



HAL
open science

Propos conclusif, proposition de relecture théorico-pratique de la question de l'autorité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Xavier Magnon

► To cite this version:

Xavier Magnon. Propos conclusif, proposition de relecture théorico-pratique de la question de l'autorité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Les juges nationaux et la Convention européenne des droits de l'homme : analyse des rapports à travers les expériences russe et française, sous la direction de N. DANELCIUC-COLODROVSKI, P. GAÏA et M. GUDZENKO, PUAM, Collection de l'Institut Louis Favoreu, 2023,, pp.243-256, 2023. hal-04016545

HAL Id: hal-04016545

<https://amu.hal.science/hal-04016545>

Submitted on 6 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Propos conclusif, proposition de relecture théorico-pratique de la question de l'autorité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Xavier MAGNON

Professeur de droit public

Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour,

CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

Quand la science du droit ne peut plus décrire de manière cohérente certains phénomènes dans la pratique du droit, c'est que des enjeux de pouvoir dominant. Ce qui *est* s'impose face à ce qui *doit être* et l'on quitte le rapport de droit pour embrasser le rapport de pouvoir. Celui-ci renvoie à un rapport de force et c'est, peut-être, ce dernier qui paraît le plus adapté à la description des rapports de systèmes.

Telle est la lecture qui, après des années de recherches sur le sujet, me semble devoir s'imposer lorsqu'il est question de rapport de systèmes. L'appréhension cohérente de ces rapports de systèmes ne saurait être entreprise à partir de l'application des normes juridiques, les normes constitutionnelles ou leur interprétation par les juges nationaux étant parfois contradictoires avec les normes internationales et européennes, mais, de manière scientifique, par des conceptions théoriques¹ ou, et c'est ce dernier angle que nous allons éprouver, en termes de pouvoirs, à partir d'un rapport de force. Plus précisément, les rapports qu'entretiennent les juges nationaux avec tout système supranational, comme le système issu de la Convention européenne des droits de l'homme, sont le fruit de choix politiques, et même, idéologique, des juges, certains diraient, toutefois, des choix discrétionnaires, c'est-à-dire couverts par les possibles offerts par les normes, qui résultent d'un équilibre entre, d'une part, une volonté de préserver la Constitution nationale et, d'autre part, une soumission relative aux exigences supranationales liée au risque d'être désavoué par une juridiction supranationale. Cet équilibre semble en effet se dégager de l'attitude des juridictions nationales vis-à-vis des normes supranationales, les normes mobilisées à l'appui de cet équilibre n'étant qu'un prétexte pour parvenir à telle ou telle solution.

Il faut se souvenir à cet égard de ce que les arrêts *Costa*² ou *Simmenthal*³ de la Cour de justice, qui était alors Cour de justice des Communautés européennes, ne sont que le fruit de conflits entre la Cour de justice et la Cour constitutionnelle italienne, notamment quant à la compétence de cette dernière pour sanctionner de manière exclusive la conformité des lois au droit communautaire, alors, ayant pour origine des renvois préjudiciels en interprétation de juridictions judiciaires pour

¹ Voir de manière détaillée sur cette question : « Peut-il exister une pluralité de fondements à la primauté ? Ajouter au fondement européen des fondements nationaux. D'une impossible résolution normative au relativisme des différentes réponses théoriques », in *Réseau de normes, réseau de juridictions. Le nouveau paradigme des droits fondamentaux en Europe, entre primauté et clause la plus protectrice*, sous la direction d'H. Gaudin, Mare & Martin, Horizons européens, 2021, pp. 261-275.

² CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, Aff. 6/64, Rec., p. 1149.

³ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, Aff. 106/77, Rec., 1978, p. 629.

mettre en cause la position de la Cour constitutionnelle. Les énoncés normatifs textuels permettant de résoudre la question ont toujours été les mêmes durant le conflit, en droit interne italien comme en droit communautaire, et c'est à partir d'une interprétation variable de ces énoncés que le conflit sera résolu pour des motifs, en définitive, de pure opportunité sur fond de rapports de droit et de fait.

Plus généralement, au cours de l'histoire du droit communautaire et du droit de l'Union européenne, dans les conflits opposant la Cour de justice et les Cours constitutionnelles nationales, quatre périodes de conflits, correspondant à quatre situations différentes, se seront succédées sur :

- (1) l'étendue, la reconnaissance et la sanction de la primauté du droit de l'Union,
- (2) la revendication de *contrelimites*⁴ à la construction européenne⁵,
- (3) l'insertion des Cours constitutionnelles dans le système juridictionnel européen par l'usage de ces dernières du renvoi préjudiciel en interprétation,
- (4) le retour des *contrelimites* et le respect de l'identité constitutionnelle.

La phase d'insertion des cours constitutionnelles dans le système juridictionnel européen (3), qui semblait devoir définitivement banaliser le droit de l'Union dans le contentieux constitutionnel, a toutefois régénéré et nourri la revendication renouvelée des cours constitutionnelles aux *contrelimites*, sur fond de reconnaissance par le droit de l'Union lui-même de ces *contrelimites*, grâce au renvoi par l'article 4 § 2 du traité sur l'Union européenne à l'identité nationale des États, comme limite au respect du droit de l'Union (4).

Au-delà de l'exemple italien, sur la question de la sanction de la primauté par les juges nationaux et les choix interprétatifs malléables que ces derniers ont pu retenir des énoncés normatifs textuels mobilisables, l'interprétation de l'article 55 de la Constitution constitue un autre exemple topique. Interprétée, dans un premier temps, comme confiant l'exclusivité du contrôle de conventionnalité au Conseil constitutionnel, cette disposition constitutionnelle a reçu, dans un second temps, une interprétation tout autre, excluant la compétence du Conseil constitutionnel pour exercer ce contrôle, pour le confier, de manière diffuse, à tous les juges internes ; étant entendu, qu'il y aura eu, par ailleurs, un décalage temporel entre la Cour de cassation et le Conseil d'état⁶, de près de 15 ans, pour parvenir à un alignement d'interprétation. Il est, certes, question d'interprétation des

⁴ Selon la signification retenue par la doctrine italienne, l'expression de « *controlimitazioni* » a été utilisée pour la première fois par P. Barile (« *Il cammino comunitario della Corte* », *Giur. cost.*, 1973, p. 2416). Si l'adhésion de l'Italie aux traités institutifs du droit de l'Union représente une limite à la souveraineté de l'État (tout en étant l'expression), l'affirmation de la sanction du respect par la Cour constitutionnelle des principes fondamentaux de l'ordre juridique et les droits inaliénables de la personne humaine à l'encontre du droit de l'Union est une limite à la limite et donc une *contrelimite*.

⁵ Au sein desquelles il est possible d'ajouter l'exigence d'une protection équivalente en droit de l'Union des droits fondamentaux qui conditionne l'incompétence de la Cour constitutionnelle allemande en particulier pour contrôler la constitutionnalité du droit de l'Union. Par ailleurs, et comme il en sera fait état dans les lignes qui suivent dans le corps de texte, le respect de l'identité des États peut être également être considéré, aujourd'hui, comme une *contrelimite*.

⁶ CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo, Leb.*, p. 190 ; C. cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c. Société « Cafés Jacques Vabre »*, *Bull. des arrêts Cour de Cassation Chambre Mixte*, n° 4, p. 6.

énoncés normatifs, et donc de pouvoir discrétionnaire, mais les changements d'interprétation n'en demeurent pas moins guidés par des jeux de pouvoir.

Sous ce dernier angle, en droit de la Convention européenne des droits de l'homme, les contraintes pesant sur les juges nationaux demeurent plus faibles que celles qui résultent du droit de l'Union européenne. Précisément, il n'existe pas d'arrêt *Costa* ni d'arrêt *Simmenthal* de la Cour européenne des droits de l'homme, même si les contraintes de la primauté du droit de la Convention européenne des droits de l'homme comme du caractère diffus du contrôle de conventionnalité résultent d'exigences du droit international public et du système conventionnel subsidiaire⁷. La dimension directement conflictuelle du droit de la Convention avec le droit constitutionnel est beaucoup plus faible qu'en droit de l'Union. Le droit de la Convention apparaît dans cette dimension conflictuelle comme relevant d'une *soft law supranationale* face à la *hard law* de l'Union européenne. En outre, ce qui renforce le caractère moins conflictuel du droit de la Convention, celui-ci n'intervient « qu'en » matière de droits fondamentaux. Il est vrai les droits fondamentaux sont transversaux, mais ils n'en apparaissent pas moins comme un domaine réduit par rapport à l'ensemble des transferts de compétences consécutifs au droit de l'Union. De ce *soft* contexte, du point de vue des juridictions constitutionnelles, l'on doit en déduire, dans l'équilibre primauté constitutionnelle/risque de censure par la Cour européenne des droits de l'homme, un rapport de force moins prononcé qu'avec le droit de l'Union, celui-ci étant à l'origine de conflits beaucoup plus prononcés en termes de mise en cause de la prééminence du droit constitutionnel national. En témoigne d'ailleurs, en France, une acceptation de la Convention, en pratique, bien au-delà des prescriptions qu'elle contient, en particulier sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne⁸, la Convention ayant, sans doute, profité de la comparaison avec le droit de l'Union. Plus exactement, compte tenu de l'objet de la Convention, les conflits entre Cours constitutionnelles et Cour européenne sont des conflits d'ordre *substantiel*, sur l'interprétation des droits fondamentaux, et non pas *structurel* sur les rapports entre le droit interne et le droit de la Convention et les conséquences de ce rapport

Il reste que, sous cet angle, la situation de la Russie et celle de la France demeurent profondément différentes : là où il n'y a longtemps pas eu de conflit ouvert entre la Constitution et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, en France, la jurisprudence *Confiance dans l'économie numérique*⁹ étant réservée au droit de l'Union, le conflit entre la Cour constitutionnelle russe et la Cour européenne aura été tranché de manière radicale, dans la Constitution, par la révision constitutionnelle du 1^{er} juillet 2020¹⁰, en faveur, en substance, de la prééminence de la Constitution.

⁷ Voir sur ce point, avec B. Bonnet, « La concrétisation des exigences supranationales dans l'ordre juridique interne : entre habilitations supranationales et nationales », in *L'office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales (QsQ IV)*, sous la direction de X. Magnon, P. Esplugas, W. Mastor et S. Mouton, Bruylant, Coll. A la croisée des droits, 2015, pp. 233-277.

⁸ Voir sur cette question la contribution de R. Déchaux dans cet ouvrage et les références bibliographiques qu'il mobilise.

⁹ CC, 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *Rec.*, p. 101.

¹⁰ En vertu du nouveau b) de l'article 125 de la Constitution : « La Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie : (...) b) conformément à la loi constitutionnelle fédérale, se prononce sur l'exécution des décisions des organes interétatiques adoptées sur la base des dispositions des traités internationaux conclus par la Fédération de Russie, si leur interprétation

Là où le système juridique français s'est accoutumé à un droit d'intégration depuis 1957, celui russe demeurait jusqu'à présent préservé de toute atteinte à sa souveraineté normative, la ratification de la Convention étant intervenue le 5 mai 1998. Cette résistance russe, plus que radicale, mérite d'être rangée, au regard de l'échelle des conflits en droit de l'Union, dans le conflit de la première génération sur la reconnaissance de la primauté de la Convention sur le système interne. Ce conflit a d'ailleurs, ce qui est relativement original, abouti à une révision constitutionnelle de résistance au droit de la Convention, quand les révisions constitutionnelles génériques des États membres de l'Union ont introduit des clauses d'ouverture au droit de l'Union. Autrement dit, les conflits n'ont pas seulement mobilisé le juge constitutionnel, laissant ainsi la souplesse de l'interprétation jurisprudentielle résoudre les éventuels conflits, mais également le pouvoir de révision constitutionnelle, formalisant ainsi dans la rigidité du texte constitutionnel le conflit. Cependant, en France, la position relativement favorable du Conseil constitutionnel a fait l'objet d'une évolution, avec la décision du 2 octobre 2020, *M. Geoffrey F. et autre*, selon des modalités encore relativement indéterminées, mais plus souples que celles existantes pour la remise en cause du droit de l'Union, susceptible de remettre en cause les interprétations de la Cour européenne des droits de l'homme¹¹. Apparaissent ainsi, avec le droit de la Convention européenne, les premiers conflits structurels formalisés.

Cette journée d'études a choisi d'affronter ces rapports par le prisme de la distinction entre *l'application de la Convention* et *l'exécution des arrêts de la Cour européenne*. Cette distinction suppose qu'il existerait et, surtout, qu'il serait possible de distinguer une *application « autonome » de la Convention*, et donc des stipulations de celle-ci, et une *application contrainte des arrêts de la Cour européenne*, avec la question de l'exécution de ses arrêts. Elle permet de recouvrir deux situations différentes qui témoignent de configurations contentieuses qui le sont également et d'un rapport du juge interne avec la norme ou les normes issues du système conventionnel différent. La distinction application/exécution mérite d'être explicitée, avant de mettre en évidence la marge de liberté dont dispose le juge national dans ces deux situations faces aux stipulations issues de la Convention.

En dissociant l'« *application* » de la Convention de l'« *exécution* » des arrêts, cette dernière terminologie étant reprise par l'article 46 de la Convention, deux objets sont distingués, la Convention elle-même et les arrêts de la Cour. Il s'agirait alors d'*appliquer la Convention* et d'*exécuter les arrêts de la Cour*. Il y aurait une application autonome de la Convention et une exécution des arrêts de la Cour, au moins, des arrêts définitifs de la Cour auxquels les États sont parties au litige. Cette obligation, posée par l'article 46 de la Convention, semble ainsi conduire à devoir distinguer entre deux types d'arrêts, ceux pour lesquels les États sont parties et ceux pour lesquels ils ne le sont pas,

contredit la Constitution de la Fédération de Russie, ainsi que sur l'exécution d'une décision d'un tribunal étranger ou international, d'un tribunal d'arbitrage étranger ou international imposant des obligations à la Fédération de Russie, si cette décision contredit les principes fondamentaux de l'ordre public de la Fédération de Russie ».

¹¹ Pour une lecture en ce sens de la décision du Conseil constitutionnel *Geoffrey* (n° 2020-858/859 QPC du 2 octobre 2020, *M. Geoffrey F. et autre [Conditions d'incarcération des détenus]*) : « Le Conseil constitutionnel, infidèle aux traditions républicaines, n'entend plus se conformer aux règles du droit public international ». Libres propos à l'occasion de la décision du 2 octobre 2020, *M. Geoffrey F. et autre [Conditions d'incarcération des détenus]* », RFDC, n° 127, 2021, pp. 175-191.

les États n'étant liés, en vertu de cette stipulation, que par les arrêts de la Cour pour lesquels ils sont parties au litige.

Sans anticiper sur ce qu'il convient d'exécuter dans un arrêt de la Cour, cette distinction semble pouvoir permettre de distinguer une interprétation nationale autonome de la Convention et une interprétation contrainte de la Convention, cette dernière se divisant en une contrainte de fait, ce qui a pu être qualifié d'*autorité de chose interprétée*, et une contrainte de droit, avec l'*autorité de chose jugée*. Pour éclairer cette dernière distinction, il faut établir ici un parallèle entre *autorité juridique* et *autorité persuasive* ; l'équilibre entre les deux étant source de confusion entre ce qui *doit être* et ce qui *est probable qu'il advienne*. Ce qui *doit être*, c'est que les arrêts dans lesquels les États sont parties au litige doivent être respectés, ce qu'il *est possible qu'il advienne*, c'est que si les États ne respectent pas les interprétations de la Cour, ils risquent d'être condamnés.

L'autonomie de l'interprétation de la Convention par les États, qui résulte de l'article 46 de la Convention, se justifie à plusieurs égards. Elle s'appuie désormais, depuis l'entrée en vigueur du protocole n° 15 à la Convention, sur la reconnaissance, à la fin du préambule de la Convention, de la « marge d'appréciation » des États, sous le contrôle de la Cour, ce qui a pu être qualifié de « responsabilité partagée »¹². Le caractère subsidiaire du contrôle de la Cour, consacré par l'article 35 de la Convention, avec la règle de l'épuisement des voies de recours internes, peut également être invoqué dans le sens d'une telle interprétation. L'autorité relative des arrêts la Cour, pour les seuls États parties au litige plaide enfin en faveur de cette lecture.

Si le couple liberté/contrainte dans l'interprétation de la convention semble relativement clair, la distinction application/exécution et même, voire surtout, la question de l'interprétation, demeurent plus floues. L'on entendra par interprétation l'opération d'attribution de sens à un énoncé linguistique, l'énoncé étant ainsi distingué de son interprétation. Il faut donc en déduire que la norme est la signification d'un énoncé, un énoncé prescriptif en l'occurrence. Dans le prolongement, l'on distinguera une liberté d'interprétation des stipulations de la Convention au profit des autorités nationales et une obligation de suivre l'interprétation retenue par la Cour dans un arrêt concernant un litige où l'État est partie à l'attention des autorités de cet État.

Cette dernière situation mérite toutefois d'être discutée. Retenir une interprétation de la Convention conforme à celle retenue par la Cour doit-il être rattaché à une exécution de l'arrêt ? L'exécution semble devoir plutôt se rattacher au dispositif d'un arrêt, c'est le dispositif, la norme individuelle et concrète posé par l'arrêt qui doit être exécutée. À proprement parler, on n'« exécute » pas une interprétation ou, plus exactement, nous y reviendrons, une concrétisation jurisprudentielle d'un énoncé textuel, mais la norme posée dans le dispositif de la décision de justice. L'exécution d'un arrêt renvoie aux conséquences juridiques qu'un État doit tirer de la norme posée par le juge,

¹² Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, *Déclaration d'Interlaken*, 19 février 2010, § 3.

qui résout le litige qu'il doit trancher. Sur la question de l'exécution des arrêts, il ne faut pas s'y tromper, la Convention place au cœur de cette opération d'exécution un organe politique : le Comité des ministres. Autrement dit, l'étape d'exécution de l'arrêt ne découle pas directement et immédiatement de l'arrêt ; elle n'est pas seulement une question de respect de l'interprétation donnée par la Cour, elle est une opération, distincte, confiée par le système conventionnel à un autre organe que la Cour, à savoir le Conseil des ministres. Sous un angle différent, mais tout aussi décisif, selon le système conventionnel, l'on retiendra que l'exécution d'un arrêt de la Cour auquel les États sont parties ne résulte pas de l'arrêt lui-même, mais de l'intervention d'un autre organe, politique, le Conseil des ministres¹³.

Il convient alors de bien distinguer les fonctions différentes qu'il convient d'accorder aux motifs d'une décision, qui relève de la justification de la décision, et à la décision proprement dite, la norme posée par le juge, à savoir ce qu'impose la règle générale dans un cas particuliers. Du moins, telle est la lecture théorique que l'on peut proposer de la fonction de juger qui consiste précisément à concrétiser une norme générale et abstraite en indiquant ce qu'elle permet, interdit ou rend obligatoire dans une situation déterminée. Dans cette perspective, s'il est une norme posée par le juge, il ne saurait s'agir que d'une norme individuelle et concrète, réglant le litige que doit résoudre le juge.

Cette concrétisation juridictionnelle nécessite plusieurs appréciations de la part du juge : l'établissement/la constitution des éléments du litige, ce que l'on qualifiera de *constitution des éléments du litige* (1), que ces éléments renvoient à des comportements matériels, et donc à des faits, ou à des normes lorsqu'il s'agit d'apprécier la régularité juridique de celles-ci par rapport aux normes supérieures, et la *résolution normative du litige* (2). Chacune de ces deux phases, y compris la première, laisse apparaître une dimension interprétative et donc un certain pouvoir discrétionnaire du juge. La seconde phase se décline en quatre moments interprétatifs visant à établir la signification de la norme applicable au litige : la question de l'application de la norme au litige (*domaine d'application général de l'énoncé prescriptif* (2.1)) pour déterminer si la norme est susceptible de couvrir le éléments constitutifs du litige, l'interprétation générale de l'énoncé prescriptif ainsi que, éventuellement, l'établissement de règles générales d'appréciation concrète du respect de cette interprétation¹⁴ (*signification générale de l'énoncé prescriptif* (2.2)), la qualification juridique des éléments du litige pour établir de quelle manière ces éléments peuvent être rattachés à la norme (*domaine d'application particulier de l'énoncé prescriptif* (2.3)) et poser le comportement qu'elle permet, interdit ou rend obligatoire dans les faits à l'origine du litige (*signification particulière de l'énoncé prescriptif* (2.4)).

Supposons qu'il s'agisse de vérifier la compatibilité d'une loi d'un État partie à la Convention européenne des droits de l'homme créant un délit d'incitation à la haine raciale et que cette loi soit

¹³ S'il est vrai que depuis le protocole n° 14 à la Convention permet de faire intervenir la Cour dans le processus d'exécution de ses arrêts, elle ne saurait être saisie que par le Comité des ministres.

¹⁴ Ce que nous appellerons *infra* : concrétisation jurisprudentielle d'énoncés normatifs textuels.

contestée au regard de la liberté d'expression consacrée par l'article 10 § 2 de la Convention. Chargée de trancher cette question, la Cour doit prendre connaissance de la loi en question, étape de *constitution des éléments du litige* (1), ce qui implique une dimension d'interprétation normative, la signification de la loi en question, l'objet du litige n'étant pas factuel mais normatif. Une fois cette étape réalisée, la Cour doit établir si cette loi implique une mise en cause de la liberté d'expression, autrement dit si la loi entre dans le domaine d'application de l'article 10 § 2 de la Convention (*domaine d'application général de l'énoncé prescriptif* (2.1)). Si la réponse est positive, il appartient alors au juge de rappeler la signification générale de l'article 10 § 2 de la Convention et de poser, s'il le souhaite, des critères généraux d'appréciation du respect de la norme textuelle (*signification générale de l'énoncé prescriptif* (2.2)). À partir de cette signification générale et des critères d'appréciation posés, il lui appartient d'identifier comment la norme législative peut être saisie par cette signification. La loi constitue-t-elle une restriction à la liberté d'expression ? Est-elle nécessaire dans une société démocratique ? La justification de la restriction est-elle valable (*domaine d'application particulier de l'énoncé prescriptif* (2.3)) ? De la résolution de ces questions dépend, en dernier lieu, la solution du litige (*signification particulière de l'énoncé prescriptif* (2.4)), sur la violation ou sur l'absence de violation de la Convention.

Cette présentation permet de mettre en évidence ce qui pose problème dans l'autorité d'une décision juridictionnelle, à savoir la *signification générale de l'énoncé prescriptif applicable au litige* (étape 2.2). Lorsque le juge explicite la signification d'un énoncé prescriptif, il se place dans une certaine mesure en concurrence avec l'auteur de la norme puisqu'il est censé établir la signification de la norme à partir de l'énoncé prescriptif qu'il doit interpréter, étant entendu que cette signification renvoie précisément à ce que l'auteur de la norme a voulu permettre, interdire ou rendre obligatoire comme comportement général. Il y aurait même un certain paradoxe à énoncer une norme pourtant déjà contenue dans un énoncé censé, précisément, contenir cette norme. Toujours est-il qu'il est possible de qualifier cette difficulté de *paradoxe de l'énonciation concurrentielle des normes générales entre le producteur de ces normes et son interprète juridictionnel*. Soit la norme préexiste à ce que dit l'interprète, et alors l'interprète juridictionnel ne pose aucune norme, soit c'est l'interprète qui pose la norme mais alors celle-ci n'existe pas avant son interprétation. Si la question se pose, en pratique, c'est parce que le juge ajoute à la norme générale, s'il n'ajoute rien, le respect des interprétations posées ne soulèverait que peu de difficultés, ce qui renvoie à une question à la fois de compétence pour le faire et de régularité de cet ajout par rapport à la norme textuelle.

L'ajout peut être une reformulation de la norme, problématique, en termes de régularité, si cette reformulation aboutit à poser une autre norme que celle contenue dans l'énoncé textuel. Le plus souvent, en pratique, le juge complète la norme textuelle en posant les éléments généraux et normatifs à partir desquels il appréciera la régularité des comportements ou des normes avec cette norme textuelle. Cette situation sera qualifiée de *concrétisation jurisprudentielle d'énoncés normatifs textuels* et elle se situe dans la phase 2.2 précédemment décrite.

Cette lecture peut être illustrée à partir de l'article 10 de la Convention. Cet article stipule que :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

Pour ne prendre qu'une partie des éléments d'appréciation par la Cour de l'atteinte à l'article 10 de la Convention, il faut retenir, de manière classique que :

*« Les principes généraux permettant d'apprécier la nécessité d'une ingérence donnée dans l'exercice de la liberté d'expression, maintes fois réaffirmés par la Cour depuis l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* (7 décembre 1976, série A no 24), ont été résumés dans l'arrêt *Stoll c. Suisse* ([GC], no 69698/01, § 101, CEDH 2007-V) et rappelés plus récemment dans l'arrêt *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* ([GC], no 48876/08, § 100, CEDH 2013) :*

« i. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique ». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (...)

ii. L'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 § 2, implique un « besoin social impérieux ». Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une « restriction » se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

iii. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions

qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'État défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable : il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants » (...) Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (...) »¹⁵

Les développements jurisprudentiels de la Cour viennent expliciter le § 2 de l'article 10 sur les atteintes admissibles à la liberté d'expression. Il s'agit, selon la qualification retenue, d'une concrétisation jurisprudentielle d'un énoncé textuel. La norme posée par l'article 10 § 2 impose qu'une restriction à cette liberté soit posée par la loi et qu'elle soit nécessaire, dans une société démocratique à la préservation de certains intérêts légitimes. Face à cette norme, la Cour apporte plusieurs éléments jurisprudentiels à l'appui de l'appréciation du respect de la norme posée par cette stipulation : interprétation stricte des exceptions à la liberté d'expression, la nécessité de l'atteinte à la liberté doit être établie de manière convaincante, les justifications à la restriction à la liberté posées par l'article 10 § 2 doivent renvoyer, en raison de la nécessité de la restriction, à un besoin social impérieux, la restriction à la liberté doit être posée de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable, elle doit être proportionnée au but légitime poursuivi et reposer sur des motifs pertinents et suffisants.

La concrétisation jurisprudentielle de la Cour est *normative*, elle pose les normes d'appréciation de la régularité d'une restriction à la liberté d'expression, elle est *générale*, puisqu'elle dépasse le seul examen du cas, et elle *explícite les modalités d'appréciation* de la restriction posée par l'article 10 § 2 de manière pour le moins constructive. Reste toutefois à apprécier si la concrétisation est *régulière* ou, pour le dire autrement, si cette concrétisation est couverte par la norme qu'elle entend concrétiser.

Ce que l'on peut dire de manière indiscutable, c'est que la Cour ajoute des éléments d'appréciation à ceux qui sont prévus par l'article 10 § 2, ce qui aboutit, en l'occurrence, à restreindre de manière considérable la possibilité pour les États d'apporter valablement une restriction à la liberté d'expression. D'une certaine manière, la concrétisation de la Convention est couverte par la Convention, de sorte que si les restrictions à la liberté d'expression sont jugées régulières par la Cour, elles sont conformes à l'article 10 § 2 de la Convention. Toutefois, il est possible de constater, en raison de l'interprétation restrictive de la Cour, que certaines restrictions pourraient être régulières au regard des seules exigences de l'article 10 § 2, mais ces mêmes restrictions ne le seraient pas au regard de la jurisprudence de la Cour. Un *motif valable* de restriction à la liberté, selon les termes de l'article 10 § 2, qui pourrait être couvert par cette stipulation, comme, par exemple, la

¹⁵ Parmi une jurisprudence abondante et constante, voir notamment : CEDH, 23 avril 2015, *Morice c. France*, req. n° 29369/10, § 124.

protection de la réputation, pourrait toutefois ne pas constituer un *besoin social impérieux* aux yeux de la Cour. Autrement dit, un comportement d'un État permis par l'article 10 § 2 pourrait être jugé irrégulier par la Cour. La concrétisation de la Cour est donc irrégulière. Le cadre normatif posé par la Cour de l'appréciation de la régularité des restrictions à la liberté d'expression est irrégulier.

Au-delà de la question de l'irrégularité de la concrétisation – et de la question, abyssale, du respect de concrétisations irrégulières par les organes d'application –, la question qui se pose est celle de savoir si cette concrétisation jurisprudentielle d'un énoncé textuel s'impose aux États car c'est de là que dépend la portée des arrêts de la Cour. « S'imposer » aux États doit toutefois être précisé. L'appréciation de la Cour s'impose aux États dans la mesure où leur comportement, matériel ou normatif, seront appréciés au regard de cette jurisprudence, c'est-à-dire à partir de la concrétisation jurisprudentielle des énoncés textuels. Telle est la question concrète et pratique que soulève l'autorité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : l'usage par les organes nationaux et, en particulier, par les juges nationaux, des concrétisations jurisprudentielles des énoncés textuels posées par la Cour européenne pour apprécier la régularité des comportements et normes nationales par rapport aux stipulations de la Convention.

Dans le système conventionnel, et au regard de l'article 46 de la Convention, peut-on considérer que les juridictions nationales doivent utiliser les concrétisations jurisprudentielles des normes de la Convention auxquelles procède la Cour lorsqu'elles apprécient elle-même le respect de ces normes ? Une telle interprétation serait pour le moins problématique. Si on la suit, lorsqu'un État est partie à un litige, qu'il soit condamné ou qu'il ne soit pas condamné, il doit respecter les concrétisations jurisprudentielles de la Convention. Or, en pratique, vu que chaque État a été partie, une fois au moins, à une affaire concernant la violation de chacun des articles de la Convention, chaque État serait finalement lié à chacune des concrétisations jurisprudentielles de la Cour, celles-ci ayant alors une autorité absolue auprès de l'ensemble des États. Cette solution se révèle absurde. L'article 46 ne saurait limiter, par son énoncé, aux seuls États parties l'autorité des arrêts pour, en réalité, imposer, au-delà du texte, une autorité générale à tous les États. Si les énoncés normatifs textuels ont un sens pour ceux qui les ont édictés, ce qui, certes, n'est pas toujours la vision de la Cour européenne, l'on voit mal comment l'autorité des arrêts, formulée comme contraignante à l'égard des seules parties au litige, s'étendrait à tous les États contraints par la Convention européenne. En opportunité, si l'article 46 de la Convention confère aux concrétisations normatives de la Convention opérées par la Cour une autorité absolue, alors, il n'a pas de sens, car il conférerait un pouvoir normatif absolu à la Cour.

Il veut donc dire autre chose, ne peut vouloir dire autre chose, à savoir se conformer au seul dispositif, à la seule norme individuelle et concrète posée par le juge, celle qui consiste à constater dans une situation déterminée s'il y a eu ou s'il n'y a pas eu de violation de la Convention et, le cas échéant, s'il y a lieu à une satisfaction équitable. Pour reprendre l'exemple à propos de la liberté d'expression, le dispositif de l'arrêt de la Cour cité est le suivant :

« PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. Dit qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention ;

2. Dit qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention ;

3. Dit

a) que l'État défendeur doit verser au requérant, dans les trois mois, les sommes suivantes :

i. 4 270 EUR (quatre mille deux cent soixante-dix euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage matériel,

ii. 15 000 EUR (quinze mille euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral,

iii. 14 400 EUR (quatorze mille quatre cents euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par le requérant, pour frais et dépens ;

b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

4. Rejette la demande de satisfaction équitable pour le surplus. »

Constat d'une violation de la Convention et satisfaction équitable sont les deux questions à résoudre par la Cour ; elles seules impliquent une exécution de la part de l'État condamné, quelles que soient par ailleurs les modalités d'exécution qui s'imposent.

Cette réflexion mérite encore d'être éclairée par les situations concrètes d'arrêts de la Cour dans lesquels les États sont parties et, sans doute, par la question du lien entre le dispositif et les motifs, c'est-à-dire à la recherche de ce qui dans le dispositif apparaît comme déterminant immédiatement et directement le constat de la violation de la Convention de sorte que le respect de l'arrêt implique nécessairement de suivre les éléments jurisprudentiels normatifs du dispositif.

En cas de constat de non-violation, la seule obligation à la charge des États, déjà évoquée, consisterait à respecter les concrétisations normatives posées par la Cour dans l'arrêt, même si cette situation paraît pour le moins absurde. Dans cette situation, cependant, il n'existe aucun lien entre le dispositif et les motifs de la décision dans le sens où le constat de la non violation n'implique aucun comportement particulier de la part de l'État partie, puisque, précisément, que ce soit un comportement matériel qui soit visé, comme un mauvais traitement dans un commissariat, ou une norme, une loi qui pourrait être contraire aux exigences de la Convention, la régularité conventionnelle est constatée, ce qui n'oblige l'État à rien. L'obliger à respecter les critères normatifs concrétisant l'exigence conventionnelle qui ont permis de constater qu'elle n'a pas été violée est, sous cet angle également, absurde.

En cas de constatation de violation, plusieurs situations sont envisageables. Face à un comportement matériel à l'origine de la violation, il n'y a, directement, rien qui ne peut être fait par

l'État en lien avec le constat de l'irrégularité. Il est possible cependant que la Cour suggère des moyens d'éviter que de tels comportements puissent se reproduire en préconisant, par exemple, un encadrement normatif spécifique. En l'absence d'habilitation de la Cour pour imposer de tels éléments, l'on ne saurait y voir que des conseils généraux et non pas des obligations. Lorsque l'irrégularité est le résultat d'un conflit normatif, l'on peut voir une obligation de l'État de modifier la norme à l'origine du conflit, le dispositif, le constat de la violation, est la conséquence directe et immédiate des motifs, l'irrégularité de la loi. Cette obligation de modification ne semble pas forcément impliquer d'imposer le contenu de cette modification, sous réserve de respecter les orientations éventuellement constructives émises par la Cour, ce qui doit être fait pour assurer la conformité et non pas ce qui a été censuré, pour préserver la compatibilité de la nouvelle norme à la Convention. En tout état de cause, la concrétisation de l'exécution d'un arrêt passe par une phase extra-juridictionnelle faisant appel au Conseil des ministres, même si, certes, depuis le protocole n° 14 à la Convention, la Cour participe à ce processus, sur saisine du Conseil.

Si l'on tente de synthétiser ces développements, en éclairant la distinction structurante du colloque, l'on dira que l'application de Convention demeure autonome pour les États, sauf s'ils ont fait l'objet d'un arrêt de condamnation dans une affaire déterminée, auquel cas, ils doivent prendre les mesures exigées par le dispositif de l'arrêt, étant entendu que certaines des modalités concrètes de cette exécution, liées à la prise en compte des motifs, soit découlent nécessairement du dispositif sans discussion possible, soit, pour tout ce qui peut être discuté, seront déterminés par le Comité des ministres en discussion avec les États parties au litige.