revient à la Cour d'essayer d'apporter une cohérence à cet ordonnancement des règles de droit international, d'autant que les règles relatives aux immunités ne sont pas garanties par des normes impératives de droit international.

Pourtant, la question de la cohérence des règles internationales mérite d'être posée car elle dépasse largement la matière des immunités. Les interactions entre systèmes juridiques différents, « conséquence inévitable de la fragmentation actuelle du droit international en systèmes distincts et, volontairement ou non, peu coordonnées »¹⁶, multiplient les risques de conflits et placent d'ores et déjà les Etats face au dilemme qui naît de l'obligation de choisir entre deux obligations contradictoires et les juges internationaux face à la nécessité de trouver des solutions pratiques¹⁷.

¹⁵ Par ex. Cour EDH, McElhinney, *op. cit.*, §36 ; Cour EDH, Al-Adsani, *op. cit.*, §55 ; Cour EDH, Fogarty, *op. cit.*, §35.

¹⁶ Voir sur ce thème J.P JACQUE, « L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *RFDC*, 2007, p.4.

¹⁷ On pense notamment aux interactions entre droit de la Convention EDH et droit communautaire, pour une tentative de conciliation de ces règles du point de vue du juge de Strasbourg, voir Cour EDH, 30/06/2005, *Bosphorus Airways c/ Irlande*, *Rec.2005-VI* ; *GACEDH* n°69.

La matière des immunités présente, il est vrai, une complexité accrue en raison de la multiplicité et de l'hétérogénéité de ses sources et bénéficiaires (cf supra).

Dans ces conditions, on ne peut nier l'attitude de prudence adoptée par la Cour EDH, les immunités étant par nature une matière sensible à la frontière du juridique et du politique, de plus la frilosité des autres juridictions internationales, en particulier la CIJ, n'a sans doute pas incité le juge européen à vouloir jouer le rôle de précurseur.

A cette première catégorie d'obstacles s'en ajoute vraisemblablement un second que l'on peut qualifier d'obstacle pratique et qui permet d'apprécier la position du juge européen à la lumière de considérations de politique jurisprudentielle.

En effet, du point de vue de la juridiction strasbourgeoise, le refus de constater jusqu'ici une violation de la Convention du fait de l'invocation de l'immunité des Etats ou des organisations internationales, lui permet de maîtriser un flux de requêtes qui deviendrait rapidement exponentiel si elle avait ouvert la voie à la levée de l'immunité.

A ce jour, la Cour a essentiellement été saisie de requêtes alléguant d'une violation de l'article 6 §1, en raison de l'obstacle à l'accès au juge que constitue l'invocation d'une immunité. Si la Cour concluait à une violation de cette garantie procédurale, qui ne figure pas dans la Convention EDH parmi la liste des droits non susceptibles de dérogation et n'est pas en l'état actuel du droit international érigée en norme de *jus cogens*, elle devrait *a fortiori* reconnaître une violation de la Convention pour les droits considérés comme non susceptibles

de dérogation¹⁸ dans le texte conventionnel, droits qui recourent en partie les normes dont on peut considérer qu'elles sont des normes de *jus cogens*. Ceci amènerait la Cour, en pratique, à reconnaître une « exception droits de l'homme » qui tendrait à limiter le jeu de l'immunité en cas de violations graves des droits de l'homme. Toutefois pour reconnaître une telle exception encore faut-il en définir précisément la teneur et les cas d'application, ce qui soulève déjà en soi une difficulté¹⁹. La Cour ne semble pas pour l'instant décider à prendre position sur ce sujet car non seulement il n'existe pas de consensus en ce sens au niveau international, la Cour placerait donc les Etats dans une situation délicate, de plus elle verrait mécaniquement un grand nombre de requêtes affluer devant son prétoire, ce qui en raison de la situation d'engorgement de ce dernier ne lui paraît sans doute pas souhaitable.

Ces arguments constituent sans nul doute des obstacles à la levée des immunités de la part du juge européen. Néanmoins, dans la mesure où la Cour EDH a accepté à partir des arrêts de 1999 de mettre fin à l'injusticiabilité des immunités et donc de contrôler ces immunités au regard du texte conventionnel, on peut s'étonner du manque d'orthodoxie avec lequel elle pratique ce contrôle. Au-delà des solutions retenues par la Cour, le raisonnement par lequel elle aboutit à des constats de non violation de la Convention face à l'invocation d'une immunité prête le flanc à la critique.

¹⁸ Ces droits énumérés à l'article 15 §2 sont : le droit à la vie (art.2), l'interdiction de la torture (art.3), l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art.4§1), le droit à la légalité des délits et des peines (art.7) et le principe *non bis in idem* (art.4 Protocole 7).

¹⁹ Voir J.F. FLAUSS, « Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme », *op. cit.*, p.311 et ss.

§2 : L'absence de réel contrôle des immunités par le juge européen.

Les arrêts en matière d'immunité ont déjà été largement commentés et critiqués par la doctrine²⁰, il ne s'agit donc pas ici de revenir sur les circonstances de chaque arrêt. Deux aspects du raisonnement de la Cour méritent cependant d'être analysés en ce qu'ils démontrent la faiblesse de l'argumentation retenue par le juge pour aboutir à l'absence de violation de la Convention : d'une part, après avoir longtemps nié l'applicabilité de l'article 6 §1, la Cour a accepté de contrôler les immunités en situant son analyse dans le cadre des limitations implicites au droit d'accès à un tribunal, ce qui ne paraît pas adapté à la nature intrinsèque de l'immunité (A), d'autre part le contrôle de proportionnalité opéré est un contrôle en trompe l'œil car il est totalement obéré par l'invocation du droit international (B).

²⁰ Voir en particulier H. TIGROUDJA, « L'immunité de juridiction des organisations internationales et le droit d'accès à un tribunal », *op. cit* et « La Cour EDH et les immunités juridictionnelles des Etats », *Revue belge de droit international*, 2001, n°2, p.526 ; I. PINGEL, « Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour persiste », *RGDIP*, 2002, n°4, p.893 ; J.F FLAUSS, « Répression des actes de torture et compétence civile universelle », *op. cit*. Pour une analyse d'ensemble, voir F. SUDRE, « La jurisprudence de la Cour EDH », in I. PINGEL (Dir.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Pédone, 2004, p.19.

A. L'application critiquable de la théorie des limitations implicites.

Le droit d'accès à un tribunal occupe une place originale au sein des droits garantis par la Convention car sa reconnaissance comme son encadrement par la théorie des limitations implicites sont l'œuvre de la Cour. En effet, concomitamment à la reconnaissance du droit d'accès à un tribunal comme « élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 §1 » par l'arrêt *Golder*, la Cour a estimé que ce droit n'était pas absolu et qu'il y avait place « en dehors des limites qui circonscrivent le contenu même tout droit, pour des limitations implicitement admises », le droit d'accès à un tribunal appelant « de par sa nature même une réglementation par l'Etat », réglementation dont la Cour précise qu'elle ne doit jamais entraîner « d'atteinte à la substance de ce droit »²¹.

Les limitations implicites, appliquées par la Cour pour les droits non expressément consacrés par la Convention tel le droit d'accès à un tribunal, autorisent une ingérence, une restriction de ces droits sur le modèle de la clause d'ordre public des paragraphes 2 des articles 8 à 11. Ces restrictions doivent être entendues comme « les traitements diminutifs soit du contenu ou de la portée du droit par rapport à la notion définie ou impliquée par la Convention, soit de la faculté de son exercice dans le temps ou dans l'espace »²² mais, en aucun cas, ces limitations ne doivent avoir pour effet de vider le droit de son contenu. En effet, si les Etats appelés à réglementer le droit d'accès à un tribunal jouissent « d'une certaine marge nationale

²¹ Cour EDH, 21/02/1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, A.18, §§36-38 ; *GACEDH* n°26.

²² P. VEGLERIS, « Valeur et signification de la clause ' dans une société démocratique' dans la CEDH », *Revue des droits de l'homme*, 1968, p.222.

d'appréciation », « néanmoins, les limitations appliquées ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même »²³.

Bien que posant le principe de l'intangibilité de la substance du droit d'accès à un tribunal, la Cour s'est toujours refusée à élaborer une théorie générale en la matière, préférant une approche *in concreto*. S'il n'existe donc pas de définition du contenu de la substance du droit d'accès, la jurisprudence nous renseigne cependant sur les limitations implicites considérées par la Cour comme ne portant pas atteinte à la substance du droit d'accès à un tribunal et celles qui, au contraire, portent atteinte à ce droit.

Dans la première catégorie, il faut ranger les limitations qui ont pour finalité d'assurer une bonne administration de la justice, ainsi les limitations qui visent à protéger certaines catégories de personnes, tels que les mineurs ou aliénés²⁴, les limitations qui tiennent aux conditions de recevabilité des recours, qu'il s'agisse de limitations relatives aux délais pour introduire un recours²⁵, de restrictions financières à l'accès à un tribunal²⁶ ou de conditions de forme²⁷. Dans la deuxième catégorie, la Cour sanctionne les limitations au droit d'accès à un tribunal qui privent définitivement les justiciables de la possibilité de faire valoir leurs droits en justice²⁸, qui ne permettent pas un accès direct et indépendant aux juridictions²⁹, qui empêchent

²³ Cour EDH, 28/05/1985, *Ashingdane c/ Royaume-Uni*, A.93, §57.

²⁴ Voir en ce sens Cour EDH, *Golder, op. cit.*, §39.

²⁵ Par ex. Cour EDH, 10/07/2001, *Tricard c/ France*, req. n°40472/98, §29.

²⁶ Par ex. Cour EDH, 14/11/2000, *Annoni di Gussola c/ France*, *Rec.2000-XI*, §51.

²⁷ Par ex. Cour EDH, 16/11/2000, *S.A Sotiris et Nikos Koutras Attee c/ Grèce*, *Rec.2000-XII*, §20.

²⁸ Par ex. Cour EDH, 16/12/1997, *Eglise catholique de la Canée c/ Grèce*, *Rec.1997-VIII*, §41.

²⁹ Par ex ; Cour EDH, 27/08/1991, *Philis c/ Grèce*, A.209, §65.

les justiciables de « jouir d'une possibilité claire, concrète et effective de contester un acte qui constitue une ingérence dans leurs droits »³⁰, ou qui les empêchent de se prévaloir d'une voie de recours disponible³¹.

A la lumière de la foisonnante jurisprudence européenne relative au droit d'accès à un tribunal, les limitations implicites sont des limitations dans le temps, des limitations formelles ou celles tenant à l'auteur de l'action.

Dans ces conditions, situer comme le fait la Cour³², les immunités, qu'elles soient d'ailleurs de droit international ou de droit interne, dans la catégorie des limitations implicitement admises au droit d'accès à un tribunal semble tout à fait contestable. En effet, en pratique « l'immunité juridictionnelle n'a pas pour conséquence de restreindre ou de conditionner l'accès à un tribunal dans un souci de 'bonne administration de la justice' (...) mais constitue une entrave absolue et définitive »³³. Contrairement à ce que soutient la Cour³⁴, l'immunité ne constitue pas, à la différence des limitations implicites habituellement admises par elle, un obstacle d'ordre procédural, il s'agit d'un obstacle matériel qui prive définitivement et de manière irréversible un justiciable de la possibilité de s'adresser directement à un juge. L'immunité ne peut donc être considérée comme une limitation au droit d'accès à un tribunal, c'est une privation radicale de ce droit qui, au regard de la jurisprudence de valorisation du droit au

³⁰ Par ex. Cour EDH, 10/10/2000, Lagrange c/ France, req. n°39485/98, §42.

³¹ Par ex. Cour EDH, 26/10/2000, Leoni c/ Italie, req. n°43269/98, §23.

³² Cette analyse est dégagée à partir des arrêts Cour EDH, 18/02/1999, Waite et Kennedy et Beer et Regan, *op. cit.*

³³ H. TIGROUDJA, « L'immunité de juridiction des organisations internationales et le droit d'accès à un tribunal », *op. cit.*, p.92.

³⁴ Par ex. Cour EDH, Al-Adsani, *op. cit.*, §48 ; Cour EDH, Fogarty, *op. cit.*, §26.

juge, devrait être considérée par la Cour comme une atteinte à la substance du droit d'accès à un tribunal.

L'analyse sous l'angle des limitations implicites aurait toutefois pu se justifier par la volonté du juge européen de garder un droit de regard sur les immunités. En situant les immunités dans le cadre des limitations implicitement admises, c'est-à-dire dans le cadre de la marge nationale d'appréciation, la Cour s'autorisait ainsi à vérifier que la limitation en cause poursuivait un but légitime et respectait le principe de proportionnalité. Pourtant, en pratique, il faut constater que le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour est totalement obéré par l'invocation du droit international qui a, en la matière, un effet neutralisant.

B. Un contrôle de proportionnalité obéré par l'invocation du droit international.

La Cour considérant que les immunités ne constituent pas des atteintes à la substance du droit d'accès à un tribunal mais des limitations implicitement admises à ce droit, elle doit, pour statuer sur la conventionnalité de ces immunités au regard de l'article 6 §1, vérifier selon un raisonnement classique que lesdites limitations poursuivent un but légitime et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

La Cour traite différemment les immunités appliquées aux organisations internationales et les immunités des Etats en raison du fondement distinct de ces immunités.

1) L'immunité des organisations internationales.

Ces immunités ont un fondement conventionnel qui trouve sa source dans l'accord instituant l'organisation. Dans les affaires *Waite et Kennedy* et *Beer et Regan* de 1999³⁵, qui concernaient l'immunité de juridiction de l'Agence spatiale européenne (ASE), c'est donc en se référant, dans la partie « droit pertinent », à la Convention du 30 mai 1975 instituant l'ASE qui prévoyait l'immunité de juridiction et d'exécution de cette dernière, que la Cour examine les faits. Comme nous l'avons vu précédemment, l'immunité de juridiction des organisations internationales est absolue, elle s'applique à tous les actes de l'organisation effectués dans le cadre de ses missions, la distinction entre actes de *jus imperii* et actes de *jus gestionis* valable pour les Etats n'étant pas transposable bien qu'en l'espèce le litige soulève des questions assimilables au droit privé puisqu'il avait trait aux conditions d'emploi des requérants. Par conséquent, la Cour légitime l'octroi de l'immunité par le souci d'assurer « le bon fonctionnement » de l'organisation (§63). En raison de ce constat de légitimité du but poursuivi dicté par l'application pure et simple du droit international conventionnel, on peut se douter que l'issue du contrôle de proportionnalité est d'ores et déjà prédéterminée. Certes la Cour rappelle que le transfert de compétences des Etats à une organisation internationale ne les exonèrent pas de toute responsabilité au regard de la Convention et recherche si les requérants disposaient d'autres voies raisonnables pour protéger efficacement leurs droits garantis par la Convention (§68). Toutefois, le contrôle opéré en la matière se révèle largement théorique puisque la Cour se contente de

³⁵ *Op. cit.*, voir note 4.

constater que la Convention de l'ASE prévoit « divers modes de règlement des litiges » sans s'interroger sur leur effectivité et conclut à l'absence de violation de l'article 6 §1³⁶. Comparez aux exigences strictes de la jurisprudence européenne concernant le contrôle de l'effectivité de l'accès au juge, l'attitude du juge européen démontre une volonté d'autolimitation dictée par l'invocation du droit international.

Cette attitude de soumission au droit international est confirmée par les arrêts rendus par la Cour concernant les immunités des Etats.

2) Les immunités des Etats.

Par souci de clarté, il convient de distinguer les immunités de juridiction et les immunités d'exécution des Etats.

a. L'immunité de juridiction.

Trois arrêts rendus en Grande chambre le 21 novembre 2001³⁷ permettent pour la première fois à la Cour de statuer sur la question des immunités de juridiction des Etats. Si les circonstances de ces trois affaires diffèrent, la Cour va adopter un raisonnement similaire pour légitimer le but poursuivi par ces immunités. Elle note que

³⁶ Pour un contrôle effectif de l'existence d'une voie de recours alternative voir la décision de recevabilité Cour EDH, 11/05/2000, A.L. c/ Italie, n°41387/98, dans ce litige opposant l'OTAN à l'un de ses employés, la Cour conclut à l'absence de violation du droit d'accès à un tribunal après avoir examiné le déroulement de la procédure devant la Commission des recours de l'OTAN et estimé que ladite Commission « constitue une voie raisonnable pour protéger efficacement le droit du requérant à un procès équitable ».

³⁷ Cour EDH, 21/11/2003, Fogarty, *op.cit.*, McElhinney, *op.cit.*, Al-Adsani, *op.cit.*

« l'immunité des Etats souverains est un concept de droit international, issu du principe par *in parem non habet imperium* » et estime que l'octroi de l'immunité « poursuit le but légitime de respecter le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre Etats grâce au respect de la souveraineté d'un autre Etat ». Deux remarques sur cette argumentation.

Tout d'abord, les principes de souveraineté et d'égalité des Etats sont des fondements classiques des immunités en droit international, néanmoins ils n'impliquent pas que ces immunités soient accordées en toutes circonstances, et les différents instruments de droit international auxquels se réfèrent la Cour dans la partie « droit pertinent » vont en ce sens, tant la Convention de Bâle de 1972 que les travaux de la Commission du droit international, qui aboutiront en 2005 à l'adoption de la Convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, reflètent la tendance du droit international à mieux délimiter les immunités de juridiction.

D'autre part, la Cour justifie ces immunités par le souci de favoriser « la courtoisie et les bonnes relations entre Etats », ce qui témoigne du caractère très politique de la motivation de ces arrêts. En effet, ces arguments ne sont pas d'ordre juridique, au sens du droit international la courtoisie peut être définie comme « un ensemble d'actes accomplis presque invariablement par les Etats, mais qui ne sont pas motivés par le sentiment d'une obligation juridique »³⁸, elle s'oppose ainsi à la coutume qui suppose non seulement la répétition mais également le sentiment de se conformer à une obligation juridique, *l'opinio juris*.

³⁸ I. PINGEL-LENUZZA, *Les immunités des Etats en droit international*, *op.cit.*, p.20.

Dès lors, l'argumentation apparaît d'emblée comme juridiquement faible.

La Cour doit ensuite déterminer si la restriction est proportionnée au but poursuivi. Ici elle commence par rappeler que la Convention doit s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles du droit international, ce qui l'amène à poser comme postulat « qu'on ne peut dès lors, de façon générale, considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 §1 des mesures prises par une Haute partie contractante qui reflètent des principes de droit international généralement reconnus en matière d'immunité des Etats ». Partant de ce postulat, elle conclura dans l'affaire *Fogarty* qui concernait le recrutement de la requérante au sein d'une ambassade, que la tendance du droit international à limiter l'immunité des Etats dans les litiges portant sur des questions liées à l'emploi ne se manifeste pas en ce qui concerne les questions de recrutement dans les missions étrangères, ce qui aboutit à considérer qu'il s'agit d'un acte de *jus imperii*. La Convention sur l'immunité des Etats et de leurs biens de 2005 confirme le jeu de l'immunité lorsque l'employé est un membre du personnel diplomatique. La Cour conclut à l'absence de violation 6 sans même avoir vérifié s'il existait une voie de recours alternative.

Dans l'affaire *McElhinney*, concernant les dommages corporels subis par le requérant lors d'un accident avec des soldats britanniques qui s'était déroulé au poste frontière entre l'Irlande du Nord et la République d'Irlande, la Cour observe que la tendance du droit international à limiter l'immunité des Etats en cas de dommages corporels survenus dans l'Etat du for « n'est nullement universelle » et qu'elle concerne essentiellement les dommages corporels assurables et

non ceux relevant « de la sphère centrale de souveraineté des Etats, tels que les actes d'un soldat sur le territoire d'un Etat étranger (...) » qui par nature soulèvent des questions sensibles « touchant aux relations diplomatiques entre Etats et à la sécurité nationale » (§38). L'affirmation semble contestable dans la mesure où, dans une banale action en dommages et intérêts de ce type, la souveraineté et l'intérêt général de l'Etat ne sont pas directement en cause. Elle estime par ailleurs que si les juridictions irlandaises ont rejeté les recours du requérant en invoquant l'immunité de juridiction du Royaume-Uni, il existait des voies de recours devant les juridictions d'Irlande du Nord auxquelles le requérant a renoncé.

Enfin, l'arrêt *Al-Adsani* est celui qui a soulevé les plus vives critiques, y compris au sein des membres de la Cour. Le requérant, titulaire de la double nationalité britannique et koweïtienne, s'est vu opposer l'immunité de juridiction de l'Etat du Koweït dans l'action en dommages et intérêts pour actes de torture qu'il avait intenté devant les juridictions britanniques. La Cour, citant en particulier le jugement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire Furundzija du 10 décembre 1998³⁹, reconnaît que l'interdiction de la torture a désormais « valeur de norme impérative, c'est-à-dire de *jus cogens* » (§60). Toutefois, elle souligne que les instruments internationaux et les précédents jurisprudentiels cités ne concernent que la responsabilité pénale d'un individu auteur d'actes de torture (§61) et ne juge pas établi qu'« il soit déjà admis en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages et intérêts pour des actes de torture qui

³⁹ Affaire Furundzija, jugement du Tribunal international pour l'Ex-Yougoslavie, 10/12/1998, n°TI-95-17/1-T, *I.L.M.*, 1999, p.349.

auraient été perpétrés en dehors de l'Etat du for » (§66). Sans même vérifier si le requérant disposait d'une voie de recours alternative, la Cour conclura à l'absence de violation du droit d'accès à un tribunal. Il est surprenant que la Cour ne tire aucune conséquence de la reconnaissance de norme de *jus cogens*, donc hiérarchiquement supérieure, de l'interdiction de la torture, et se réfugie derrière la marge nationale d'appréciation et l'absence de précédents jurisprudentiels pour faire primer, en l'espèce, l'immunité de l'Etat. Ceci est d'autant plus surprenant que la Cour, en tant que juge des droits de l'homme, n'a pas hésité dans d'autres domaines à faire une lecture dynamique et progressiste du droit conventionnel, il y a donc manifestement ici une volonté de respecter l'intégrité du droit international général. Cependant, il nous semble que c'est plus le raisonnement suivi qui est contestable, notamment parce qu'il ne permet aucun contrôle concret de l'immunité et ne prend pas en compte les droits du requérant, que le fond de la solution retenue. En effet, il ne s'agissait pas pour la Cour de confronter la règle de l'immunité de juridiction à celle de l'interdiction de la torture, mais de confronter le droit d'accès à un tribunal à la règle de l'immunité, or, le droit d'accès à un tribunal ne peut être qualifié de règle impérative. Par ailleurs, rétrospectivement, la prudence de la Cour européenne est confortée par la Convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens de 2005 qui ne prévoit pas de dispositions spécifiques sur les actions civiles alléguant de violations graves des droits de l'homme. Elle est également confortée dans sa position par l'arrêt de la CIJ rendu en 2002 puisque les deux juridictions internationales admettent que « le fait d'être partie à des instruments qui obligent l'Etat à prendre certaines mesures en matière de

répression de certains comportements ou en matière d'accès à la justice n'a pas nécessairement pour conséquence de délier ce même Etat de ses obligations coutumières en matière d'immunités juridictionnelles »⁴⁰.

Parmi les affaires soumises à la Cour en matière d'immunité des Etats⁴¹, il faut encore noter deux décisions relatives à l'immunité d'exécution.

b. L'immunité d'exécution.

C'est également sous l'angle du droit d'accès à un tribunal que ces affaires sont analysées par la Cour, toutefois il ne s'agit plus en l'espèce de la possibilité pour les requérants de faire examiner leurs requêtes par un juge mais du droit à obtenir l'exécution des décisions de justice, droit inhérent à l'effectivité du droit d'accès à un tribunal⁴². La première décision de recevabilité rendue en 2002 contre la Grèce et l'Allemagne⁴³ est particulièrement intéressante. Les requérants, parents des victimes du massacre commis par les forces d'occupation nazies à Distomo le 10 juin 1944, saisirent les juridictions grecques

⁴⁰ H. TIGROUDJA, « La Cour EDH et les immunités juridictionnelles des Etats », *op. cit.*, p.547.

⁴¹ Il existe d'autres arrêts ou décisions rendus par la Cour en matière d'immunité, voir par ex. Cour EDH, 12/07/2001, Prince Hans Adam II de Liechtenstein c/ Allemagne, *Rec.2001-VIII* ; Chron. P. TAVERNIER, *JDI*, 2002, p.265, voir également la décision sur la recevabilité Cour EDH, gd ch., 25/10/2006, Association SOS attentas et De Boëry c/ France, n°76642/01, relative à l'immunité du chef d'Etat lybien, le colonel Kadhafi, concernant l'attentat commis en 1989 contre le DC 10 d'UTA, affaire dans laquelle la Cour a conclu à la radiation du rôle de la requête ; Note G. GONZALEZ, *RDP*, 2007, p.869; D. SZYMCZAK, *Procédures*, n°3, 2007, p.2.

⁴² Cour EDH, 19/03/1997, Hornsby c/ Grèce, *Rec.1997-II* ; *GACEDH* n°32.

⁴³ Décision Cour EDH, 12/12/2002, Kalogeropoulou c/ Grèce et Allemagne, *Rec.2002-X*.

d'une action en dommages et intérêts contre l'Allemagne ; or les juridictions grecques, y compris la cour de cassation, ont estimé que les organes du Troisième Reich avaient abusé de leur souveraineté et avaient violé les règles du *jus cogens*, de sorte que l'Allemagne avait renoncé tacitement à l'immunité. Cependant, l'Etat grec refusa de permettre aux requérants d'engager la procédure d'exécution forcée contre l'Allemagne pour obtenir le versement des sommes fixés, refus confirmé par les juridictions internes en raison du principe de l'immunité d'exécution. Il faut souligner qu'en conformité avec l'évolution générale du droit des immunités en droit international, les immunités d'exécution tendent aujourd'hui à être mieux définies, la distinction reposant sur les biens affectés à des fins de souveraineté et ceux qui ne le sont pas ; toutefois la saisie des biens d'un Etat est particulièrement problématique en terme de relations diplomatiques et porte plus directement atteinte à la souveraineté des Etats, ce qui explique que les exceptions aux immunités d'exécution soient entendues de manière stricte. La Cour européenne saisie de l'affaire suit exactement le même raisonnement que dans l'affaire *Al-Adsani*. Elle ne juge pas établi « qu'il soit déjà admis en droit international que les Etats ne peuvent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages et intérêts pour crimes contre l'humanité qui sont introduites sur le sol d'un autre Etat. Il ne saurait donc être demandé au gouvernement grec d'outrepasser contre son gré la règle de l'immunité des Etats », elle ajoute « cela est au moins vrai dans la situation du droit international public actuelle, telle que la Cour l'a constaté dans l'affaire *Al-Adsani*, ce qui n'exclut pas un développement du droit international coutumier dans le futur ». Autrement dit, la Cour attendra une éventuelle évolution du droit

international pour faire évoluer à son tour sa jurisprudence, confirmant ainsi sa position de déférence à l'égard du droit international.

La seconde décision rendue en 2005⁴⁴ concernait l'inexécution d'une décision de justice rendue par les juridictions roumaines accordant aux requérants la restitution d'un bien affecté à l'ambassade de la Fédération de Russie. La Cour estime logiquement qu'au regard du droit international, les exceptions à l'immunité d'exécution ne jouent pas pour les biens affectés à l'exercice de la souveraineté d'un Etat et conclut donc à l'absence de violation de l'article 6 §1. Là encore elle ajoute que ceci vaut « en l'état actuel du droit international public, ce qui n'exclut pas pour l'avenir un développement du droit international coutumier ou conventionnel ».

Les arrêts rendus par la Cour en matière d'immunités sont conformes à l'interprétation classique du droit international public. Ils n'en demeurent pas moins critiquables car ils mettent en péril la cohérence interne de la jurisprudence européenne en marquant un coup d'arrêt à la volonté, jusqu'ici constante, de faire progresser la protection juridictionnelle des individus en faisant du juge le garant de l'effectivité des droits. La jurisprudence relative aux immunités aboutit à une interprétation à double vitesse de l'article 6 §1 de la Convention : un contrôle strict et exigeant des limitations au droit d'accès à un tribunal en dehors de la matière des immunités, une tolérance et une absence de contrôle des véritables dénis de justice que constituent en pratique les immunités (qu'elles soient de droit interne ou de droit international). Au-delà de la lisibilité de sa propre

⁴⁴ Décision Cour EDH, 03/03/2005, Manoilescu et Dobrescu c/ Roumanie et Russie, req. n°60861/00.

jurisprudence, c'est la légitimité de la Cour européenne en tant que juge protecteur des droits de l'homme qui est en cause et, à ce titre, l'affaire *Al-Adsani* est de l'aveu même de l'un de ses juges une occasion ratée de « sortir une jurisprudence courageuse »⁴⁵.

La Cour doit sortir cette attitude passive qui consiste à attendre une éventuelle évolution du droit international pour faire évoluer sa propre jurisprudence, on peut d'ailleurs s'interroger sur le signal attendu par la Cour alors que la tendance est à une limitation du droit des immunités. Sans nier les obstacles auxquels est confrontée la Cour, elle ne doit plus considérer les immunités comme un pré carré intouchable, en ce sens il serait souhaitable qu'elle s'atèle à un renouvellement de son interprétation en la matière.

Section 2. Pour un renouvellement de l'interprétation par le juge européen du droit des immunités.

La Convention EDH énonce un ensemble d'obligations qui d'une part, traduit les valeurs partagées par les Etats signataires et qui, d'autre part, exprime un projet, celui de sauvegarder et de développer ces mêmes valeurs. Ainsi dès 1961, la Commission affirme en se fondant sur le Préambule de la Convention que les Etats parties en concluant la Convention ont entendu instaurer « un ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, d'idéaux, de liberté

⁴⁵ Opinion dissidente du juge Ferrari Bravo sous l'arrêt Cour EDH, *Al-Adsani*, *op. cit.*

et de prééminence du droit »⁴⁶. Il faudra ensuite attendre l'arrêt *Loizidou*⁴⁷ pour que la Cour consacre formellement la notion d'ordre public européen⁴⁸.

Au regard de la jurisprudence européenne, deux principes émergent comme porteurs des valeurs essentielles de l'ordre public européen : le principe de société démocratique et le principe de prééminence du droit qui apparaît comme la version européanisée de la notion d'Etat de droit. Or, le développement de ces deux principes s'oppose par essence à celui des immunités qui a pour résultat de soustraire ses bénéficiaires à l'application des règles de droit valables pour le requérant ordinaire. Accorder, comme le fait la Cour, une conventionnalité de principe à la règle de l'immunité aboutit donc à une contradiction fondamentale avec les valeurs dont elle est censée être la gardienne. Dès lors renouveler l'interprétation du droit des immunités nécessiterait que la Cour prenne en compte les finalités de l'ordre juridique conventionnel (§1) mais également qu'elle procède à une interprétation évolutive en s'appuyant sur la contestation grandissante⁴⁹ du principe même de l'immunité (§2).

⁴⁶ Commission EDH, 11/01/1961, Autriche c/ Italie, req. n°788/60, *Ann. CEDH*, 1961, vol. 4, p.139.

⁴⁷ Cour EDH, 23/03/1995, *Loizidou c/ Turquie*, A.310, §75 ; *GACEDH* n°1.

⁴⁸ Voir F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in P. TAVERNIER (Dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, 1996, p.50 et « Ordre public européen », in M.J. REDOR (Dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p.117.

⁴⁹ Voir E. GAILLARD, I. PINGEL-LENUZZA, « L'immunité de juridiction des organisations internationales : restreindre ou contourner », in Mélanges PH. KAHN, Litec, 2000, p.205 ; J. VERHOEVEN (Dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation ?*, Larcier, 2004, 283 p.

§1 : La nécessité d'interpréter les immunités en fonction des finalités de l'ordre juridique conventionnel.

La finalité du système conventionnel, selon les termes de son préambule, est de protéger et développer les valeurs communes à la communauté des Etats contractants, cette finalité renvoie donc directement à la notion de sauvegarde de l'ordre public qui traduit les exigences essentielles d'une vie en société. Le juge de Strasbourg considérant que le droit d'accès à un tribunal figure parmi les valeurs constitutives de l'ordre public européen (A), il ne peut faire céder automatiquement ce droit face aux immunités sans rechercher au préalable un équilibre entre la nécessité de l'immunité et la sauvegarde des droits individuels (B).

A. La valeur d'ordre public du droit d'accès à un tribunal.

Au-delà de la querelle sur la pertinence du concept « d'ordre public européen », encore faut-il en déterminer le contenu. A ce titre, la notion de « société démocratique » apparaît comme « le véritable lieu de convergence idéologique des droits de l'homme »⁵⁰, le « principe explicatif des différents droits garantis »⁵¹ par la Convention. En effet, la Cour européenne considère que « la notion de démocratie (...) domine la Convention toute entière »⁵² et qu'elle

⁵⁰ O. JACOT-GUILLARMOD, « Rapports entre démocratie et droits de l'homme », in *Démocratie et droits de l'homme*, Engel, 1990, p.70.

⁵¹ C. PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, La documentation française, 2001, p.307.

⁵² Cour EDH, 8/07/1986, *Lingens c/ Autriche*, A.103, §42.

représente « un élément fondamental de ‘l’ordre public européen’ »⁵³, c’est donc parmi les principes propres à une « société démocratique » qu’il faut rechercher les éléments constitutifs de l’ordre public européen. Il suffit pour cela de se référer à la jurisprudence européenne, cette dernière considère que « parmi les principes de pareille société [démocratique] figure la prééminence du droit »⁵⁴, il s’agit de « l’un des principes fondamentaux d’une société démocratique auquel se réfère expressément le préambule de la Convention (...) et dont s’inspire la Convention toute entière »⁵⁵, or de l’aveu de la Cour « la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d’accéder aux tribunaux »⁵⁶.

Les notions de « société démocratique » et de « prééminence du droit » sont étroitement liées dans la jurisprudence européenne, la seconde sert à protéger la première. Les droits inhérents à la prééminence du droit ont pour mission de préserver, de garantir, les principes propres à une société démocratique. Dès lors, le droit d’agir en justice apparaît comme un instrument de protection des droits constitutifs de la société démocratique, comme l’une des valeurs communes irréductibles de l’ordre public européen. En ce sens, soucieuse de l’effectivité des droits proclamés, la Cour estime qu’il ne suffit pas de pouvoir accéder à un juge « encore faut-il constater que le degré d’accès procuré par la législation nationale suffisait à assurer à

⁵³ Cour EDH, 30/01/1998, Parti communiste unifié de Turquie c/ Turquie, *Rec.*1998-I ; *GACEDH* n°6.

⁵⁴ Cour EDH, 6/09/1978, Klass et autres c/ RFA, A.28, §55.

⁵⁵ Cour EDH, 29/11/1988, Brogan et autres c/ Royaume-Uni, A.145-B, §58 ; *GACEDH* n°18.

⁵⁶ Cour EDH, 21/02/1975, Golder c/ Royaume-Uni, A.18, §34 ; *GACEDH* n°26.

l'individu le droit à un tribunal, eu égard au principe de la prééminence du droit dans une société démocratique »⁵⁷.

Autrement dit, il ne suffit pas de pouvoir accéder à un juge (ce que ne remet d'ailleurs pas en cause l'invocation d'une immunité qui ne soulève pas une question de compétence mais une question de pouvoir du juge), encore faut-il que le juge puisse trancher le litige conformément aux règles du procès équitable, or c'est justement ceci qu'interdit au juge l'invocation d'une immunité. En ce sens, il est frappant que la formulation précitée de la Cour européenne ait été inaugurée dans l'affaire *Ashingdane* qui concernait justement une immunité de juridiction, mais en l'espèce une immunité de droit interne.

La jurisprudence européenne comporte donc une contradiction fondamentale car « en l'absence de voie de recours alternative, l'octroi automatique de l'immunité de juridiction à une organisation internationale ou à un Etat étranger constitue un déni de justice qui, violant le droit à un procès équitable, frappe de plein fouet le principe de prééminence du droit. Ce faisant, le privilège de juridiction porte atteinte à l'un des principes qui constituent l'ossature de l'ordre public européen des droits de l'homme »⁵⁸.

En accordant systématiquement la primauté à la règle de l'immunité sur le droit d'accès à un tribunal des requérants, la Cour européenne vide la valeur opératoire de la notion d'ordre public européen. Elle méconnaît la singularité de la notion d'ordre public qui se caractérise par une normativité spécifique la règle d'ordre public étant impérative,

⁵⁷ Cour EDH, 28/05/1985, *Ashingdane c/ Royaume*, A.93, §56.

⁵⁸ F. SUDRE, « La jurisprudence de la Cour EDH », in *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, *op. cit.*, p.29.

et une fonction spécifique celle de sauvegarder les droits et libertés ou leurs conditions générales.

Ceci est d'autant plus surprenant que la Cour utilise traditionnellement l'ordre public européen et plus particulièrement, pour ce qui nous intéresse, la notion de « déni de justice flagrant » dans une fonction de neutralisation des normes externes contraires à la Convention⁵⁹. Ainsi, dans son célèbre arrêt *Soering*⁶⁰, s'agissant d'une convention d'extradition entre le Royaume-Uni et un Etat tiers à la Convention, les Etats-Unis, la Cour, après avoir rappelé « la place éminente dans une société démocratique » du droit à un procès équitable, a estimé qu'une décision d'extradition pouvait constituer une violation de la Convention « en cas de déni de justice flagrant » dans l'Etat de destination⁶¹.

De même, s'agissant de la délicate question de l'exequatur d'un jugement étranger par un Etat partie à la Convention, la Cour a considéré que les Etats devaient « se garder d'apporter leur concours s'il apparaît que la condamnation résulte d'un déni de justice flagrant »⁶². Elle semble même aller plus loin dans l'arrêt *Pellegrini*⁶³ en indiquant que l'Etat doit vérifier que la procédure « remplissait les garanties de l'article 6 », ce qui paraît impliquer un entier contrôle des conditions posées à l'article 6 sous peine d'engager la responsabilité

⁵⁹ Sur cette question voir F. SUDRE, « Ordre public européen », *op. cit.*, pp.125 et ss et « La jurisprudence de la Cour EDH », *op. cit.*, pp.29-30.

⁶⁰ Cour EDH, 7/07/1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, A.161, §113 ; *GACEDH* n°15.

⁶¹ Dans le même sens décision Cour EDH, 16/10/2001, *Einhorn c/ France*, *Rec.2001-XI*, §§31-35.

⁶² Cour EDH, 26/06/1992, *Drozd et Janousek c/ France et Espagne*, A.240, §110.

⁶³ Cour EDH, 20/07/2001, *Pellegrini c/ Italie*, *Rec.2001-VIII*, §40 ; Note J.P COSTA, *RTDH*, 2002, p.463.

de l'Etat partie du fait d'une procédure qui s'est déroulée dans un Etat tiers.

A la lumière de cette jurisprudence, on s'étonne que le juge européen n'utilise pas l'ordre public européen pour neutraliser le « déni de justice flagrant » que constitue une immunité dès lors qu'il aurait estimé que la nécessité de l'immunité ne se justifiait pas au regard de l'atteinte portée aux droits du requérant.

B. La recherche d'un équilibre entre la nécessité de l'immunité et les droits des requérants.

L'idée de cette indispensable conciliation entre les immunités, qu'elles soient de droit interne ou de droit international, et les droits des requérants est exprimée de longue date par certains membres de la Cour européenne. Ainsi dès l'arrêt *Ashingdane* de 1985, concernant l'immunité des personnels du ministère de la Santé, le juge Pettiti⁶⁴ considérait qu'« admettre qu'il peut être nécessaire d'offrir une certaine protection contre des actions en justice inconsidérées en justifiant alors une certaine immunité au profit des membres du personnel soignant, laisse entier l'autre aspect du problème au regard de l'article 6, à savoir, la protection des victimes par l'ouverture d'une action en justice contre l'Etat, en réparation de préjudices ». Une idée similaire est exprimée par le juge Loucaides⁶⁵ dans les trois arrêts rendus en novembre 2001 : « une immunité générale qu'un tribunal applique pour faire totalement barrage à une décision judiciaire sur un droit de caractère civil sans mettre en balance les intérêts concurrents,

⁶⁴ Opinion dissidente du juge Pettiti jointe à l'arrêt Cour EDH, *Ashingdane*, *op. cit.*

⁶⁵ Opinions dissidentes du juge Loucaides jointes aux arrêts Cour EDH, 21/11/2001, *Fogarty*, *op. cit.*, *Al-Adsani*, *op. cit.* et *McElhinney*, *op. cit.*

à savoir ceux que protège l'immunité dont il s'agit et ceux tenant à la nature de la demande spécifique qui est l'objet de la procédure, s'analyse en une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal ».

Ce qui est reproché à la Cour, c'est l'application automatique de l'immunité.

A l'origine dans la jurisprudence concernant les immunités de droit interne, les organes de contrôle strasbourgeois⁶⁶ ont défini trois critères pour contrôler les immunités : la spécificité de la fonction, de l'emploi couvert par l'immunité ; l'existence d'une compensation à l'exonération de responsabilité ; le caractère limité de l'immunité, celle-ci ne couvrant que certains actes. Cette grille d'analyse des immunités aurait dû permettre la mise en balance des intérêts concurrents tant souhaitée par certains juges ; mais ces critères n'ont jamais été réellement appliqués et contrôlés par le juge européen. Seul un arrêt retient l'attention, l'arrêt *Osman*⁶⁷ de 1998, concernant l'immunité accordée à la police contre des actions en responsabilité. Si la Cour juge légitime le but poursuivi par cette immunité, elle estime, par application des trois critères précités, qu'une telle immunité ne saurait être absolue et automatique et devrait pouvoir être compensée par d'autres possibilités permettant d'obtenir la réparation du préjudice des requérants, elle conclura en l'espèce à une violation de l'article 6.

Ce sont ces critères et ce contrôle approfondi qui devraient continuer à s'appliquer, y compris concernant les immunités de droit international. La Cour devrait ainsi vérifier que l'octroi de l'immunité est justifié

⁶⁶ Voir Commission EDH, 9/10/1984, *Dyer c/ Royaume-Uni*, D.R. 39, p.246.

⁶⁷ Cour EDH, 28/10/1998, *Osman c/ Royaume-Uni*, Rec.1998-VIII.

par la spécificité de la fonction ou de l'acte couvert par l'immunité, que l'immunité n'est pas générale et qu'il existe une voie de recours alternative pour le requérant. Ceci aboutirait à une jurisprudence plus cohérente et légitime. Il existe en effet des hypothèses dans lesquelles l'immunité est justifiée, on pense notamment s'agissant de l'immunité des Etats aux actes de *jus imperii*, à condition de ne pas donner une définition trop large de ces actes. Dans de tels cas une solution alternative devrait être prévue tel que par exemple le recours à l'arbitrage⁶⁸. A l'inverse, dans le sens de la jurisprudence *Osman*, toute immunité générale et absolue doit être condamnée comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal.

Si la Cour entend rester fidèle à la formule employée dans l'arrêt *Golder*⁶⁹, « le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus ; il en va de même du principe de droit international qui prohibe le déni de justice. L'article 6 §1 doit se lire à leur lumière », alors elle doit vérifier s'il existe d'autres voies pour protéger les droits de l'individu et elle doit vérifier que ces voies sont effectives.

La cohérence et la crédibilité du système conventionnel doivent conduire le juge européen à contrôler plus strictement les immunités. Un autre élément devrait l'amener à procéder à une réinterprétation du droit des immunités. Un mouvement très net de

⁶⁸ Voir en ce sens I. PINGEL, « Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité : la Cour persiste », *op. cit.*, p.906. Pour la présentation des remèdes envisageables au déni de justice que constitue l'immunité, voir P. LAGARDE, « Conclusions générales », in *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, *op. cit.*, p.159.

⁶⁹ Cour EDH, *Golder*, *op. cit.*, §35.

contestation des immunités se dessine qui devrait inciter le juge européen à une interprétation évolutive de la matière.

§2 : La nécessité d'adopter une interprétation évolutive des immunités.

Le juge européen a toujours utilisé des méthodes d'interprétation dynamique de la Convention, parmi ces méthodes, l'interprétation évolutive lui a permis d'adapter le standard conventionnel aux exigences actuelles des Etats démocratiques. Ainsi, c'est par référence à l'évolution des droits nationaux ou du droit international, que le juge européen a actualisé l'interprétation de la Convention et maintenu un niveau élevé de protection des droits et libertés des individus. Au contraire, en matière d'immunités, certains estiment que la jurisprudence de la Cour « donne l'impression d'aller à contre-courant du mouvement général de mise en conformité du droit des immunités au regard des exigences des droits de l'homme »⁷⁰. Si ce sentiment ne fait pas l'unanimité, la question mérite d'être posée. Au regard des positions des juridictions pénales internationales (A) mais surtout au regard des solutions, parfois très audacieuses, retenues par les juges nationaux, solutions émanant pour la plupart de juges d'Etats parties à la Convention, la Cour européenne ne se doit-elle pas d'abandonner sa position attentiste et de faire évoluer sa jurisprudence en matière d'immunités ?

⁷⁰ O. DE FROUVILLE, « Chronique de la jurisprudence de la Cour EDH », *JDI*, 2002, p.278.

A. Une interprétation évolutive justifiée par la position des juridictions pénales internationales.

Plusieurs éléments doivent d'emblée être précisés.

Tout d'abord, les juridictions pénales internationales créées au cours de la dernière décennie statuent au regard du droit international pénal ou humanitaire et non à proprement parler par rapport au droit international des droits de l'homme.

D'autre part, le régime d'immunité appliqué par ces juridictions est précisément circonscrit quant à son champ d'application, l'exclusion de l'immunité ne vaut qu'en matière pénale pour les chefs d'Etat ou de gouvernement et les hauts fonctionnaires, pour les crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre qu'ils pourraient avoir commis.

Enfin, cette exclusion du jeu de l'immunité est prévue par le statut de ces juridictions.

C'est ce qui résulte de l'article 7, alinéa 2, du Statut du Tribunal international pour l'Ex-Yougoslavie du 25 mai 1993 et de l'article 6, alinéa 2, du Statut du Tribunal international pour le Rwanda du 30 avril 1998. Ces dispositions ont notamment permis l'ouverture du procès de l'ancien président Milosevic devant le Tribunal international pour l'Ex-Yougoslavie et celui de l'ancien premier ministre Kambanda devant le Tribunal international pour le Rwanda.

L'article 27 du Statut de la Cour pénale internationale, découlant de la Convention de Rome du 17 juillet 1998, va plus loin en élargissant le champ d'application *ratione personae* de l'exclusion de l'immunité : « Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle

de chef d'Etat ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent de l'Etat, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine. Les immunités ou règles de procédures spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ».

Néanmoins ces distinctions avec le système conventionnel européen ne sont pas synonymes de cloisonnement étanche.

Les juges de La Haye et d'Arusha utilisent la jurisprudence de la Cour européenne⁷¹ et, dans une moindre mesure, le juge européen utilise la jurisprudence de ces tribunaux. Ainsi, dans l'affaire *Al-Adsani*, c'est notamment en se fondant sur l'arrêt *Furundzija* du Tribunal pénal international pour l'Ex-yougoslavie, que la Cour reconnaît la valeur de norme de *jus cogens* de l'interdiction de la torture (cf supra). Dès lors, on pourrait imaginer que le juge européen s'aligne sur la position des tribunaux internationaux pour reconnaître l'exclusion de l'immunité pénale pour les crimes les plus graves et même qu'il aille au-delà en excluant également l'immunité civile pour ces mêmes crimes, ce qu'il a justement refusé de faire dans l'affaire *Al-Adsani*.

Certes, la différence essentielle avec la position des juges pénaux internationaux réside dans le fait que, pour ces derniers, l'exclusion de l'immunité pénale est prévue par les statuts mêmes de ces juridictions.

⁷¹ A. CASSESE, « La prise en compte de la jurisprudence de Strasbourg par les juridictions pénales internationales », in G. COHEN-JONATHAN et J.F. FLAUSS (Dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour EDH*, Bruylant, 2005, p.29.

Toutefois, le juge européen n'a pas hésité dans l'arrêt *Mamatkulov*⁷² à privilégier une interprétation évolutive en se fondant sur le droit international général et la jurisprudence internationale comparée pour optimiser la protection des droits et libertés conventionnels et opérer un spectaculaire revirement de jurisprudence consistant à déclarer le caractère obligatoire pour les Etats des mesures provisoires indiquées dans ses propres arrêts. Si la question des mesures provisoires est très différente de celle des immunités, le raisonnement de la Cour dans cette affaire n'en est pas moins particulièrement intéressant. La Cour justifie l'évolution de sa jurisprudence en s'appuyant sur les principes généraux du droit international tirés de la pratique de plusieurs instances internationales, elle se réfère notamment à la pratique de la CIJ et de Cour interaméricaine des droits de l'homme, alors même que le statut de ces juridictions prévoit des dispositions relatives aux mesures provisoires, ce qui n'est pas le cas du règlement de la Cour EDH.

Autrement dit, s'agissant de la question des immunités, le fait que ce soit le statut des juridictions pénales internationales qui prévoit l'exclusion de l'immunité pénale pour les crimes les plus graves ne constitue pas un obstacle dirimant à une interprétation évolutive de la jurisprudence de la Cour européenne par référence à la pratique de ces juridictions pénales internationales.

Ce sont cependant les récents développements jurisprudentiels des juridictions nationales qui représentent l'argument le plus pertinent en faveur de l'évolution de la jurisprudence européenne.

⁷² Cour EDH, 4/02/2005, *Mamatkulov et Askarov c/ Turquie*, Rec.2005-I ; Note PH. FRUMER, *RTDH*, 2005, p.799.

B. Une interprétation évolutive justifiée par les récents développements jurisprudentiels nationaux.

Sans prétendre à l'exhaustivité, il s'agit ici de pointer certaines décisions des juridictions nationales des Etats parties à la Convention EDH qui vont dans le sens d'une meilleure délimitation des immunités, voire d'une contestation de la règle même de l'immunité allant au-delà des exigences européennes actuelles.

S'agissant des immunités des organisations internationales, il faut tout d'abord mentionner l'arrêt de la Cour de cassation française en date du 25 janvier 2005⁷³. En l'espèce, la Banque africaine de développement ayant démis de ses fonctions le requérant de nationalité française, ce dernier a alors assigné la Banque en paiement d'indemnités supplémentaires de licenciement devant les juridictions françaises, demande à laquelle la défenderesse opposait son immunité de juridiction. Il faut noter que la Convention EDH était inapplicable à la présente affaire dans la mesure où le requérant, fonctionnaire international, n'exerçait pas ses activités dans un Etat signataire de la Convention et n'était pas placé sous l'autorité de l'un de ces Etats. L'affaire se poursuivant devant la Cour de cassation, cette dernière a estimé que « la Banque africaine de développement ne peut se prévaloir de l'immunité de juridiction dans le litige l'opposant au salarié qu'elle a licencié dès lors qu'à l'époque des faits elle n'avait pas institué en son sein un tribunal ayant compétence pour statuer sur des litiges de cette nature, l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge chargé de se prononcer sur sa prétention et d'exercer un droit qui

⁷³ C.Cass., soc., 25/01/2005, Banque africaine de développement c/ Degboe ; Note V. MOISSINAC MASSENAT, *JCP*, G, 2005, II 10185.

relève de l'ordre public international constituant un déni de justice fondant la compétence de la juridiction française lorsqu'il existe un rattachement avec la France ». D'une part, la Cour de cassation confirme que le droit à un tribunal est intégré dans la notion d'ordre public international⁷⁴, d'autre part elle sanctionne comme constitutif d'un déni de justice l'absence de voie de recours alternative permettant au requérant de faire valoir ses droits. Elle s'aligne ainsi sur le raisonnement des arrêts de la Cour européenne *Waite et Kennedy* et *Beer et Regan*⁷⁵ et refuse de faire primer de manière inconditionnelle l'immunité de juridiction sur les droits du justiciable. Cet arrêt s'inscrit donc dans un mouvement de contrôle effectif des immunités.

Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Bruxelles du 4 mars 2003⁷⁶ va beaucoup plus loin et met en balance concrètement la règle de l'immunité face au droit d'accès à un tribunal du justiciable. Les faits sont similaires à ceux de l'affaire française mais concernent l'immunité d'exécution d'une organisation internationale puisque la salariée licenciée demandait la saisie-arrêt sur les biens de l'organisation internationale au titre du paiement des différentes sommes auxquelles elle estimait avoir droit. La Cour d'appel se fonde sur la jurisprudence européenne *Waite et Kennedy* et estime que la solution dégagée par ces arrêts en matière d'immunité de juridiction

⁷⁴ Solution acquise depuis un arrêt C.Cass., 1^{ère} civ., 16/03/1999, Pordéa c/ Société Times News-papers limited : refus d'accorder l'exequatur à des jugements étrangers méconnaissant le droit d'accès à un tribunal.

⁷⁵ Cour EDH, 18/02/1999, *Waite et Kennedy c/ Allemagne et Beer et Regan c/ Allemagne, op. cit.*

⁷⁶ Cour d'appel de Bruxelles, 9^{ème} ch., 4/03/2003, Mme L. c/ Secrétariat général du Groupe des Etats ACP ; Note I. PINGEL, *La Gazette du Palais*, 16-17 avril 2004, p.1175.

est transposable aux immunités d'exécution puisque la Cour européenne considère que « l'exécution des décisions de justice fait partie intégrante du procès équitable ». L'assimilation est audacieuse dans la mesure où il est traditionnellement admis que l'immunité d'exécution est plus étendue que l'immunité de juridiction. L'audace de la Cour d'appel ne s'arrête pas là. Alors que l'organisation internationale arguait qu'il existait en son sein un organe compétent pour régler ce type de litige, la Cour d'appel estime que l'organisation n'a apporté « aucun élément probant démontrant le rôle juridictionnel de cet organe, ni le fait qu'il présente le cas échéant toutes les conditions et garanties que supposent le droit d'accès au juge ». Elle conclura que « la règle du droit à un procès équitable tel que consacré par l'article 6 §1 de la CEDH doit donc primer sur celle de l'immunité accordée par un accord de siège ». Le juge bruxellois se montre ici beaucoup plus exigeant sur la démonstration du caractère concret de l'existence d'une voie de recours alternative que ne l'avait été la Cour européenne dans l'affaire *Waite et Kennedy*, il rend à ce titre une solution inédite qui permet d'écarter l'immunité d'exécution d'une organisation internationale par référence à l'article 6 §1 de la Convention EDH. Il faut toutefois noter qu'un pourvoi en cassation a été introduit contre cet arrêt et il faudra donc attendre confirmation de cette solution par la juridiction suprême.

Concernant l'immunité des Etats et la distinction entre actes de *jus imperii* couverts par l'immunité et actes de *jus gestionis* non couverts par l'immunité, l'arrêt de la Cour de cassation française du 20 juin

2003 dans l'affaire dite de l'Ecole saoudienne de Paris⁷⁷, va dans le sens d'une limitation des immunités. Il s'agissait de déterminer si l'immunité de juridiction de l'Etat étranger s'appliquait au litige qui opposait l'Ambassade saoudienne à l'une de ses salariées à propos du refus de l'Ambassade de l'affilier aux organismes sociaux français. Rompant avec une jurisprudence antérieure hésitante quant aux critères définissant les actes couverts par l'immunité, la Cour de cassation décide de cantonner le bénéfice de l'immunité de juridiction aux seuls actes qui participent, par leur nature ou leur finalité, à l'exercice de la souveraineté de l'Etat et refuse en l'espèce le bénéfice de l'immunité au motif que l'acte en cause est un acte de gestion administrative.

Concernant l'immunité des Etats en cas de violations particulièrement graves des droits de l'homme, il faut distinguer les actions civiles et les actions pénales.

Concernant les actions civiles, il convient de rappeler l'arrêt de la Cour suprême grecque du 4 mai 2000 relatif au massacre de la population du village de Distomo en 1944 par les troupes d'occupation allemandes. La Cour suprême, confirmant le jugement des juridictions inférieures, refuse d'accorder le bénéfice de l'immunité pour des actes de *jus imperii* au motif qu'en violant les règles impératives du droit international, l'Allemagne avait renoncé tacitement à son immunité. Toutefois, les autorités grecques ont refusé

⁷⁷ C.Cass., ch. mixte, 20/06/2003, Mme Soliman c/ Ecole saoudienne de Paris ; Note J.G MAHINGA, *JCP*, G, 2004, II 10010 ; R. DE GOUTTES, « L'apport de l'arrêt de la chambre mixte de la cour de cassation du 20 juin 2003 dans la problématique de l'immunité de juridiction des Etats étrangers », in I. PINGEL (Dir.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, *op. cit.*, pp.33 et ss.

d'autoriser l'exécution du jugement, refus confirmé par la formation plénière de la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle, puis par la Cour européenne⁷⁸ (cf supra). Si cette tentative de faire échec à l'immunité des Etats pour des actions en réparation de crimes de guerre s'est donc révélée infructueuse, elle a néanmoins fait école puisque la Cour de cassation italienne⁷⁹ a fait droit, en se fondant sur le précédent grec, à l'action civile intentée par un requérant, déporté en Allemagne pendant la deuxième guerre mondiale. Bien que ces précédents jurisprudentiels ne puissent donner lieu à la constitution d'une règle coutumière permettant d'ignorer l'immunité des Etats, ils démontrent cependant que la règle de l'immunité est de plus en plus vivement contestée.

S'agissant des actions pénales, le principe de juridiction universelle adopté par certains Etats traduit le développement de l'idée que la protection des droits fondamentaux doit l'emporter sur le principe de souveraineté nationale. Ce principe appliqué par certaines juridictions nationales permet de punir les crimes les plus graves contre les droits de l'homme, commis en tous lieux et indépendamment de tout rattachement national de l'auteur ou de la victime. Si ce principe est très controversé, l'affaire Pinochet a incontestablement marqué un tournant dans la pratique de la répression des crimes internationaux par des juridictions d'Etats étrangers. La Chambre des Lords britannique appelée à se prononcer par deux fois (décisions du 25 novembre 1998 et 24 mars 1999⁸⁰) sur la question de savoir si l'ancien

⁷⁸ Décision Cour EDH, 12/12/2002, Kalogeropoulou c/ Grèce et Allemagne, *Rec.*2002-X

⁷⁹ Cour de cassation, 11/03/2004, Ferrini c/ Allemagne.

⁸⁰ Voir A. BORGHI, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, *op. cit.*, pp.136 et ss.

chef d'Etat chilien jouissait d'une immunité le mettant à l'abri d'une demande d'extradition formulée par un Etat étranger, a répondu par la négative en raison des crimes contre l'humanité qui étaient reprochés à l'ancien dictateur. Le principe de compétence universelle est toutefois mis à mal par la CIJ dans son arrêt précité du 14 février 2002⁸¹. Si la Cour ne se prononce pas sur la licéité du principe de compétence universelle, l'arrêt, en réaffirmant le principe de l'immunité alors que le mandat d'arrêt international lancé contre le ministre des Affaires étrangères du Congo avait été délivré par la Belgique sur la base d'une loi de 1999 organisant la répression des crimes internationaux, remet en cause l'exercice par les juridictions nationales de leur compétence universelle. Cet arrêt n'a cependant pas empêché les autorités belges de délivrer le 29 septembre 2005 un mandat d'arrêt international contre l'ancien président tchadien Hissène Habré pour violations graves du droit humanitaire international, ni le tribunal constitutionnel espagnol d'admettre dans une décision de 2005 l'application de la compétence universelle pour juger des crimes contre l'humanité et des génocides commis hors Espagne.

Il est indéniable que la contradiction entre la règle de l'immunité et la protection des droits de l'homme aboutit aujourd'hui à une remise en cause de la légitimité de cette règle. Si l'immunité reste nécessaire au bon déroulement des relations internationales, ses fondements doivent être réévalués à la lumière de l'atteinte portée aux droits de l'individu. Le juge européen a un rôle à jouer dans cette délicate entreprise, il ne doit plus se contenter d'une invocation

⁸¹ CIJ, 14/02/2002, République démocratique du Congo *c/* Royaume de Belgique, *op. cit.*

neutralisante du droit international, bien au contraire, c'est en s'appuyant sur les évolutions du droit international et des jurisprudences nationales, qu'il devrait rechercher des solutions permettant de mieux délimiter les immunités et de garantir le droit de tous à un accès effectif à la justice.

TABLE DES MATIERES

LE DIALOGUE DES JUGES	p. 5
Avant-propos par Frédéric SUDRE	p. 7
Dialogue des juges : éléments d'analyse par Katarzyna GRABARCZYK	p. 10
CHAPITRE I : La matérialisation du dialogue des juges	p. 42
La contradiction par Martine SCOLLO	p. 43
La neutralisation par Julien DUBOIS	p. 72
La conformité par Diana RIOCHET	p. 97
L'anticipation par Colombine MADELAINE	p. 129
CHAPITRE II : La portée du dialogue des juges	p. 157
La dimension objective du dialogue des juges par Hervé SUXE	p. 158
L'impact du dialogue des juges sur le juge français par Carole NIVARD	p. 192
Les faux semblants du dialogue des juges par Béatrice BELDA	p. 223
La clôture du dialogue des juges par Florence JACQUEMOT	p. 248
INDEX CHRONOLOGIQUE DES ARRETS	p. 282

**LES SOURCES INTERNATIONALES DANS LA
JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES
DROITS DE L'HOMME** p. 307

Avant-propos p. 309
par **Gérard GONZALEZ**

**CHAPITRE I : L'utilisation du droit international au service de la
politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de
l'homme.** p. 317

*Section 1 : Le caractère aléatoire de l'instrumentalisation du droit
international au service d'une position conservatrice.*
par **Natacha BACH** p. 319

§1 : La modulation de l'instrumentalisation. p. 320
§2 : La temporalité de l'instrumentalisation. p. 331

*Section 2 : Le caractère discrétionnaire de l'instrumentalisation du
droit international au service du revirement jurisprudentiel.*
par **Katia LUCAS-ALBERNI** p. 339

§1 : L'instrumentalisation dissimulée. p. 341
§2 : L'instrumentalisation avérée. p. 348

**CHAPITRE II : L'utilisation du droit international au service de
la protection des droits fondamentaux européens.** p. 361

*Section 1 : L'utilisation du droit international au service de
l'efficacité du mécanisme de protection conventionnel.*

par **Mustapha AFROUK** p. 363

§1 : Le recours explicite au droit international dans la consécration
d'une nouvelle définition de la notion de juridiction. p. 371

§2 : Le recours implicite au droit international dans la définition de
l'étendue de la responsabilité de l'Etat pour les situations survenues
sur son territoire. p. 382

*Section 2 : L'utilisation du droit international au service de
l'effectivité de la protection des droits fondamentaux.* p. 395

§1 : La liberté syndicale. p. 396
par **Sophie TENA**

§2 : Le droit à un environnement sain. p. 416
par **Leïla ABDOULOUSSEN**

CHAPITRE III : L'alignement du juge européen sur le droit international au détriment de la protection des droits fondamentaux européens. p. 429
par **Laure MILANO**

Section 1 : L'alignement du juge européen sur l'interprétation classique du droit international des immunités. p. 433

§1 : Un alignement fondé sur la position du juge européen en tant que juge international. p. 434

§2 : L'absence de réel contrôle des immunités par le juge européen. p. 443

Section 2 : Pour un renouvellement de l'interprétation par le juge européen du droit des immunités. p. 457

§1 : La nécessité d'interpréter les immunités en fonction des finalités de l'ordre juridique conventionnel. p. 459

§2 : La nécessité d'adopter une interprétation évolutive des immunités. p. 466