



**HAL**  
open science

# L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme par les juges français. Réflexions sur l'effectivité d'un ordre juridique international intégré

Raphaël Déchaux

## ► To cite this version:

Raphaël Déchaux. L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme par les juges français. Réflexions sur l'effectivité d'un ordre juridique international intégré. Nataşa Danelciuc-Colodrovschi; Patrick Gaïa; Maria Gudzenko. Les juges nationaux et la Convention européenne des droits de l'homme : analyse des rapports à travers les expériences russe et française, PUAM, pp.163-226, 2023, Collection de l'Institut Louis Favoreu, 9782731412673. hal-04021986

**HAL Id: hal-04021986**

**<https://amu.hal.science/hal-04021986>**

Submitted on 9 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.

# L'EXÉCUTION DES ARRÊTS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME PAR LES JUGES FRANÇAIS

## *Réflexions sur l'effectivité d'un ordre juridique international intégré*

Paru in Natasa DANELCIUC-COLODROVSKI, Patrick GAÏA et Maria GUDZENKO(dir.), *Les juges nationaux et la Convention européenne des droits de l'homme : analyse des rapports à travers les expériences russe et française*, Aix-en-Provence, PUAM, collection de l'Institut Louis Favoreu, 2023, pp. 163 à 226.

par Raphaël DÉCHAUX<sup>1</sup>

L'évaluation de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) par les juges nationaux est essentielle pour l'étude concrète des droits et libertés fondamentaux en France. C'est également un élément important pour comprendre la place exceptionnelle qu'occupe la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH) au sein du droit international des droits de l'Homme<sup>2</sup>. Rappelons à titre liminaire quelques chiffres que nous préférierions d'une ampleur moindre : depuis la première décision *Bozano* de 1986<sup>3</sup>, la Cour a rendu 1059 arrêts visant la France<sup>4</sup>. Elle a prononcé, à la date du 1<sup>er</sup> janvier 2021, très exactement 759 condamnations<sup>5</sup>, soit un taux de condamnation de

<sup>1</sup> Maître de conférences de droit public, membre du GERJC-Institut Louis Favoreu (CNRS UMR 7318), Université d'Aix-Marseille. Cette étude, à jour au 1<sup>er</sup> décembre 2021, est une version largement enrichie de ma communication prononcée lors du web-colloque du 23 avril 2021 (« L'utilisation des techniques d'exécution des arrêts de la Cour EDH par les juges nationaux »).

<sup>2</sup> Sur l'influence de la CESDH, v. rec. J.-P. Marguénaud, « Les 70 ans de la Convention européenne des droits de l'homme : le passé d'un avenir », *Dalloz*, n° 38, 5 novembre 2021, p. 2129 et *sq.*

<sup>3</sup> CEDH, arrêt du 18 décembre 1986, *Bozano c. France*, req. n° 9990/82.

<sup>4</sup> Cf. la fiche « France » du Service de l'exécution des arrêts de la CEDH [en ligne].

<sup>5</sup> Cf. le *Rapport annuel* de la CEDH pour 2020, p. 170.

plus de 71 % pour le « pays des droits de l'Homme »<sup>6</sup>. Levons dès à présent un préjugé que l'on retrouve trop souvent chez les observateurs, et selon lequel l'exécution de ces arrêts par la France serait insatisfaisante : pour l'année 2020, 13 nouvelles affaires, tous régimes confondus, sont sous la surveillance du Comité des ministres du Conseil de l'Europe (CMCE), ce qui porte à seulement 35 le nombre d'affaires pendantes en tout<sup>7</sup>. Par comparaison, la Russie en a 1789, un chiffre symbolique ! Est-ce à dire que notre pays s'est élevé dans la catégorie des bons élèves ? La réponse à cette question n'est pas évidente. En effet, le processus d'exécution des arrêts de la CEDH est contrôlé par le CMCE qui décide si l'État s'est bien conformé à l'arrêt de la Cour<sup>8</sup>. Certes, le protocole n° 14 a permis d'inclure la Cour dans ce processus grâce au nouvel article 46 (§3 à 5)<sup>9</sup>, mais il est encore trop tôt pour en faire le bilan (et il n'est pas sûr que celui-ci soit extraordinaire)<sup>10</sup>.

L'exécution est donc validée par un organe politique, dont on ne peut préjuger qu'il rende ses décisions uniquement sur des éléments d'ordre juridique, ce qui n'est ni surprenant, ni contestable. D'ailleurs, l'important « Service de l'exécution des arrêts de la CEDH »<sup>11</sup> est institutionnellement distinct de la Cour et rattaché directement au CMCE. La Cour pourrait même, en théorie, contourner une décision du CMCE en renouvelant la condamnation d'un État, chaque arrêt étant juridiquement autonome des précédents<sup>12</sup>. Face aux faiblesses inhérentes à cette garantie institutionnelle, il est logique de se tourner vers la garantie juridictionnelle. Or, celle-ci n'est que de la responsabilité des juridictions nationales (sauf les cas prévus par le protocole n° 14). Si l'activité institutionnelle est désormais commentée par la doctrine<sup>13</sup>, celle juridictionnelle souffre d'un manque de conceptualisation, et reste surtout casuistique.

**Champ de l'étude.** Avant d'aller plus loin, il est nécessaire de préciser quelques éléments de définition. L'utilisation de l'expression « juge national » implique

---

<sup>6</sup> Le taux de condamnation est par exemple de 55 % pour la RFA.

<sup>7</sup> 14 ont été closes au cours de l'année 2020.

<sup>8</sup> Parmi une importante littérature, v. par ex. J.-L. Sauron, « L'exécution des arrêts de la CEDH, un processus sous le contrôle politique du Comité des ministres du Conseil de l'Europe en voie d'échapper aux seuls exécutifs », *JCP A*, n° 2, 18 janvier 2016, n° 2011. On renverra également à la publication officielle du Conseil : E. Lambert Abdelgawad, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 2<sup>e</sup> éd., 2018, 92 p.

<sup>9</sup> Le protocole n° 14 a été ouvert à signature le 13 mai 2004 ; il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2010. Il autorise le CMCE à saisir directement la Cour, à l'issue d'un vote à la majorité des deux tiers, lorsqu'un État ne se conforme pas à un arrêt.

<sup>10</sup> Le premier arrêt a été rendu le 29 mai 2019 : CEDH, GC, *Mammadov c. Azerbaïdjan*, req. n° 15172/13. On rejoint l'analyse du Professeur Andriantsimbazovina selon laquelle ce mécanisme est caractérisé par de nombreuses « faiblesses » (« Premier arrêt en manquement rendu sur le fondement de l'article 46, paragraphe 4, de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Gazette du Palais*, 9 juillet 2019, p. 18). En effet, l'exécution étant de la responsabilité de l'État condamné, renvoyer à la CEDH ne peut aboutir qu'à un processus circulaire. Il est en tout cas difficile d'imaginer, en théorie, en quoi ce nouveau mécanisme pourrait permettre de résoudre un conflit d'exécution : comment l'État pourra-t-il exécuter l'arrêt de constat d'une violation de l'exécution de sa condamnation antérieure ?

<sup>11</sup> <https://www.coe.int/fr/web/execution/home>.

<sup>12</sup> Il est déjà arrivé que la Cour accepte un nouveau grief après que le CMCE ait clôturé la surveillance, cf. *infra* note 346.

<sup>13</sup> J.-L. Sauron, « L'exécution des arrêts de la CEDH... », *op. cit.*. Les bilans annuels du CMCE sont même commentés, plus ou moins régulièrement par la doctrine, notamment par Mme Katarzyna Blay-Grabarczyk.

l'identification d'un ensemble de pratiques homogènes mises en œuvre par les diverses autorités compétentes pour trancher un litige. En droit français, celle-ci est loin d'être évidente, étant donné les différences de procédures, de statuts, de normes de références – sans oublier de culture juridique – qui caractérisent notre système juridictionnel. Il est donc indispensable d'adopter une approche fonctionnelle, qui seule permet de penser la relation de conformité entre la décision du juge de Strasbourg et celles des juges civil, administratif ou constitutionnel français. Le portrait esquissé ne pourra être que lacunaire mais, étant donné l'ampleur du sujet, il était difficile d'envisager une autre façon de le traiter. Il suffit de parcourir les commentaires les plus autorisés pour relever que l'élément mis en avant par la doctrine – dans les notes d'arrêts visant directement ou indirectement, l'exécution d'un arrêt de la CEDH – porte sur cette observation, plus ou moins binaire, de la conformité ou pas de la décision du juge français à celle du juge européen<sup>14</sup>. Enfin, bien qu'il existe une différence fondamentale entre les décisions de la Cour et ses arrêts<sup>15</sup>, nous utiliserons ici les deux en tant que synonymes.

**Que signifie « exécuter un arrêt de justice » ?** Essayons maintenant de définir ce que signifie l'exécution d'une décision de justice en droit interne. Classiquement, dans la tradition civiliste française, la notion est liée à celle d'autorité de la chose jugée. L'exécution n'est pensée que comme la *concrétisation* d'une décision définitive<sup>16</sup>, une caractéristique naturelle ou logique de celle-ci, sans que la doctrine ne l'ait plus développée. Elle serait la conséquence d'une fonction ancienne *du* droit (et de la justice) plutôt qu'un concept *de* droit<sup>17</sup>. En effet, quel serait l'intérêt de produire du droit permettant aux juges de résoudre des conflits si les décisions que prennent ces derniers n'étaient pas considérées comme une vérité (*res juridicata pro veritate habetur*)<sup>18</sup> ? En définitive, la différence entre l'autorité et l'exécution est parfois mince : est-ce l'exécution qui se définit par rapport à l'autorité ou l'inverse<sup>19</sup> ? On retrouve d'ailleurs cette perméabilité en droit positif, ainsi que l'illustre l'article 501 du Code de procédure civile (CPC) : « Le jugement est exécutoire [...] à partir du moment où il passe en force de chose jugée [...] »<sup>20</sup>. Quant à l'article L. 11 du Code de justice administrative (CJA), il prévoit uniquement un lapidaire : « Les jugements sont exécutoires ». Malgré la

<sup>14</sup> C'est la raison pour laquelle j'ai en partie expurgé l'aspect « technique d'exécution » du sujet qui m'avait été demandé de traiter par les organisateurs de la journée d'étude. Ils voudront bien m'en excuser.

<sup>15</sup> Les décisions visent uniquement la recevabilité d'une requête, ainsi que l'on peut le déduire de l'article 29 de la CESDH, tandis que les arrêts visent à trancher le litige.

<sup>16</sup> F. Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 4<sup>e</sup> éd., 1998, p. 59.

<sup>17</sup> En droit romain, le fondement de l'autorité des décisions de justice était expliqué par l'adage : *interest rei publicae ut sit finis litium*, ce qui signifie « il est de l'intérêt de la chose publique qu'il existe une fin des instances », S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile*, Dalloz, Paris, coll. « Hypercours », 5<sup>e</sup> éd., 2017, p. 114.

<sup>18</sup> M. Guyomar, B. Seiller, *Contentieux administratif*, Dalloz, Paris, coll. « Hypercours », 5<sup>e</sup> éd., 2019, p. 505. Jusqu'à la réforme de 2016, l'autorité de chose jugée était une présomption légale, appelée également par les privatistes « force de vérité légale », v. par ex. S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile*, Dalloz, Paris, coll. « Hypercours », 5<sup>e</sup> éd., 2017, p. 114.

<sup>19</sup> « Pour qu'un jugement soit exécutoire, il faut qu'il acquière *force de chose jugée*, c'est-à-dire qu'il ne soit susceptible d'aucuns recours suspensif d'exécution », F. Terré, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 596, l'auteur souligne.

<sup>20</sup> V. eg. l'art. 707 du Code de procédure pénale (CPP) : « [...] les peines prononcées par les juridictions pénales sont [...] mises à exécution de façon effective et dans les meilleurs délais ».

faiblesse substantielle de ces contenus normatifs, assez peu commentée<sup>21</sup>, il est évident que les enjeux sont bien distincts suivant les ordres juridictionnels. On peut les résumer de la sorte : plutôt que sur l'exécution en tant que telle, ils portent essentiellement sur *l'exécution forcée* des décisions (surtout dans l'ordre judiciaire) et les *pouvoirs du juge* (surtout dans l'ordre administratif)<sup>22</sup>. Le Conseil constitutionnel – suivant en cela la CEDH<sup>23</sup> – considère désormais qu'il existe un droit fondamental à l'exécution des décisions de justice, fondé sur l'article 16 de la DDHC via la garantie des droits, entendue sous l'angle du droit à un recours effectif<sup>24</sup>. Cette approche illustre la victoire des Modernes sur les Anciens puisque le juge de la rue Montpensier l'avait constitutionnalisé dans un premier temps sur le fondement du principe de séparation des pouvoirs<sup>25</sup>.

Comment dès lors qualifier juridiquement l'exécution ? Il y a quelques éléments de réflexion intéressants chez Kelsen à partir des deux significations qu'il donne à l'autorité de la chose jugée. Dans un sens théorique pur, il s'agit uniquement de la validité de la norme individuelle posée par le juge<sup>26</sup>, ce qui signifie que l'on ne peut pas contester son application. Dans un sens plus concret, elle signifie que la « chose jugée ou décidée est une norme individuelle, dont la validité ne peut être supprimée par une norme abrogatoire »<sup>27</sup>. Kelsen vise donc ce que l'on désigne couramment comme le caractère définitif ou incontestable du jugement. Il est intéressant de relever que cette autorité est toujours *relative* pour le maître de l'École de Vienne, mais aussi qu'elle « ne signifie pratiquement guère autre chose que la nature exécutoire de la décision »<sup>28</sup>. On peut en conclure que l'exécution vise donc la conformité du comportement des parties au procès à la norme individuelle juridictionnelle. Certains auteurs évoquent dans ce sens d'*obligation* d'exécution<sup>29</sup>. La plupart du temps, le prononcé se suffit à lui-même, et l'exécution est de l'ordre du *fait* juridique. C'est lorsqu'il y a une mauvaise application que l'exécution nécessite une action de l'État : il s'agit alors d'adopter des actes de

---

<sup>21</sup> La littérature générale est peu fournie. Un ouvrage récent a ainsi proposé un précieux tour d'horizon très complet de l'exécution dans les différentes branches du droit sans proposer de regard théorique, v. H. Alcaraz, O. Lecucq (dir.), *L'exécution des décisions de justice*, Paris, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. « Colloques & Essais », 2020, 288 p.

<sup>22</sup> On retrouve néanmoins ces deux enjeux pour les deux ordres juridictionnels, puisqu'il existe des procédures d'exécution devant le juge administratif (art. L. 911-1 à L. 911-10 du CJA), et que le juge civil possède, entre autres, des pouvoirs d'injonction pour l'exécution (art. 1425-1 à 1425-9 du CPC).

<sup>23</sup> CEDH, arrêt du 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, req. n° 18357/91. C'est bien évidemment l'exécution des décisions de justice interne qui est considérée comme un droit fondamental dans cette jurisprudence.

<sup>24</sup> CC, décision n° 2014-455 QPC du 6 mars 2015, *M. Jean de M.*, cons. 3.

<sup>25</sup> CC, décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, cons. 46.

<sup>26</sup> H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1996, pp. 332 et *sq.*

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 144, l'auteur souligne. « L'autorité qui s'attache à la chose jugée, c'est l'impossibilité où l'on est de remettre en question le point sur lequel il a été statué », F. Terré, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 597, l'auteur souligne.

<sup>28</sup> H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op. cit.*, p. 145, l'auteur souligne. On comprend ainsi cet effet relatif : il est impossible de supposer qu'un jugement ne puisse être réformé (par l'ouverture de nouvelles voies de recours rétroactive, une révolution juridique...).

<sup>29</sup> Cf. par ex., M. Guyomar, B. Seiller, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 513. Si cette approche n'est pas originale, elle ne se fonde pas sur l'analyse kelsénienne qui voit dans la décision de justice la production d'une norme individuelle (qui est peu diffusée dans la doctrine française).

contraintes – qui ne sont pas des normes<sup>30</sup> –, fondées sur la norme individuelle produite dans la décision du juge<sup>31</sup>. Parfois, il est impossible d'adopter de tels actes sans saisir un juge spécifique (désigné le plus souvent comme juge de l'exécution), qui produira de nouvelles normes individuelles plus précises sur lesquelles pourront être fondés les actes de contraintes à proprement parler. C'est un phénomène assez rare dans l'ordre administratif et très courant dans l'ordre judiciaire (voire obligatoire par exemple en matière de saisie immobilière)<sup>32</sup>. L'exécution au sens strictement juridique est donc le fruit d'autorités qui peuvent être coercitives (policières), administratives comme civiles, mais jamais juridictionnelles. On peut toutefois l'élargir – sans dénaturer cette réalité théorique – à l'activité des magistrats spécialisés dans la médiation entre le prononcé de la norme individuelle et le processus d'exécution au sens strict<sup>33</sup>.

**Que signifie exécuter un arrêt de la CEDH ?** On peut, dans un premier temps, déduire de ce qui précède que le juge national « n'exécute » qu'au *sens large* une décision de la CEDH, puisqu'il n'est pas dans la position d'adopter un acte de contrainte, mais dans celle de la médiation entre la norme prononcée par la Cour et l'exécution proprement dite. Dans un second temps, le fondement de cette exécution est très différent, théoriquement, de celui qui peut exister en droit interne, par exemple, entre la décision du Tribunal correctionnel et celle du juge de l'application des peines. En effet, l'exécution par le juge national est liée à la responsabilité internationale de l'État et à l'obligation de réparer un manquement à une obligation reconnue par une juridiction internationale<sup>34</sup>. Cette obligation, que la doctrine internationaliste désigne comme la *restitutio in integrum*, prend – depuis une célèbre décision de la Cour permanente de justice internationale<sup>35</sup> – trois formes : *l'obligation de cessation* de l'illicite, *l'obligation de réparation* (effacer les conséquences du fait internationalement illicite) et enfin *l'obligation d'éviter à l'avenir des violations semblables* (obligation de non-répétition de l'illicite)<sup>36</sup>. C'est en reprenant cette typologie que nous avons choisi de classer les différentes formes d'exécution des arrêts de la CEDH par le juge interne, sachant que nous en avons identifié deux autres catégories moins traditionnelles. Il s'agit d'abord de *l'anticipation*, qui n'apparaît pas en droit international public classique car les décisions

<sup>30</sup> Il est malheureux que la doctrine française, dans son immense majorité, ait conservé une théorie juridique vieille de plus d'un siècle, selon laquelle sont des actes juridiques toutes les normes qui ne sont pas produites par les autorités publiques. C'est-à-dire que les contrats et des normes patrimoniales (ou extrapatrimoniales) sont toujours désignés comme des actes qui s'opposeraient à la loi ou à la constitution... c'est pourtant un des apports importants de Kelsen d'avoir montré, dès sa première édition de la *Théorie pure du droit*, que si l'on veut donner un sens à la catégorie « acte juridique », il faut qu'elle soit distincte de celle des normes juridiques.

<sup>31</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>de</sup> éd., Paris et Bruxelles, Bruylant et LGDJ, coll. La pensée juridique moderne, 1999, p. 42 et s.

<sup>32</sup> Le juge de l'application des peines est également obligatoirement saisi dès lors qu'une peine privative de liberté est prononcée.

<sup>33</sup> Il s'agit d'une justice spécifique, tant par sa fonction que sa composition (les juges de l'exécution siégeant la plupart du temps seuls).

<sup>34</sup> Principe reconnu par ex. à l'article 94 de la Charte des Nations Unies : « Chaque Membre des Nations Unies s'engage à se conformer à la décision de la Cour internationale de Justice dans tout litige auquel il est partie ».

<sup>35</sup> CPJI, arrêt du 13 septembre 1928, *Usine de Chorzów*, Série A09.

<sup>36</sup> CEDH, 31 oct. 1995, n° 14556/89, *Papamichalopoulos et al. c. Grèce*, v. *Grands arrêts de la CEDH* (ci-après *GACEDH*, Paris, Puf, coll. Thémis, 2019 9<sup>e</sup> éd.), n° 75.

de sanction ne sont pas rendues avec la même optique axiologique de conformité du droit interne aux normes internationales. Il existe enfin une catégorie plus contestable, les décisions de *résistance* ou de non-exécution, sur lesquelles nous reviendrons plus longuement.

On le comprend, l'enjeu juridique de l'exécution des décisions de la CEDH par le juge national rejoint une question centrale – et peu traitée<sup>37</sup> – de la théorie des rapports de système et de l'intégration d'un ordre juridique international au sein de l'ordre juridique moniste de la V<sup>ème</sup> République. Derrière la non-conformité de l'exécution se cache le risque d'une nouvelle condamnation pour l'État. Pour la CEDH, c'est la question, plus commune, de l'effectivité de son ordre juridique qui est en jeu<sup>38</sup>.

**Exécution ou primauté ?** En application du principe de subsidiarité<sup>39</sup>, le juge français, qu'il soit administratif, judiciaire ou constitutionnel, est, en tant que juge national, le juge naturel de la protection des droits fondamentaux, le « juge primaire » de la Convention<sup>40</sup>. Le juge de Strasbourg n'aurait vocation qu'à trancher les conflits les plus délicats posés par l'application de la CESDH. C'est là une différence essentielle, bien connue, d'avec le droit de l'Union européenne (UE). De par son statut, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est la juridiction suprême de l'ordre juridique européen. En ce sens, comme toute Cour suprême, elle est l'interprète authentique du droit de l'UE (art. 344 TFUE). Ainsi, la question de l'exécution de ses arrêts n'est quasiment jamais soulevée en ces termes par la doctrine<sup>41</sup>. La mauvaise exécution par un État membre d'une décision de la CJUE est toujours considérée comme *une violation du principe de primauté*, et non pas de *l'autorité* de la Cour. De la sorte, le principe d'« uniformité du droit »<sup>42</sup> de l'UE s'oppose à celui de subsidiarité qui caractérise le droit de la CEDH<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> Bien sûr, la question de l'exécution est en elle-même traitée, mais rarement sous l'angle de la théorie des rapports de système. Le plus souvent, la doctrine ne s'intéresse qu'au processus d'intégration en général (contrôle de constitutionnalité des normes internationales, conditions de leur effet direct, de leur invocabilité)...

<sup>38</sup> C. Gauthier, « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme en question », in H. Alcaraz, O. Lecucq (dir.), *L'exécution des décisions de justice*, op. cit., p. 237 et sq.

<sup>39</sup> Consacré dans le Préambule de la CESDH depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 15 le 1<sup>er</sup> août 2021.

<sup>40</sup> Dans le célèbre arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, la Cour estime que « La Convention confie *en premier lieu* à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre » (CEDH, arrêt du 7 décembre 1976, req. n° 5493/72, §48, nous soulignons). L'expression consacrée est souvent juge de « droit commun » qui nous semble moins précise (et rattachée au droit de l'UE : (CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n° 298348). Cette caractéristique découle aussi selon nous, plus simplement, de l'application stricte de l'article 35 §1 de la CESDH : « [l]a Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes [...] ».

<sup>41</sup> C'est principalement sous l'angle des limites liées au principe de primauté (et à l'identité constitutionnelle des États membres) que l'enjeu de l'exécution des arrêts de la CJUE est apparu... et encore ! Car c'est systématiquement la juridiction nationale qui est alors en cause, et pas la décision de la Cour de Luxembourg.

<sup>42</sup> Le principe d'uniformité du droit de l'UE est un impensé de la doctrine européeniste. On le retrouve pourtant dans le célèbre ouvrage de Robert Lecourt, *L'Europe des juges* (Bruxelles, Bruylant, 1976) qu'il présente comme obligeant les juridictions nationales à interpréter et à appliquer les règles communautaires de manière uniforme (p. 264).

<sup>43</sup> Leur statut est très différent, en théorie : la CJUE est censée assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité », là où la CEDH est chargée d'« assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention [...] » (art. 19 CESDH). La CEDH

L'autre divergence entre les deux systèmes européens<sup>44</sup>, c'est le lien de dépendance « quasi-organique » qui existe entre les juridictions nationales et la Cour de Luxembourg<sup>45</sup>. On peut en déduire que la différence d'exécution entre les décisions des deux juridictions européennes n'est pas tant due à leur statut ou à l'autorité de leurs décisions, mais à l'environnement normatif de l'ordre juridique qu'elles servent. Là où les États « s'engagent » à exécuter les décisions de Strasbourg, ils risquent des sanctions s'ils s'écartent de la décision de Luxembourg<sup>46</sup>. L'une des ambitions annexes de cette étude est de mettre en perspective cette différence, voire de la contester.

**Plan de l'étude.** L'objectif est de déterminer *comment* le juge national se saisit des décisions de la CEDH, et si cette exécution illustre le cadre théorique que nous venons de rappeler (ou s'il s'agit d'autre chose). Cela implique de questionner le statut de la jurisprudence sur l'exécution, et de vérifier qu'elle est bien ce qu'elle prétend être. La doctrine a tendance à faire de l'autorité de la Cour de Strasbourg l'élément central d'explication de cette exécution. Partant du principe qu'il est nécessaire de réfuter cette approche, nous proposons à la réflexion une double hypothèse. Il faut questionner l'identification d'une autorité *limitée* de la chose jugée (**Première partie**). Mais, peu importe les caractéristiques qu'on lui accole, les effets de cette exécution sont loin d'être univoques (**Seconde partie**).

## PREMIÈRE PARTIE : L'AUTORITÉ DES ARRÊTS QUESTIONNÉE

Le fondement de l'exécution d'une décision viendrait de son *autorité*. Or, la doctrine s'accorde à ne donner aux décisions de la CEDH qu'une autorité *relative* de la chose jugée<sup>47</sup>, parfois désignée comme une autorité de la chose *interprétée*<sup>48</sup>. Bien qu'il

---

a estimé que la CESDH n'exige aucune « uniformité absolue » (*Handyside*, précité, §67).

<sup>44</sup> Est-il encore nécessaire de rappeler que le principe de primauté n'est pas une spécificité de l'Union européenne, mais est un principe – logique – que l'on retrouve pour tous les ordres juridiques internationaux, et qui a été consacré pour la première fois par l'arrêt *Wimbledon* du 17 août 1923 de la Cour de La Haye ou *Traitement des nationaux polonais* du 4 février 1932.

<sup>45</sup> La Cour de Luxembourg n'est pas organiquement suprême au sens d'une juridiction nationale : elle ne peut ni annuler ni invalider une disposition nationale incompatible avec les traités, voire censurer un jugement national. En outre, le protocole n° 16 à la CESDH – entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2018 – a permis de créer un premier lien organique entre les juridictions nationales et la CEDH, même s'il prend seulement la forme d'un avis consultatif interprétatif, et non d'une question préjudicielle.

<sup>46</sup> La CJUE l'a rappelé récemment dans un arrêt *Popławski* de Grande chambre du 24 juin 2019 (aff. n° C-573/17).

<sup>47</sup> M. Guyomar, B. Seiller, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 584. Rappelons que M. Guyomar a été élu juge à la CEDH le 22 juin 2020. J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'Homme*, Paris, LGDJ, coll Manuel, 9<sup>ème</sup> éd., 2021, p. 61.

<sup>48</sup> Elle a notamment été portée par le Professeur Andriantsimbazovina (par. ex. *GACEDH*, p. 919). V. eg. la récente thèse de C. Giannopoulos, *L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Pedonne, coll « FMDH », 2019, et la généalogie de la notion établie p. 28 et *sq.*



existe une différence entre les deux expressions<sup>49</sup>, elles se rejoignent dans l'idée que l'autorité des décisions de la CEDH est limitée (A). On souhaiterait proposer à la réflexion une autre notion, celle d'autorité *intégrée* (B).

## A) L'affirmation d'une autorité limitée

La doctrine de l'autorité relative des décisions de la CEDH n'est pas qu'académique. On la retrouve tant en droit européen des droits de l'Homme (1) qu'en droit français (2). On notera que la notion existe aussi en droit interne, en contentieux administratif<sup>50</sup>, mais elle ne vise alors que le champ des destinataires des décisions, et non pas le statut de la décision en elle-même<sup>51</sup>.

### 1) Le statut restreint de la jurisprudence en droit européen des droits de l'Homme

L'effet des décisions de la CEDH est formellement restreint par le statut de la Cour. En effet, l'article 46 de la CEDH, intitulé « Force obligatoire et exécution des arrêts », prévoit à son paragraphe 1<sup>er</sup> (dans sa rédaction issue du Protocole n° 11 de 1994), que l'État s'engage à se « conformer » à l'arrêt définitif dans le litige auquel il a été partie. La Cour n'en déduit jamais, à notre connaissance, que son autorité serait relative<sup>52</sup>. Certes, dès l'arrêt fondateur *Marckx c. Belgique*, elle rappelle que les effets de ses arrêts sont : « déclaratoire pour l'essentiel »<sup>53</sup>. Dans l'arrêt *Ringeisen c. Autriche*, elle a reconnu qu'ils ont les effets d'une autorité de la chose jugée<sup>54</sup>, mais uniquement dans le cadre de l'ordre juridique du Conseil de l'Europe<sup>55</sup>. Cette précision est d'une

<sup>49</sup> Dans son *Droit international et européen des droits de l'Homme* (*op. cit.*, 15<sup>e</sup> éd.), F. Sudre utilise dans un premier temps l'expression « autorité relative de la chose jugée » (p. 380) puis, dans un second temps, « autorité de chose interprétée » (p. 398).

<sup>50</sup> La tradition civiliste connaît aussi une distinction entre l'autorité de la chose jugée, que chaque décision – même de première instance – possède, et la *force* de la chose jugée, que seules les décisions définitives acquerraient, sans utiliser le binôme absolu/relatif.

<sup>51</sup> L'autorité relative serait alors subjective, elle ne viserait que les parties à l'instance et surtout le contentieux de la responsabilité. Tandis que l'autorité absolue serait objective, elle viserait l'ordre juridique et surtout le contentieux de l'annulation. Cf. M. Guyomar, B. Seiller, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 508 à 513.

<sup>52</sup> L'expression est néanmoins présente dès l'introduction de *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, publié par le Service de l'exécution du Conseil de l'Europe (*op. cit.*, p. 7).

<sup>53</sup> CEDH, arrêt précité *Marckx c. Belgique*, §58.

<sup>54</sup> CEDH, arrêt du 23 juin 1973, req. n° 2614/65, §13 : « Aux termes de l'article 52 de la Convention, "l'arrêt de la Cour est définitif". Cette clause, la Cour l'a déjà souligné, "a pour seul but de soustraire les arrêts de la Cour à tout recours à une autre autorité" ».

<sup>55</sup> Le commentaire aux *GACEDH* semble faire de ce considérant le fondement d'une autorité de la chose jugée à destination des États (p. 917). C'est se méprendre sur le contexte de cette jurisprudence qui était une décision en interprétation (art. 79 du règlement de la Cour) d'un arrêt récent (*Ringeisen c. Autriche* du 22 juin 1972). La Cour rappelle en 1973 l'autorité de cette précédente décision, uniquement, et le fait que la décision

importance fondamentale et permet de comprendre pourquoi il est prétendu que son autorité serait relative. Elle repose sur deux conséquences tirées de l'article 46, et de la jurisprudence l'interprétant.

**L'article 46 de la CESDH ne prévoit qu'une obligation de résultat.** L'obligation de cessation de l'illicite n'est pas une obligation de résultat<sup>56</sup>, puisque l'État est libre des moyens pour y parvenir<sup>57</sup>. C'est un point qui est très clair dans la jurisprudence de la Cour, et qui ne fait pas débat dans la doctrine :

« Les États contractants parties à une affaire sont en principe libres de choisir les moyens dont ils useront pour se conformer à un arrêt constatant une violation. Ce pouvoir d'appréciation quant aux modalités d'exécution d'un arrêt traduit la liberté de choix dont est assortie l'obligation primordiale imposée par la Convention aux États contractants : assurer le respect des droits et libertés garantis (article 1) »<sup>58</sup>.

Si les arrêts de la CEDH ont *force obligatoire* dès qu'ils sont devenus définitifs, ils n'ont pas de *force exécutoire*, car ils ne constituent pas des titres exécutoires sur le territoire de l'État condamné<sup>59</sup>. Contrairement à ce que l'on pourrait intuitivement en déduire, l'obligation de résultat implique un processus plus politique, donc relatif, que l'obligation de moyen. Il est cohérent, de ce point de vue, que le CMCE soit chargé de cette exécution. La Cour justifie aussi cette situation par réalisme, du fait de la faiblesse de ses moyens :

« Si la nature de la violation permet une *restitutio in integrum*, il incombe à l'État défendeur de la réaliser, la Cour n'ayant ni la compétence ni la possibilité pratique de l'accomplir elle-même. Si, en revanche, le droit national ne permet pas ou ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la violation, l'article 41 habilite la Cour à accorder, s'il y a lieu, à la partie lésée la satisfaction qui lui semble appropriée »<sup>60</sup>

Par exemple, la Cour estime qu'elle ne peut pas demander à « l'État l'ouverture d'un nouveau procès suite à un arrêt de la Cour européenne constatant la violation

---

en interprétation ne peut pas remettre en cause la solution décidée alors. V. dans ce sens, R. Pelloux, « L'affaire *Ringeisen* devant la Cour européenne des Droits de l'Homme » *AFDI*, 1974, p. 351.

<sup>56</sup> Cette obligation de moyen est la transposition du principe de droit international public de la liberté accordée des États de se conformer, dans leur droit interne, à une décision d'une juridiction internationale mettant en œuvre leur responsabilité consécutive à la violation d'une norme internationale, cf. par ex. : CEDH, arrêt du 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, req. n° 10328/83, §78.

<sup>57</sup> Même lorsque le requérant indique à la Cour la meilleure façon pour l'État pour réparer le préjudice constaté, cette dernière refuse de le suivre (CEDH, arrêt du 20 septembre 1993, *Saïdi c. France*, req. n° 14647/89).

<sup>58</sup> CEDH, GC, arrêt du 28 octobre 1999, *Brumarescu c. Roumanie* (satisfaction équitable), req. n° 28342/95, §20.

<sup>59</sup> CEDH, arrêt du 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. 6833/74, §58. ; v. eg. arrêt du 25 février 1997, *Zc. Finlande*, req. n° 22009/93, §112 : « La décision déclaratoire pour l'essentiel [...] laisse à l'État le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'art. 53 ».

<sup>60</sup> CEDH, arrêt précité *Brumarescu c. Roumanie*, §20. V. eg. : GC, *Scorzari et Giunta c. Italie*, 13 juillet 2000, req. n° 39221/98 et 41963/98, §249.

d'une disposition de la Convention »<sup>61</sup>, un point essentiel dans le droit national de l'exécution de ses décisions.

**L'article 46 n'a pas d'effet général.** La portée des arrêts vis-à-vis des États tiers à la décision est plus ambiguë. Elle serait en principe nulle, puisque la décision ne vise que les parties, et que la doctrine de la marge nationale d'appréciation implique qu'en l'absence d'une condamnation, on ne peut présumer de l'inconventionnalité du droit d'un autre État. En d'autres termes, l'effet relatif impliquerait que les États, qui ne sont pas partie à l'instance, ne soient pas tenus par la décision du juge de Strasbourg. Portée à son extrémité, cette interprétation signifierait que la jurisprudence serait purement casuistique et concrète, et que, une fois exécuté, un arrêt ne produirait plus aucun effet dans le droit des États membres du Conseil de l'Europe. Il convient déjà de distinguer deux questions : est-ce que cette absence d'effet vaut seulement pour les États tiers à la procédure ou vaut-elle également pour l'ordre juridique de l'État qui a été condamné par la CEDH ? Assez rapidement, la jurisprudence est venue répondre négativement à la seconde. Dans l'arrêt *Vermeire contre Belgique*, la Cour a jugé qu'un État doit appliquer une précédente décision de la CEDH s'il constate « des faits si proches de ceux » anciens qu'ils semblent identiques, sans attendre que l'affaire aille devant le juge de Strasbourg<sup>62</sup>. La procédure de l'arrêt pilote ne constitue qu'un aboutissement de ce raisonnement en généralisant la portée d'une décision non pas à la situation des requérants dans l'État mais au droit de l'État.

L'autorité relative n'est donc pas absolue, c'est ce qui explique qu'une partie importante de la doctrine spécialisée dans le contentieux de Strasbourg lui préfère l'expression d'autorité de la chose interprétée<sup>63</sup>. Elle remonterait à des conclusions datant de 1998 du commissaire du Gouvernement Abraham, qui ne l'avait pourtant relevée que pour mieux la rejeter<sup>64</sup>. Nous reviendrons plus loin sur les raisons qui font que cette formulation ne nous paraît pas convaincante. Concernant l'effet d'une décision vis-à-vis des États tiers à l'affaire, ceux-ci seraient donc nuls. Statutairement, on l'a rappelé, la CEDH ne « dit » pas le droit européen des droits de l'Homme, même dans ses arrêts de condamnation, mais tranche juste une requête concernant l'application concrète de la CEDH. Ainsi, la reconnaissance de l'inconventionnalité d'une législation turque sur le port de signes religieux ne signifie pas que la même serait inconventionnelle en Pologne, en Italie ou en Allemagne. Le principe de subsidiarité,

---

<sup>61</sup> CEDH, 30 mars 2004, n° 69190/01, *Krcmar et a. c. République tchèque* ; CEDH, 1<sup>er</sup> mars 2005, n° 13677/03, *Komanicky c. Slovaquie*.

<sup>62</sup> CEDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, req. n° 12849/87, §25 : la Belgique est condamnée pour ne pas avoir respecté l'arrêt *Marck c. Belgique*. Cette jurisprudence sera appliquée à la France, v. arrêt du 22 février 1994, *Vallée c. France*, req. n°22121/93, §47, dans lequel la France est condamnée pour ne pas avoir respecté l'arrêt du 31 mars 1992, *X. c. France*, req. n° 18020/91.

<sup>63</sup> Cf. *GACEDH*, p. 921, §12 et la jurisprudence citée.

<sup>64</sup> « Cette thèse [de la valeur juridique contraignante des décisions de la CEDH], qui procède en réalité d'une transposition hasardeuse du système juridique communautaire, et qui repose sur le concept commode parce qu'ambigu d'"autorité de la chose interprétée", a pour principale faiblesse que ses partisans n'ont jamais réussi à la fonder sur une démonstration juridique rigoureuse, pour la simple raison qu'elle ne trouve aucun appui dans la Convention elle-même ». R. Abraham, « La non-indemnisation des servitudes d'urbanisme au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 3 juillet 1998, M. Bitouzet », *RFDA*, 1998, p. 1243.

qui structure le droit européen des droits de l'Homme, serait la principale limite à la reconnaissance d'une autorité de la chose jugée comparable à celle étatique.

## 2) La reconnaissance d'un effet relatif en droit national

**Le refus du juge national de reconnaître l'autorité de chose jugée aux arrêts de la CEDH.** Aux termes d'une jurisprudence constante, le Conseil d'État (CE) juge que les arrêts de la CEDH ne bénéficient pas de l'autorité de chose jugée en droit français<sup>65</sup>. Certes, il n'a jamais, à notre connaissance, utilisé l'expression « autorité relative » ou « autorité de la chose jugée ». Ce déni ne surprendra pas, car, dans le cadre de l'application directe des décisions des juridictions internationales, le juge fait traditionnellement œuvre de prudence. En principe, celles-ci servent à résoudre des conflits entre États et n'ont donc pas vocation à créer des droits pour les individus (elles sont dépourvues d'effet direct)<sup>66</sup>. On n'a d'ailleurs trouvé que deux exemples dans la jurisprudence administrative d'évocation de sentences internationales, qui toutes deux visent des décisions de collèges arbitraux<sup>67</sup>.

L'important arrêt du 4 octobre 2012, *M. Baumel*<sup>68</sup>, marque ainsi le début d'une clarification dans le sens le plus classique qui soit. Le Conseil d'État y rappelle qu'en application de l'article 46 CESDH :

« la complète exécution d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme condamnant un État implique, en principe, que cet État prenne toutes les mesures qu'appellent, d'une part, la réparation des conséquences que la violation de la convention a entraînées pour le requérant et, d'autre part, la disparition de la source de cette violation »<sup>69</sup>.

Le juge administratif précise que l'exécution ne peut, « en l'absence de procédures organisées » en droit interne, aboutir au réexamen d'une affaire définitivement jugée... sans violer l'effet exécutoire, donc l'autorité de chose jugée, du juge national<sup>70</sup> ! La Cour de cassation avait déjà adopté une position semblable<sup>71</sup>. Cette solution paraît logique : il ne peut exister deux autorités de chose jugée contradictoires sur une seule affaire. Or, comme la saisine du juge de Strasbourg intervient après que le

---

<sup>65</sup> CE, arrêt du 24 novembre 1997, *Ministre de l'Économie et des Finances c. Sté Amibu Inc*, n° 171929 ; Cf. eg. CE, sect., arrêt du 3 juillet 1998, *M. Bitouzet*, n° 158592.

<sup>66</sup> V. par ex.. CE, arrêt du 15 juin 2012, n° 357661, jugeant que l'invocation de la jurisprudence de la CIJ, parmi d'autres, était inopérante (l'arrêt est d'ailleurs inédit au recueil Lebon).

<sup>67</sup> TA Paris, arrêt du 11 avril 1972, *Di Menza c. État français*, JCP, 1973, II, 17370 ; CE, sect., 29 novembre 1974, *Ministre de l'Économie et des Finances c. Canino*, n° 87896 .

<sup>68</sup> CE, sect. n° 328502.

<sup>69</sup> Cons. 6.

<sup>70</sup> Cons. 7.

<sup>71</sup> Cass., soc., arrêt du 30 septembre 2005, *Lemoine c. SNCF*, n° 04-47.130 : « l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dont il résulte qu'un jugement rendu en matière civile et devenu définitif a été prononcé en violation des dispositions de la Convention n'ouvre aucun droit à réexamen de la cause ».

litige ait été jugé définitivement par le juge national (art. 35 CESDH)<sup>72</sup>, il existe par nature un contexte antagoniste, voire concurrentiel, entre ces deux juridictions, *a fortiori* lorsque l'on est face à un jugement de condamnation de l'État. À première vue, il n'existe donc en droit administratif ni autorité relative, ni même aucune autorité, aux décisions du juge européen.

**La possibilité pour les autorités d'exécution d'une sanction de tenir compte des décisions de la CEDH.** La jurisprudence *Baumet* sera complétée deux ans plus tard par l'important arrêt *Vernes*<sup>73</sup>, sans que l'on puisse y voir un véritable infléchissement. Le juge considéra que la reconnaissance par la CEDH de l'inconventionnalité d'une sanction administrative ne l'autorisait pas à l'annuler<sup>74</sup>, dès lors qu'elle serait devenue définitive. L'autorité ayant adopté la sanction n'est également pas tenue de revenir sur celle-ci, et seule l'autorité chargée de sa mise en œuvre peut juger de la pertinence du maintien de son exécution (la condamnation par Strasbourg étant considérée comme « un élément nouveau »). La suspension de l'exécution n'étant pas automatique, il faut que la victime fasse une nouvelle demande à cette autorité qui devra prendre une décision appréciée par rapport aux exigences de la CESDH. Tout est donc fait pour minimiser l'impact d'une condamnation de l'administration française, même si l'on voit mal comment le maintien d'une sanction qui fut déclarée illicite par la Cour de Strasbourg pourrait ne pas être suspendu. Certes, comme l'a souligné Mathias Guyomar, « il faut néanmoins reconnaître que la solution adoptée s'apparente à la reconnaissance d'un droit de présenter une demande de relèvement de la sanction infligée en cas de survenance d'un "élément nouveau" »<sup>75</sup>. Le juge administratif aurait pu aller plus loin et enjoindre à l'administration de non seulement accueillir la demande, mais aussi de se conformer à la jurisprudence de la Cour<sup>76</sup>.

De cette première lecture de la jurisprudence administrative relative à l'exécution des arrêts de la CEDH peut se dégager l'idée que le juge « s'en laverait les mains ». La responsabilité de l'exécution est portée devant le CMCE par les autorités nationales qui seules sont légitimes. Par exemple, dans le cas de l'arrêt *Baumet*, l'organe du Conseil de l'Europe s'était prononcé favorablement sur l'exécution de l'arrêt 2007<sup>77</sup>, quatre mois avant que le Conseil d'État ne rende sa décision<sup>78</sup>. On va voir que la réalité est plus complexe.

## **B) Le constat d'une autorité intégrée**

<sup>72</sup> La Cour autorise néanmoins sa saisine sur le motif du « recours utile » CEDH, GC, arrêt du 18 décembre 1996, *Akđinar et autres c. Turquie*, (req. n° 21893/93).

<sup>73</sup> CE, Ass., arrêt du 30 juillet 2014, *M. Vernes*, n° 358564, note M. Guyomar, « Le Conseil d'État précise l'étendue de l'obligation d'exécution d'un arrêt de condamnation de la Cour européenne s'agissant d'une sanction administrative européenne s'agissant d'une sanction administrative », *Gazette du Palais*, 25 septembre 2014, n° 268, p. 19.

<sup>74</sup> CEDH, arrêt du 20 juillet 2011, *Vernes c. France*, req. n° 30183/06.

<sup>75</sup> M. Guyomar, « Le Conseil d'État précise l'étendue de l'obligation d'exécution... », *op. cit.*

<sup>76</sup> L. Milano, « Nouvelle étape dans le renforcement de l'exécution des arrêts de la Cour EDH », *JCP G*, n° 43, 20 octobre 2014, p. 1089.

<sup>77</sup> CEDH, arrêt du 24 juillet 2007, *Baumet c. France*, req. n° 56802/00.

<sup>78</sup> CMCE, Résolution du 6 juin 2012, CM/ResDH(2012)80.

Comparée à celle des juridictions internes, l'autorité de chose jugée des décisions de la CEDH apparaît donc bien moins efficiente... si l'on considère que la comparaison est tenable ! Et, malgré les progrès accomplis depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, la justice internationale n'est pas encore équivalente à celle étatique, comme le droit international n'est pas analogue au droit national. C'est même une tout autre logique qui domine l'exécution des décisions de justice internationale en général, et européenne en particulier<sup>79</sup>. Imagine-t-on le pouvoir politique chargé de vérifier la bonne exécution d'une décision de justice ? Ainsi que le relève la doctrine, « les juridictions nationales ne sont pas, par rapport à la Cour de Strasbourg, dans une situation de subordination de la nature de celle qui peut exister au sein d'un ordre juridique national »<sup>80</sup>. Et si l'autorité du juge national diffère de celle du juge international, c'est bien pour cette raison. Toutefois, cette spécificité ne signifie pas que l'influence du juge strasbourgeois sur le juge national est faible, comme elle ne signifie pas que la justice européenne ne serait pas une « vraie » justice (et que le droit international ne serait pas un « vrai » droit). D'après le Conseil d'État, 40 % des décisions rendues par le juge administratif le sont au visa de la CESDH<sup>81</sup>.

La réalité de l'exécution des décisions de la CEDH est plus contrastée que le laisse croire le consensus général et, tout en tenant compte de cette complexité, nous proposons de rejeter le concept d'autorité relative pour lui préférer celle d'autorité *intégrée*. On veut par ce qualificatif faire référence au fait qu'il s'agisse de décisions d'un ordre juridique international intégré au droit interne, et non de celles de l'ordre juridique national. Si la notion mériterait d'être approfondie plus longuement, on peut lui attribuer deux caractéristiques que l'on retrouve ici. L'exécution d'une décision de la CEDH a toujours une portée individuelle parce qu'elle tranche le conflit entre le requérant et l'État. Mais elle peut avoir une portée générale susceptible d'intéresser l'ensemble des États membres du Conseil de l'Europe. Cette distinction, que Théo Brillanti-Derrien désigne dans l'article qui précède comme l'effet subjectif et l'effet objectif, peut également être comprise dans une dimension plus substantielle, qui discerne entre l'effet immédiat (1) et l'effet médiate des décisions (2).

## 1) La reconnaissance logique d'un effet immédiat

L'effet immédiat est la raison d'être de l'instauration de la CEDH. Alors qu'à la lecture des textes, on pourrait penser que celui-ci est seulement concret, la jurisprudence de ces dernières décennies montre le développement de son pendant

---

<sup>79</sup> P.-Y. Gautier, « De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme », *D.*, 2005, 2773.

<sup>80</sup> F. Donnat et D. Cassas « Quelles conséquences tirer d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 6-1 ? », *AJDA*, 2004, p. 440.

<sup>81</sup> Ce qui ne signifie pas, bien évidemment, que 40 % des décisions du CE sont rendues en application de la CESDH, mais seulement qu'un de ses articles a été soulevé par une des parties. Il y a donc bien chez les justiciables, et leurs conseils, une importance fondamentale de ce texte et de la jurisprudence chargée de l'appliquer.

abstrait (a). Malgré le rejet de principe de l'autorité de chose jugée de la CEDH, le juge national a bien pris en compte ces deux aspects de l'effet immédiat (b).

### **a) Un effet immédiat dual**

**Un effet immédiat concret explicite.** Un arrêt de condamnation produit indéniablement un certain nombre d'effets immédiats, qui ne se singularisent pas de ceux des juridictions nationales. Rappelons que, pour celles-ci, « en principe, l'autorité de la chose jugée se limite au dispositif du jugement », qui n'a d'autorité que « relativement à la contestation qu'il tranche »<sup>82</sup>. Les décisions de la CEDH possèdent cet effet *concret*, que l'on désigne comme « immédiat » parce qu'il est fondé directement sur l'arrêt (et non parce qu'il est exécuté rapidement). Cet effet immédiat peut comprendre les trois fonctions d'exécution issues de l'arrêt *Usine de Chorzów* que nous avons rappelé en introduction. Elles ne sont ni cumulatives, ni totalement autonomes.

La première est la plus importante, il s'agit de la *cessation* de l'illicite. En cas de condamnation, l'État doit rétablir dans ses droits le justiciable à l'origine de l'affaire. Si ce n'est pas possible, notamment parce que la décision est devenue définitive et qu'il n'existe pas de procédure de réouverture, l'État a l'obligation de *réparer* par l'allocation d'une compensation pécuniaire à la victime (art. 41 CESDH). Cette deuxième forme d'exécution, qui constitue à tort ou à raison l'un des aspects les plus attractifs pour le justiciable, n'est pas systématique. La justice de Strasbourg reste encore éloignée du modèle anglo-saxon (et notamment américain), puisque le préjudice moral du justiciable n'est souvent réparé que symboliquement<sup>83</sup>.

**Un effet immédiat abstrait prétorien.** La troisième obligation, de *non-répétition* de l'illicite, recèle des enjeux plus importants pour l'exécution de l'arrêt : il s'agit pour l'État de modifier son droit existant afin d'éviter de futures violations<sup>84</sup>, et *in fine* des condamnations à répétition. On sort dès lors d'une dimension purement concrète pour rentrer dans une dimension plus abstraite, puisque c'est l'application générale du droit national qui est considérée comme illicite, l'affaire individuelle ne venant que révéler celle-ci<sup>85</sup>. Sans être véritablement exclue par l'article 46§1 (qui ne prévoit ni effet concret, ni effet abstrait)<sup>86</sup>, l'exécution abstraite était sans doute absente de l'esprit des auteurs de la Convention qui voyaient, dans l'institution de la Cour, une simple garantie

<sup>82</sup> L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, Lexis-Nexis, coll. Manuel, 11<sup>e</sup> éd., 2020, p. 685, les auteurs soulignent.

<sup>83</sup> La Cour estime ainsi souvent que la reconnaissance officielle de la violation est suffisante pour réparer ce préjudice moral... V. par ex. CEDH, arrêt du 8 juin 1995, *Jamil c. France*, req. n° 15917/89, §39.

<sup>84</sup> CEDH, arrêt du 6 juillet 2006, *Salab c. Pays-Bas*, req. n° 8196/02, §7 ; GC, arrêt du 7 février 2013, *Fabris c. France*, req. n° 16574/08, §75.

<sup>85</sup> CEDH, GC, arrêt du 4 décembre 2008, *Dickson c. RU*, req. n° 44362/04, §84 ; GC, arrêt du 16 mars 2010, *Carson c. RU*, req. n° 42184/05, §62. Dans ces arrêts la Cour se prononce plus sur la compatibilité de la législation britannique avec la CESDH que l'atteinte constatée aux droits individuels.

<sup>86</sup> On admet bien volontiers l'aspect plus dogmatique que juridique de la distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret. Il ne semble pas si opérationnel que ça dans la pratique, notamment pour les juges (ainsi que l'a montré en France l'affaire sur la jurisprudence *Gonzalez Gomez* du Conseil d'État).

collective<sup>87</sup>, et non pas le juge suprême des droits de l'Homme en Europe<sup>88</sup>. On peut toutefois la fonder en interprétant de façon libérale l'article 32§1<sup>89</sup> et surtout l'article 35§3b)<sup>90</sup>. Mais il est certain que la Cour n'a pas le droit de prononcer l'inconventionnalité *erga omnes* d'une norme nationale, et elle n'a d'ailleurs jamais prétendu l'avoir.

Le juge de Strasbourg a sensiblement tenté au cours de son histoire d'encourager cette forme d'exécution abstraite. Un de ses succès réside sans doute dans son imposition de la procédure des « arrêts pilotes », consacrée par l'arrêt *Bronionski c. Pologne*<sup>91</sup>. L'audace jurisprudentielle fut acceptée par les organes du Conseil de l'Europe comme par les États membres<sup>92</sup>, et plus d'une trentaine d'autres affaires ont depuis été traitées<sup>93</sup>. En février 2011, l'adoption d'un nouvel article 61 dans le Règlement de la Cour a formalisé la façon dont elle traite les violations systémiques ou structurelles des droits de l'homme révélées par une requête individuelle (généralement démultipliée). La procédure de l'arrêt pilote a des conséquences exceptionnelles concernant l'autorité des décisions de la Cour. Désormais, elle s'est autorisée à déclarer *in abstracto*, à l'occasion d'une requête individuelle, l'inconventionnalité d'une partie du droit national<sup>94</sup>, sans toutefois que cette reconnaissance aboutisse à une annulation. C'est peu surprenant étant donné que, dans le cadre de sa surveillance de l'exécution, le CMCE prend en compte les « mesures de caractère individuel » et les « mesures de caractère général » pour décider ou non de clôturer l'affaire<sup>95</sup>.

Sans aller jusqu'à se reconnaître un pouvoir d'injonction, la Cour prescrit des recommandations, des suggestions de réforme, de plus en plus précises à destination des États parties. Elle a par exemple incité la Turquie à modifier sa réglementation sur l'usage des grenades lacrymogènes<sup>96</sup>. Dans certains champs de la Convention, comme les conditions de détention des détenus, la CEDH s'inspire formellement des conclusions du Comité de prévention de la torture du Conseil de l'Europe pour imposer aux États parties non seulement des recours effectifs, mais aussi, depuis

---

<sup>87</sup> L'expression, très présente dans les travaux préparatoires, a été consacrée dans l'arrêt précité *Irlande c. RU*, §239. Elle n'est pas systématique.

<sup>88</sup> Ainsi lors des travaux préparatoires, la Commission estimait que « la Cour ne fonctionnera en aucune manière comme une Cour de cassation supérieure compétente pour connaître de toute erreur de droit ou de fait reproché à l'arrêt [national] attaqué », CDH (70)32, p. 9 de la version française.

<sup>89</sup> « La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles ».

<sup>90</sup> La saisine est irrecevable lorsque « le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond ».

<sup>91</sup> CEDH, GC, arrêt du 22 juin 2004, req. n° 31443/96, *GACEDH*, n° 74, p. 913 et *sq.*

<sup>92</sup> Les États évitent ainsi les multiples condamnations et le Conseil de l'Europe l'engorgement de la Cour.

<sup>93</sup> C. Gauthier, « L'exécution des arrêts de la Cour... », *op. cit.*, p. 242 ; *GACEDH*, 10<sup>e</sup> éd., n° 74, §21.

<sup>94</sup> Elle permet ainsi de trancher en une fois un contentieux de masse (l'affaire *Bronionski*, rappelons-le, concernait près de 80 000 personnes),

<sup>95</sup> La surveillance de l'exécution des mesures générales est prévue par les *Règles du Comité des ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables*, adoptées le 10 mai 2006 (règle n° 6,2.,b.ii.).

<sup>96</sup> CEDH, arrêt du 22 juillet 2014, *Ataykaya c. Turquie*, req. n° 50275/08, §73.



l'important arrêt *Torreggiani et autres c. Italie*<sup>97</sup>, de modifier les conditions de détention<sup>98</sup>. Elle donne ainsi à des recommandations techniques de droit souple la portée d'une exigence conventionnelle d'effet direct<sup>99</sup>.

### ***b) Un effet immédiat accepté par le juge national***

**L'acceptation relative par le juge national de l'effet immédiat concret.** Si le deuxième type d'exécution – la compensation – ne pose pas de difficulté pour le juge national, car il est de la responsabilité des autorités exécutives<sup>100</sup>, ce n'est pas le cas de la première. La jurisprudence *Baumet*, lue strictement, semble radicalement incompatible avec la reconnaissance de cet effet concret des décisions de la Cour. De nombreux exemples montrent néanmoins que la jurisprudence sur l'absence d'autorité de la chose jugée du juge européen est appliquée avec souplesse par le juge. On peut trouver des traces d'une lecture plus favorable dans plusieurs arrêts concernant l'extradition notamment. Ainsi, si l'arrêté national est déclaré contraire à la CESDH par la Cour, notamment pour violation de l'article 3, l'extradition ne peut être effective, à la différence donc des sanctions administratives. Certes, le maintien sur le territoire n'est pas assuré, et un nouvel arrêté peut être adopté, à la condition qu'il respecte cette fois-ci les droits de l'extradé. Le Conseil d'État a notamment annulé un nouvel acte se prévalant d'éléments nouveaux, mais pour l'examen desquels la chambre de l'instruction n'avait pas été saisie<sup>101</sup>. Cette jurisprudence a été consolidée peu après puisque la Haute Juridiction a reconnu qu'une condamnation par le juge de Strasbourg constituait « une circonstance nouvelle justifiant le réexamen de la situation de cette personne par l'OFPRA, sous le contrôle de la Cour nationale du droit d'asile »<sup>102</sup>. Elle semble surtout prendre ici toute la mesure de l'autorité des décisions de la CEDH :

« La complète exécution de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme implique nécessairement, non seulement que les autorités compétentes s'abstiennent de mettre à exécution la mesure d'éloignement, mais aussi, à tout le moins, que, sauf changement de circonstances et sous réserve de l'application de l'article L. 712-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, la protection subsidiaire lui soit accordée »<sup>103</sup>.

<sup>97</sup> CEDH, GC, arrêt du 8 janvier 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, req. n° 43517/09 et s., §30.

<sup>98</sup> CEDH, arrêt 25 novembre 2014, *Vasilescu c. Belgique*, req. n° 64682/12, §67.

<sup>99</sup> L'obligation d'avoir des cellules collectives de 4 m<sup>2</sup> au minimum est ainsi devenue une obligation positive.

<sup>100</sup> À l'exception du cas où les autorités tardent à exécuter l'octroi de la compensation pécuniaire décidée par la CEDH, et où le juge national sera compétent pour en demander l'exécution forcée. Mais cette situation, surtout en France, semble très improbable.

<sup>101</sup> CE, sect., arrêt du 22 décembre 2017, *M. R.*, n° 408811. La France avait été condamnée auparavant, v. CEDH, arrêt du 30 mai 2013, *Rafaa c. France*, req. n° 25393/10. Le Gouvernement français avait décidé d'extrader ce combattant du Front Polisario après que le Gouvernement marocain lui ait donné des « garanties orales » qu'il ne serait pas torturé au Maroc.

<sup>102</sup> CE, 3 octobre 2018, *M. Muingi* n° 406222, cons. 6.

<sup>103</sup> *Idem*.

La liberté de moyen de la France pour exécuter la décision de la CEDH est ici bien limitée ! Certes, cette exécution « renforcée » a été motivée par le fait qu’était en jeu l’extradition d’un individu qui risquait de subir des actes de torture ou de mauvais traitements, ce qui justifie sans doute une protection particulière du juge français. D’ailleurs, dans le domaine des mesures provisoires qui peuvent être décidées par la Cour (article 39 du Règlement) comme l’interdiction d’expulsion tant que l’affaire n’a pas été jugée au fond, si le juge administratif n’est pas tenu par cette décision – puisqu’elle n’est pas définitive –, il incombera à l’administration de ne pas exécuter de décision d’expulsion tant que la CEDH n’aura pas mis fin à ces mesures provisoires<sup>104</sup>.

**La nécessité acceptée par le législateur d’opérer des modifications du droit interne.** Les condamnations individuelles ont, très rapidement, conduit la France à adopter des modifications normatives importantes, c’est-à-dire d’agir comme si la Cour avait déclaré ces dernières inconstitutionnelles en droit national. Il serait impossible d’en faire ici la liste<sup>105</sup>, aussi rappelons rapidement trois cas symboliques dans différents domaines du droit. D’abord, l’adoption de la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances est la conséquence immédiate de l’arrêt *Kruslin*<sup>106</sup>. Ensuite, la condamnation de la France dans l’arrêt *Mazurek*<sup>107</sup>, qui avait jugé discriminatoire la différence de traitement entre enfants adultérins et légitimes, a conduit à la réforme du 3 décembre 2001 abrogeant les dispositions jugées inconstitutionnelles. Enfin, la loi du 14 avril 2011 modifiant en profondeur le régime de garde à vue (assistance de l’avocat, droit au silence) fait suite à une condamnation de la France<sup>108</sup>, qui avait été anticipée par le Conseil constitutionnel<sup>109</sup> (nous y reviendrons).

**La nécessité acceptée par le juge national d’opérer des revirements de jurisprudence.** Si le législateur se sent obligé d’exécuter un arrêt par l’adoption d’une nouvelle norme, le juge peut effectuer un revirement de jurisprudence. Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 16 décembre 1999, formule un nouvel objectif de valeur constitutionnelle d’accessibilité et d’intelligibilité de la loi<sup>110</sup>. Or, la CEDH, dans l’affaire *Kruslin* déjà citée, érigeait en principe l’obligation que la loi soit tout à la fois accessible et lisible<sup>111</sup>. On citera également le contentieux sur la question des validations législatives, qui avait occasionné une retentissante condamnation de la France en 1999<sup>112</sup>, et poussé le juge constitutionnel à changer sa jurisprudence<sup>113</sup>, puis le Conseil

---

<sup>104</sup> CE, ref., ord. du 30 juin 2009, *Beghal*, n° 328879.

<sup>105</sup> On renverra le lecteur intéressé à la (longue) thèse de Didier Girard, *La France devant la Cour européenne des droits de l’Homme* (publiée en 2015 chez L’Harmattan, coll. Logiques Juridiques, 678 p.).

<sup>106</sup> CEDH, arrêt du 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, req. n° 11801/85. La Cour de cassation avait, avant l’adoption de la nouvelle loi, déjà opéré un revirement suivant ainsi une recommandation du ministère de la Justice (note du 27 avril 1990, citée in *RUDH*, 1990, n° 4, p. 164 et *sq.*).

<sup>107</sup> CEDH, arrêt du 1<sup>er</sup> février 2000, *Mazurek c. France*, req. n° 34406/97.

<sup>108</sup> CEDH, arrêt du 14 octobre 2010, *Brusco c. France*, req. n° 1466/07.

<sup>109</sup> CC, décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*.

<sup>110</sup> CC, décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, cons. 13.

<sup>111</sup> CEDH, arrêt précité *Kruslin*, §26.

<sup>112</sup> CEDH, arrêt du 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c. France*, req. n° 24846/94 et 34165/96.

<sup>113</sup> CC, décision n° 99-425 DC du 29 décembre 1999, *Loi de finances rectificative pour 1999*.

d'État<sup>114</sup>. On trouvera nombre de revirements du juge administratif qui ne font que s'adapter à une condamnation de la CEDH<sup>115</sup>, même lorsque le droit national était ancien<sup>116</sup>. Il n'est d'ailleurs pas aisé de toujours savoir quelle est sa cause, puisque la référence à la jurisprudence de la CEDH était jusqu'à récemment absente des décisions<sup>117</sup>. C'est ce que l'on désigne comme « la technique du silence » de juge. Après une première référence du juge des référés<sup>118</sup>, un arrêt de 2007 a pour la première fois inscrit la formulation « telle qu'interprétée par la Cour »<sup>119</sup>. Et depuis, le juge l'a utilisée avec parcimonie, puisqu'on ne l'a relevé que dans cinq arrêts seulement (nous y reviendrons), et seulement une fois pour répondre à une condamnation de la France<sup>120</sup>. La situation est un peu plus claire devant le juge judiciaire, qui a également opéré de nombreux revirements sous l'influence des condamnations de la France. Par, exemple, la Cour de cassation a reconnu aux transsexuels le droit à la modification de leur état civil<sup>121</sup>, suite à une condamnation de la CEDH<sup>122</sup>.

On peut expliquer ces réactions du législateur comme des juges nationaux par pragmatisme et la volonté d'éviter des condamnations à répétition. Il faudrait aussi en tirer toutes les conséquences : malgré le caractère concret du contrôle de Strasbourg, l'inconventionnalité n'est pas toujours due à une mauvaise application du droit national, mais elle peut être la conséquence d'une application conforme au droit national. Si, dans le premier cas, l'exécution concrète se suffit à elle-même, dans le second, l'exécution ne peut qu'induire une modification de ces normes nationales, parfois directement suggérée par la Cour. Prenons un dernier exemple. Dans l'affaire *Brusco contre France*, la Cour affirme : « la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires »<sup>123</sup>. Dès lors que le droit français interdisait cette assistance, la seule façon d'exécuter correctement l'arrêt était de changer la loi. Il existe donc bien une autorité immédiate de la chose jugée qui dépasse le seul cadre de l'affaire portée à Strasbourg.

## 2) La reconnaissance inévitable d'un effet médiate

<sup>114</sup> CE, arrêt du 23 juin 2004, *Société Laboratoires Génévrier*, n° 257797

<sup>115</sup> V. not. la jurisprudence citée in *GACEDH*, 10<sup>e</sup> éd., n° 74, §16.

<sup>116</sup> V. par ex., la condamnation de la France à propos du droit de chasser sur la propriété d'autrui, prévu par la loi du 10 juillet 1964 – dont les origines datent de la Révolution – (CEDH, GC, arrêt du 29 avril 1999, *Chassagnou*, req. n° 25088/94 et s.), et qui sera appliqué par le Conseil d'État (arrêt du 27 octobre 2000, *Vignon*, n° 172639).

<sup>117</sup> L'arrêt pouvait néanmoins viser l'interprétation de la Cour pour rendre compte d'un moyen du requérant, v. CE, arrêt 15 juin 2006, n° 293356, et, plus réc. arrêt du 29 mars 2019, n° 429028.

<sup>118</sup> CE, ref., ord. du 24 février 2006, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection du lac de Sainte Croix* req. n° 289394 (visa sur l'arrêt 8 avril 2003, *Mocic c/France*).

<sup>119</sup> CE, arrêt du 25 mai 2007, n° 296327.

<sup>120</sup> CE, arrêt du 13 février 2013, n° 361401, cons. 15 (référence à l'arrêt *Popov c. France*).

<sup>121</sup> Cass., AP, arrêt du 11 décembre 1992, n° 91-11.900. Ce droit avait été refusé moins de deux ans auparavant, Cass. 1<sup>ère</sup> civ., arrêt du 21 mai 1990, n° 88-12.829.

<sup>122</sup> CEDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, req. n° 13343/87.

<sup>123</sup> CEDH, arrêt précité *Brusco c. France*, §45.

L'exécution d'un arrêt de condamnation de la France peut donc conduire à un changement des normes internes, ou de leur interprétation. Si ce constat n'est pas original, tout autre est la question de savoir si, suite à un arrêt condamnant un autre État partie à la CESDH, la France devrait être obligée de l'exécuter, c'est-à-dire de réformer son droit. Cet effet médiat – car il ne vise pas directement la France – des décisions de la Cour, constitue indéniablement une réalité dans notre jurisprudence nationale (a). Elle est pourtant difficile à justifier par la doctrine de l'autorité limitée des arrêts de la Cour. Elle ne peut se comprendre que dans le cadre du contexte d'intégration du droit de la CESDH en droit interne (b).

### **a) L'exécution par anticipation des arrêts ne visant pas la France**

L'exécution d'un arrêt de la CEDH qui ne vise pas la France rentre dans la catégorie des exécutions par anticipation. En effet, le juge national anticipe alors un risque de condamnation. Il s'agit d'une quatrième forme d'exécution qui n'avait pu être pensée par la CPIJ au début du XX<sup>e</sup> siècle. Bien que cette exigence ne soit pas prévue par le texte de la CESDH (I.), il est clair qu'elle est suivie par le juge national (II.).

#### *I. Une exigence informelle du droit européen des droits de l'Homme*

C'est la Cour qui, petit à petit, va établir le caractère contraignant de l'exécution par anticipation. Si le juge national n'y fait pas référence dans ses arrêts, les plus hauts magistrats administratifs ont publiquement reconnu son existence.

**L'anticipation exigée par la jurisprudence européenne.** Dès l'arrêt *Irlande c. RU* de 1978, la Cour reconnaissait une portée à ses arrêts qui ne se limitait pas à celle du cas tranché<sup>124</sup>. À cette occasion, elle a reconnu que la CESDH n'était pas un traité international comme les autres :

« À la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une "garantie collective" »<sup>125</sup>.

Cet effet médiat irrigue l'ensemble de la jurisprudence de la Cour : les principes généraux d'interprétation de la Convention, telle la reconnaissance des notions autonomes à partir de l'arrêt *Engel*<sup>126</sup>, visent directement les États. Or, ils ne peuvent être pensés dans une approche purement casuistique et concrète de sa jurisprudence, mais abstraite et générale. La CEDH a surtout constamment tenté de donner à ses

<sup>124</sup> CEDH, arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. RU*, req. n° 5310/71, §54 : «[les] arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes ».

<sup>125</sup> *Ibid.*, §239, nous soulignons.

<sup>126</sup> CEDH, arrêt du 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, req. n° 5100/71, §81.

arrêts une autorité supérieure à celle *inter partes*. Les États ont ainsi une obligation de surveillance de la jurisprudence qui peut être *a minima* déduite de l'important arrêt *Modinos c. Chypre*<sup>127</sup>. Ici, suite à l'arrêt *Dudgeon* qui avait condamné le Royaume-Uni pour sa pénalisation des relations homosexuelles<sup>128</sup>, la CEDH condamna douze ans plus tard Chypre pour le maintien de telles dispositions dans son droit national. Par la suite, elle s'appuiera sur le principe de prééminence du droit pour fonder l'interdiction faite aux États de justifier leur méconnaissance de la jurisprudence européenne au motif que cette dernière avait, jusqu'à présent, visé d'autres États membres<sup>129</sup>. Cette exigence n'est pas une simple recommandation et permet de fonder une condamnation, même lorsqu'il s'agit pour le juge national d'interpréter un acte très ancien<sup>130</sup>.

Enfin, la Cour a reconnu que les États ont l'obligation d'adopter un droit compatible avec la Convention<sup>131</sup>. Elle n'est pas allée jusqu'à écrire qu'il s'agissait de la CESDH *telle qu'elle l'interprète*, toutefois il est difficile de comprendre cette jurisprudence autrement. La CEDH encourage les États dans cette voie, en précisant cette fonction médiate, par exemple dans son affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*<sup>132</sup>. Il serait nécessaire, pour confirmer cette hypothèse, d'analyser l'obligation d'anticipation à la lumière du principe de subsidiarité, et de la théorie de la marge nationale d'appréciation des États. Sous l'angle argumentatif, de sociologie jurisprudentielle, l'affirmation de cet effet médiat est confortée par le fait que la Cour a rapidement pris l'habitude de s'autociter (et massivement). Il y a là sans doute la volonté de justifier ses raisonnements, comme le font toutes les juridictions soumises à la pression du maintien du « précédent »<sup>133</sup>. Néanmoins, la conception même des décisions implique pour les États de considérer le droit de la CESDH non pas comme un droit individuel, mais comme un droit européen qui doit être appliqué de façon collective. La doctrine a pu soutenir que ce type de condamnation s'expliquait par « l'analogie des espèces »<sup>134</sup>, bien que cette explication n'emporte pas l'adhésion. Notamment parce que c'est l'interprétation du droit national par la Cour qui est en jeu, et non la similarité des faits. Ainsi, dans l'arrêt *Modinos*, la Cour admet que, suite à une interprétation de la Cour suprême chypriote postérieure à l'arrêt *Dudgeon*, le ministère public ne lançait plus de poursuite pour cause

<sup>127</sup> CEDH, arrêt du 22 avril 1993, *Modinos c. Chypre*, req. n° 15070/89, §20 à 24.

<sup>128</sup> CEDH, arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n° 7525/76.

<sup>129</sup> CEDH, arrêt du 30 juillet 1998, *Valenzuela Contreras c. Espagne*, req. n° 58/1997/842/1048, §60.

<sup>130</sup> CEDH, arrêt du 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c. Andorre*, req. n° 69498/01. La Cour a reproché aux juges andorrans de ne pas avoir appliqué sa jurisprudence constante à l'interprétation d'un testament datant de 1939.

<sup>131</sup> Pour la première fois, selon nous : CEDH, GC, arrêt 17 février 2004, *Maestri c. Italie*, req. n° 39748/98, §47. Affirmation reprise *in* arrêt du 10 juin 2008, *Martins Castro et Alves Correia de Castro c. Portugal*, req. n° 33729/06, §62.

<sup>132</sup> CEDH, arrêt du 7 janvier 2010, *Rantsev c. Chypre et Russie*, req. n° 25965/04), §197 : « Les arrêts de la Cour servent (...) non seulement à statuer sur les affaires dont elle est saisie, mais plus généralement à clarifier, sauvegarder et étoffer les normes de la Convention, contribuant ainsi au respect par les États des engagements pris par eux en leur qualité de Parties contractantes ».

<sup>133</sup> La Cour affirme néanmoins ne pas être liée par ses précédents : arrêt du 27 octobre 1990, *Cossey c. RU*, req. n° 10843/84, §35. L'autocitation permet de renforcer la motivation en affichant ainsi une cohérence et une continuité, que l'on peut voir comme une marque tant du principe d'égalité que de celui d'indépendance et d'impartialité.

<sup>134</sup> *GACEDH*, 10<sup>e</sup> éd., p. 939, §12.

d'homosexualité<sup>135</sup>. Cependant, le juge de Strasbourg estime que, tant que la norme pénalisant l'homosexualité est maintenue formellement dans le droit chypriote, il existe un risque de poursuite qui justifie son inconvencionnalité<sup>136</sup>.

Si l'effet médiat semble contraire à l'article 46, il a été validé par les États parties, notamment lors de la réunion de la « Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme », qui a abouti à la *Déclaration d'Interlaken* du 19 février 2010. Celle-ci prévoit que tous les États doivent tenir compte de la jurisprudence de la Cour, notamment lorsque « leur ordre juridique soulève le même problème de principe » que celui ayant abouti à une condamnation<sup>137</sup>. En outre, en 2015, le Conseil de l'Europe a créé, parmi d'autres initiatives<sup>138</sup>, un « réseau d'échange d'informations sur la jurisprudence avec les cours supérieures nationales »<sup>139</sup>, auxquels participent le Conseil d'État et la Cour de cassation (mais pas le Conseil constitutionnel).

**L'anticipation avouée des décisions de la CEDH par les hauts magistrats français.** L'application par le juge national des décisions de la CEDH ne visant pas la France est rarement assumée dans ses arrêts, bien que l'on distinguera l'ordre administratif de celui judiciaire. Pour le premier, le vice-président Sauvé a déclaré, en 2010 lors de l'ouverture solennelle de l'année judiciaire à Strasbourg :

« La préservation du système de la Convention crée également de grands devoirs aux juges internes et aux États. Ils se doivent de poursuivre les efforts qu'ils ont entrepris dans le sens d'une application rapide et complète, non seulement de vos arrêts, mais aussi plus largement de votre jurisprudence. Il leur appartient, au premier chef, de prévenir, d'examiner et de redresser les violations de la Convention. Cela passe par la poursuite de la mise à niveau des lois et règlements nationaux incompatibles avec votre jurisprudence et par l'instauration de voies de recours effectives permettant de donner leur pleine portée aux droits garantis par la Convention. Les juges nationaux ont aussi un devoir de coopération loyale avec votre Cour, qui doit conduire à envisager la reconnaissance de l'autorité interprétative de ses arrêts et donc d'effets *erga omnes*, indépendamment de l'autorité de chose jugée entre les parties »<sup>140</sup>.

Déclaration surprenante, pour au moins trois raisons. D'abord parce que le principe de coopération loyale est un principe juridique... en droit de l'Union européenne ! Il est totalement absent de la CESDH et de la jurisprudence de la Cour<sup>141</sup>. Ensuite parce que le haut magistrat affirme que l'effet *erga omnes* est indépendant de l'autorité de la chose jugée, ce qui est hétérodoxe. Enfin, force est de constater que le

<sup>135</sup> CEDH, arrêt précité *Modinos*, §20 à 21.

<sup>136</sup> *Ibid.*, §23 à 24.

<sup>137</sup> Cf. Déclaration d'Interlaken, p. 3, point c).

<sup>138</sup> Le Comité directeur pour les droits de l'homme (DG1) a mis en place un programme HELP qui vise à la formation des juges (généralement issus des pays de l'Est) à la jurisprudence de la CEDH, au moyen de stages d'un an au sein de la Cour. D'autres formations universitaires sont organisées par le Comité d'experts sur le système de la convention européenne des droits de l'homme.

<sup>139</sup> Communiqué de presse du greffier de la CEDH, 5 octobre 2015.

<sup>140</sup> Intervention du 29 janvier 2010 à Strasbourg [en ligne], p. 10.

<sup>141</sup> On le trouve une fois sous la plume des juges ayant rédigé l'opinion dissidente sous le célèbre arrêt *Ocalan c. Turquie* du 12 mai 2005 (req. n° 46221/99). F. Sudre parle également de « loyauté conventionnelle » dans son *Droit international et européen des droits de l'Homme*, op. cit., 14<sup>e</sup> ed., 2019, p. 392.

vice-président du Conseil d'État ne décrit pas la jurisprudence de son institution, c'est-à-dire une autorité limitée des arrêts, mais bien son opposé ! Sans doute heureux de cette déclaration, Jean-Paul Costa, président de la Cour, a répondu que « les obligations des États » comprenaient « l'engagement de se conformer aux arrêts de la Cour au minimum dans les litiges auxquels les États sont parties, et de plus en plus lorsque des arrêts identifient, pour d'autres États, des dysfonctionnements analogues ». On retrouve également un constat peut être plus clair chez le Président Robineau : « en pratique, on peut constater que le Conseil d'État s'efforce de se conformer à la jurisprudence de la Cour à laquelle il reconnaît, sinon en droit du moins en fait, des effets *erga omnes* »<sup>142</sup>. Cet aveu est à rapprocher de propos rapportés par Ariane Vidal-Naquet d'un ancien Secrétaire général du Conseil constitutionnel pour qui « aucune décision n'est prise sans une analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme »<sup>143</sup>.

## II. L'anticipation des arrêts de la CEDH par le juge national

**Une référence formelle aux arrêts de la CEDH variable selon les juridictions.** Le juge administratif n'a explicité formellement qu'une seule fois jusqu'à présent son exécution médiate de la jurisprudence de la CEDH<sup>144</sup>. Il lui est plus souvent arrivé, comme on l'a souligné, de se référer à la jurisprudence de la Cour sans préciser l'arrêt visé<sup>145</sup>, ce que l'on peut comprendre comme un renvoi à l'intégralité de la jurisprudence de Strasbourg. Par comparaison, la jurisprudence de la Cour de cassation reconnaît de façon claire cet effet médiate<sup>146</sup>. Dans un arrêt d'assemblée plénière du 15 avril 2011, constatant que la Turquie avait été condamnée pour un régime proche de celui français<sup>147</sup>, elle a indéniablement anticipé : « les États adhérents à cette Convention sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation »<sup>148</sup>. Un auteur y voit la reconnaissance d'un véritable effet *erga omnes* des décisions de la CEDH, sans tout à fait convaincre<sup>149</sup>. Le juge civil avait déjà précisé, dès 1984, que les articles de la CEDH invoqués devaient être appliqués « tel qu'interprétés par la Cour », d'abord en citant des arrêts, plus ou moins précisément<sup>150</sup>, et plus

<sup>142</sup> « L'application par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », Intervention à la Cour Suprême d'Azerbaïdjan [en ligne], le 24 octobre 2014, p. 4.

<sup>143</sup> A. Vidal-Naquet, « Vers la "conventionnalisation" du contrôle de constitutionnalité ? », in *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, *Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, n° 5, 2016, p. 36.

<sup>144</sup> CE, arrêt du 20 décembre 2017, n° 409693, cons. 10 (référence à l'arrêt *Zouboulidis c. Grèce*).

<sup>145</sup> CE, arrêt précité du 25 mai 2007, cons. n° 2 ; arrêt du 21 novembre 2018, n° 412741, cons. 16 et arrêt du 24 janvier 2022, n° 438801, cons. 10.

<sup>146</sup> Cette différence explique peut-être que l'on n'ait pas trouvé de déclaration équivalente à celle de Jean-Marc Sauvé de la part du premier Président de la Cour de cassation.

<sup>147</sup> CEDH, arrêt du 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, req. n° 36391/02 et arrêt du 13 octobre 2009, *Dayanan c. Turquie*, req. n° 7377/03.

<sup>148</sup> Cass., AP., arrêt du 15 avril 2011, req. n° 10-17.049.

<sup>149</sup> J. Marchand, « Prévention et dissuasion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2014, p. 1149.

récemment en mettant en exergue un attendu de principe<sup>151</sup>. Curieusement, le juge judiciaire aura été plus réticent que son homologue administratif pour viser une condamnation de la France, puisqu'il aura fallu attendre un arrêt de 2007<sup>152</sup>. En revanche, il estime qu'une condamnation de la France<sup>153</sup>, comme d'un autre État partie<sup>154</sup>, équivaut à un changement des circonstances de droit (interne) qui justifie la transmission au Conseil constitutionnel d'une QPC portant sur une disposition législative déjà jugée conforme à la Constitution. Ce raisonnement, très intégrateur de l'ordre juridique européen, ne semble ne pas être suivi par le Conseil constitutionnel<sup>155</sup>, là où le Conseil d'État l'a formellement rejeté<sup>156</sup>. On comprend mieux pourquoi la doctrine privatiste va jusqu'à qualifier la CEDH de « législateur de fait »<sup>157</sup> ; c'est notamment sa capacité, de plus en plus assumée, à édicter des recommandations de portée générale qui justifierait ce qualificatif, un peu déroutant pour le publiciste.

Quant au Conseil constitutionnel, enfin, il ne s'est référé que dans une seule décision à un arrêt de la CEDH<sup>158</sup>, qui fit grand bruit, car il ne s'agissait pas d'un arrêt définitif<sup>159</sup>. Même dans l'importante décision *Geoffroy F.*<sup>160</sup>, sur laquelle nous reviendrons, le juge constitutionnel n'a pas cité – à dessein – la jurisprudence de la Cour<sup>161</sup>. L'entrée en vigueur du Protocole n° 16 le poussera, peut-être, à un peu plus de clarté et à suivre le quai de l'Horloge plutôt que son voisin du Palais Royal. Néanmoins, la doctrine a constaté que « les signes de "l'eupéanisation" de l'office du Conseil constitutionnel » se développent dans la jurisprudence où « le vocabulaire européen est ni plus ni moins "recopié" »<sup>162</sup>. La doctrine évoque parfois une conventionnalisation du contrôle de constitutionnalité<sup>163</sup>.

<sup>150</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., arrêt du 10 janvier 1984, *Renneman*, attendu n° 5, qui se réfère, à propos de la procédure disciplinaire des avocats, à l'arrêt du 23 juin 1981, *Lecompte, Van Leuven, De Meyere c. Belgique*, req. n° 6878/ 75 et 7238/ 75.

<sup>151</sup> Cass., soc., arrêt du 14 janvier 1999, *Bozkeurt*, req. n° 97-12.487.

<sup>152</sup> Cass., soc., arrêt du 13 juin 2007, n° 05-45.694. Il s'agissait de l'arrêt 9 janvier 2007, *Arnolin et [24!] autres c. France*, req. n° 20127/03 et s.

<sup>153</sup> Cass., crim., arrêt du 20 août 2014, n° 14-80-394.

<sup>154</sup> Cass., crim., 17 décembre 2014, n°14-90043. ; v. ég., crim., 26 juillet 2017, n° 16- 87.749.

<sup>155</sup> CC, décision n° 2017-670 QPC du 27 octobre 2017, *M. Mikhaïl P.*, cons. 6. La France avait été condamnée dans l'arrêt du 18 septembre 2014, *Brunet c. France*, req. n° 21010/10. Le Conseil constitutionnel reconnaît l'existence de changement de circonstance, mais du fait de la modification de la loi, sans même citer la condamnation invoquée (cons. 6). Pourquoi être clair quand on peut être obscur ?

<sup>156</sup> Voir par ex., CE, 16 mars 2018, n° 414350, cons. 5.

<sup>157</sup> *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, §115.

<sup>158</sup> CC, décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 18.

<sup>159</sup> Il s'agissait de l'arrêt du 29 juin 2004, *Leyla Sabih c. Turquie* (req. n° 4774/98), qui renvoyé devant la Grande Chambre, fut heureusement confirmée (pour la crédibilité du Conseil) le 10 novembre 2005.

<sup>160</sup> CC, décision n° 2020-858/859 QPC du 2 octobre 2020, *M. Geoffrey F. et autre*.

<sup>161</sup> Le Conseil constitutionnel n'hésite pas en revanche à interpréter le droit constitutionnel au regard de la jurisprudence de la CJUE. V. rec., décision n° 2018-699 QPC du 13 avril 2018, *Société Life Sciences Holdings France*, cons. 3.

<sup>162</sup> P. Gaïa, « Le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et les normes internationales : duel ou duo ? », *RFDC*, 2021, n° 125, p. 79. Outre la décision précitée sur la garde à vue, l'auteur fait référence à des décisions portant sur la liberté d'expression (décision n° 2013-319 QPC du 7 juin 2013, *M. Philippe B.*) et le principe d'impartialité (décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, *Société Numericable SAS*).

<sup>163</sup> A. Roblot-Troizier, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », *NCCC*, 2015, n° 47, p. 136.



**Critique du silence et de l'inintelligibilité de la jurisprudence administrative et constitutionnelle.** La lecture de la jurisprudence administrative et constitutionnelle sur l'effet médiat provoque un important malaise : comment ne pas être sidéré par l'opacité de ces motivations et la volonté, indéniable, de cacher la référence aux arrêts de la CEDH ? Alors que l'on sait que les juges du Palais Royal interprètent les droits fondamentaux avec le HUDOC ouvert ? Cette « philosophie » a été résumée justement par le Professeur Patrick Gaïa : « Y penser toujours. N'en parler jamais »<sup>164</sup> ! Si l'on comprend tout à fait que les débuts de l'exception d'inconventionnalité, après un *Nicolo* sans enthousiasme, aient été difficiles, on ne peut s'empêcher de s'interroger sur les raisons profondes de cette politique jurisprudentielle, si elles existent. Évidemment, la doctrine n'est pas dupe de cette réalité, qui a été admise par le vice-président du Conseil d'État. C'est donc le justiciable, le citoyen, qui souhaitant lire un arrêt soulevant son intérêt – comme l'affaire *Vincent Lambert*<sup>165</sup> ou le droit de se rendre chez son avocat après le « couvre-feu Covid » de 18h<sup>166</sup> – comprendra que le juge vise la CEDH, mais il lui sera impossible (sauf conseil d'un spécialiste)<sup>167</sup> de savoir quel(s) arrêt(s) de la Cour de Strasbourg sont appliqués<sup>168</sup>. Le juge craint-il que l'importance de la jurisprudence de Strasbourg en droit français soit lisible ? Peut-on sérieusement penser que c'est ainsi que la légitimité du juge sera préservée ? Que la justice du XXI<sup>e</sup> siècle pourra fonctionner selon des méthodes et une motivation qui auraient dû disparaître à la fin du XIX<sup>e</sup> ? L'on sait que le Conseil d'État tente, depuis plus d'une décennie, de faire des efforts dans la lisibilité de ses décisions<sup>169</sup>. Si l'abandon du « considérant » et de formules en latin constitue peut-être un progrès<sup>170</sup>, il sera nécessaire de montrer en quoi la citation de la jurisprudence de Strasbourg dégraderait la relation entre le citoyen et le juge ou conduirait à une délégitimation<sup>171</sup>. Car l'argument de l'absence d'autorité de la chose jugée des arrêts est une fiction intenable à court terme.

D'un strict point de vue juridique, il est vrai que le juge constitutionnel n'est pas dans la même situation que le juge administratif, puisque ses normes de références ne devraient être que constitutionnelles. Toutefois, cette exclusivité est d'abord un mythe, puisque, dès sa huitième décision DC, le Conseil constitutionnel a intégré à ses normes de références des normes organiques<sup>172</sup>. Le droit dérivé de l'UE a été progressivement

<sup>164</sup> P. Gaïa, « Rapport introductif », in *Question prioritaire de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, op. cit., p. 13

<sup>165</sup> CE, Ass., arrêt du 24 juin 2014, *Mme Lambert*, n° 375081.

<sup>166</sup> CE, ref., ord. du 3 mars 2021, n° 449764.

<sup>167</sup> Pour qui ce ne sera pas évident à la seule lecture de l'arrêt ! Il lui faudra consulter les conclusions, les notes... si elles existent.

<sup>168</sup> C'est d'autant plus dommageable que les arrêts de la Cour, à condition d'une solide culture générale et d'un peu de patience, sont justement rédigés pour être compris par le plus grand nombre.

<sup>169</sup> Une première réforme a eu lieu en 2012 et, plus récemment, en 2018, v. le *Vade-mecum sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2019.

<sup>170</sup> F. Chaltiel, « À la recherche de la bonne rédaction des décisions de justice », *Actu-juridique* [en ligne], 15 avril 2019.

<sup>171</sup> Les mouvements voyant la présence d'un gouvernement des juges en France ou jugeant que la primauté du droit international est une atteinte à la souveraineté nationale n'ont pas besoin de connaître cet effet médiat pour vilipender notre Justice et notre Droit. Cela n'améliorerait sans doute pas leur vision, mais ça ne pourrait pas sérieusement l'aggraver.

<sup>172</sup> CC, décision 60-8 DC du 11 août 1960, *Redevance Radio-Télévision*, cons. 1<sup>er</sup>.

incorporé à partir de 2004<sup>173</sup>... pourquoi pas les décisions de la CEDH ? Ensuite, un argument plus théorique pourrait être avancé. La CESDH trouve son fondement de validité en droit interne dans la Constitution, certes de façon moins spécifique que le droit de l'UE puisqu'il s'agit de l'article 55 (et non de l'article 88-1). Mais deux éléments montrent que citer les arrêts dont s'inspire le juge pour rendre ses décisions ne remettrait pas en cause la suprématie constitutionnelle. Premièrement, d'un point de vue normatif, l'exécution médiate ne peut pas être systématique. Nous y reviendrons dans la seconde partie, il existe une dernière forme d'exécution que le juge met en œuvre qui lui permet de ne pas appliquer la jurisprudence de la CEDH<sup>174</sup>. Deuxièmement, l'exécution médiate se justifie aussi par des considérations pratiques. C'est un fait, même s'il va à l'encontre du récit qui voit la France comme la « patrie des droits de l'Homme » : la France ne possédait qu'une faible tradition de protection juridictionnelle des libertés avant que le droit européen des droits de l'Homme ne prenne pleinement effet à la fin des années 1980 (on songe au droit au procès équitable notamment)<sup>175</sup>. Il est donc heureux que nos juges s'inspirent d'une jurisprudence européenne qui s'est imposée au fil des années comme un standard mondial.

## ***b) L'exécution médiate permettant l'intégration complète de la CESDH en droit interne***

Arrivé au terme de cette première partie, il convient de proposer une qualification à l'autorité des décisions de la Cour. Si l'on ne peut que rejeter les approches antérieures restreignant celle-ci (*I.*), il est possible d'expliquer son autorité au moyen de la théorie de l'intégration du droit international en droit interne (*II.*)

### *I. Le rejet des conceptions doctrinales classiques restreignant l'autorité des décisions de la CEDH*

**L'impossible affirmation d'une autorité relative de la chose jugée.** L'exécution médiate des décisions de la CEDH est reconnue par la doctrine depuis longtemps<sup>176</sup>, et, paradoxalement, elle est aussi consensuelle que la qualification d'autorité relative de la chose jugée<sup>177</sup>. Son absence du texte de la CESDH résulte d'un impensé, tout à fait compréhensible étant donné que le succès du juge de Strasbourg –

<sup>173</sup> CC, décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Économie numérique* (pour les directives) ; décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, *AECC* (pour les accords internationaux) ; décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, *Protection des données personnelles* (pour les règlements).

<sup>174</sup> Cf. *infra*, nos développements sur la jurisprudence *Geoffroy F.*

<sup>175</sup> Il arrive que les derniers partisans des « libertés publiques » nient ce constat. On ne veut pas dire ici qu'il n'existait aucune garantie des libertés avant 1975 ou 1989. Ce serait l'outrance inverse. Néanmoins, si la France avait été aussi avancée dans ce domaine que certains l'affirment, comment expliquer le taux de condamnation par la CEDH de 71 % ?

<sup>176</sup> J. Velu, « Les effets des arrêts de la CEDH », in M. Melchior, M.-A. Eissen, F. de Pauw et al., *Introduire un recours à Strasbourg ?*, Bruxelles, 1986, Nemesi, coll. « Droit et justice », 1986, p. 186, n° 37.

s'il était bien évidemment souhaité – n'était pas prévisible lors de l'été 1949. D'autres arguments, qui sortent strictement de la science juridique, vont dans le sens de cet effet médiat. Une question de dogmatique juridique : comment connaître la jurisprudence de la CEDH ? La thèse de l'autorité relative, si elle était vraiment suivie, ne conduirait qu'à analyser et enseigner les décisions visant la France. Or la doctrine analyse et enseigne la jurisprudence européenne dans sa généralité<sup>178</sup> : c'est bien qu'elle relativise l'État destinataire de l'arrêt, même s'il ne faut pas nier tout effet à la marge nationale d'appréciation.

L'autorité médiate des arrêts de la Cour ne peut être fondée que sur un raisonnement analogique *in abstracto* : l'État n'étant pas destinataire, son droit, par définition, n'a pas été contrôlé, il n'a pas à appliquer le dispositif. C'est donc uniquement en se fondant sur la *motivation* de la Cour, qui expose ou est censée exposer son raisonnement juridique (un contrôle de conformité), que peut se justifier une telle exécution. Dès lors, la réticence de la doctrine à admettre cette autorité est parfaitement compréhensible, en comparant avec la théorie de l'exécution en droit interne<sup>179</sup>. En outre, à l'évidence, cet effet médiat n'est pas aussi systématique et efficace que ne le souhaiterait la Cour. Cela explique, en partie, que l'autorité *absolue* de la chose jugée soit déniée à la CEDH par la doctrine. Néanmoins, il est tout autant impossible de la qualifier d'autorité *relative* de la chose jugée ; il faut trouver une tierce solution.

**L'imprécise utilisation de l'autorité de la chose interprétée.** Que penser de la notion d'autorité de la chose *interprétée* ? Elle est loin d'emporter l'adhésion, sauf à considérer que la motivation des arrêts constitue la même chose que l'interprétation de la CEDH par la CEDH. D'abord parce qu'elle fait litière de l'importante réflexion autour de l'interprétation en théorie du droit, initiée par les travaux du Professeur Michel Troper depuis les années 1980<sup>180</sup>. On craint de déceler ce manque à la lecture de la très intéressante thèse de M. Giannopoulos sur *L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*<sup>181</sup>. Si l'on est convaincu par les analyses jurisprudentielles de l'auteur, on regrette de ne lire dans son introduction aucune référence au débat sur l'interprétation. Est-elle un acte de volonté ou un acte de

---

<sup>177</sup> A. Drzemezski, « Quelques réflexions sur l'autorité de la chose interprétée par la Cour de Strasbourg », in *Mélanges Jean-Paul Costa, La conscience des droits*, Paris, Dalloz, 2011, p. 243.

<sup>178</sup> Les diverses notes d'actualités de la jurisprudence de la CEDH ne sont pas constituées que des arrêts visant la France. V. par ex. les précieuses chroniques du Professeur Hélène Surrel, d'abord à la *RDP* et désormais à *Titre VII*, ou les chroniques à la *RFDA* tenues d'abord par J. Andriantsimbazovina et L. Sermet, et désormais par X. Dupré de Boulois et L. Milano.

<sup>179</sup> « les motifs du jugement ne sauraient avoir autorité de chose jugée », L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 685, les auteurs soulignent. Chez Kelsen aussi, seul le dispositif constitue l'élément proprement normatif et juridique.

<sup>180</sup> Parmi une littérature (très) abondante, v. les écrits du professeur Troper, accessibles dans ses trois ouvrages parus à la collection Léviathan chez PUF (*Pour une théorie juridique de l'État*, 1994 ; *La théorie du droit, le droit, l'État*, 2001 et *Le droit et la nécessité*, 2011). Ces positions ont été discutées, par ex. in X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2008, p. 140 et *sq.* ; rec. F. Brunet, *La pensée juridique de... Hans Kelsen*, Paris, Mare & Martin, 2019, p. 112 et *sq.*

<sup>181</sup> C. Giannopoulos, *L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit.*

connaissance ? Aucun renvoi à Kelsen, Ross, les réalistes américains, scandinaves... ou français ! Car les écrits du Professeur Troper sont (quasiment) passés sous silence<sup>182</sup>.

Cette remarque d'ordre épistémologique amène, sans surprise, à un désaccord de fond sur l'identification de ce qu'est la « chose interprétée ». L'interprétation, qu'elle soit effectuée par la CEDH ou toute autre autorité, n'est pas par définition sujet de connaissance objective. Car l'interprétation, particulièrement lorsqu'il s'agit d'une norme aussi indéterminée qu'un droit ou une liberté<sup>183</sup>, est elle-même soumise à interprétation – et notre sujet le montre bien –, c'est-à-dire qu'elle dépend de l'interprète. Si le juge national affirmait respecter systématiquement l'interprétation de la Cour, ce que même le juge judiciaire ne fait pas, il est impossible de prouver, scientifiquement, que les deux seront concordantes (et on trouve nombre de solutions où ce n'est pas le cas). Ces objections théoriques peuvent échouer à convaincre. Il reste sur le fond une importante réserve à prétendre que les États ne doivent respecter *que* l'interprétation de la Cour : si « l'autorité de chose interprétée » permettait d'expliquer l'effet médiat, voir l'effet immédiat abstrait, elle ne permet pas de justifier l'effet immédiat concret.

Parmi les thèses récentes, celle de M. Panlanco sur le précédent est plus convaincante, et l'idée d'une autorité « persuasive » – qui avait déjà été proposée de façon plus anecdotique<sup>184</sup> – des arrêts de la CEDH, propose une grille de lecture intéressante pour décrire cette jurisprudence<sup>185</sup>. Il n'est cependant pas évident que « la persuasion » soit un concept, voire une notion juridique.

## II. L'exécution des décisions de la CEDH comme intégration de la CESDH en droit interne

**L'intégration de la CESDH en droit interne comme fondement à l'effet médiat des décisions de la CEDH.** Il convient enfin de proposer une notion qui permette de décrire objectivement l'autorité des décisions de la Cour et d'expliquer pourquoi les juridictions nationales appliquent une jurisprudence européenne qui ne vise pas leur État. Notre hypothèse est donc celle d'une autorité *intégrée* : l'effet médiat

---

<sup>182</sup> Seuls deux articles sont cités dans la bibliographie, ainsi que son ouvrage – codirigé – sur *Les contraintes juridiques*.

<sup>183</sup> Nous ne soutenons pas que toutes les interprétations soient des actes de volonté (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 335 à 342). Tout dépend du degré de précision des normes. En revanche, il est probable que les droits fondamentaux, tant par leur indétermination formelle ou lexicale que par leur valeur politique, sont globalement indéterminés et que l'interprétation qui en est faite, par le juge national comme les juges européens, est essentiellement un acte de volonté.

<sup>184</sup> L'autorité persuasive a notamment été défendue in D. Szymczak, « Convention européenne des droits de l'homme : application interne », *Répertoire de droit européen*, Dalloz ; J. Marchand, « Prévention et dissuasion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2014, p. 1149 ; le Président Robineau attribue aussi l'expression à J.-M. Sauvé, sans que nous en ayons retrouvé une trace écrite (cf. « L'application par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 4. C'est une expression que l'on retrouve aussi à l'étranger, v. J. Polakiewicz, *Fundamental rights in Europe: the European Convention on Human Rights and its member states, 1950-2000* Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 73.

<sup>185</sup> A. Palanco, *Le précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme–Thèses, 2019, 718 p.

serait induit par la nature internationale de la CEDH. Lorsque le juge national exécute médiatement la jurisprudence de Strasbourg, il ne reprend pas la (longue) motivation de l'arrêt (autorité de la chose interprétée) ou il n'estime pas que sa force persuasive est plus ou moins forte que celle des juridictions nationales (autorité relative de la chose jugée). Il l'intègre comme un paramètre du rapport de conformité de la norme en procès avec le droit fondamental en cause. En d'autres termes, c'est par une analyse normative d'intégration du droit européen des droits de l'Homme en droit interne que l'on peut comprendre ce phénomène.

Dénier une autorité aux arrêts de la CEDH, ou ne lui en accorder qu'une relative, est le fruit d'une double confusion. La première est que, comme la CESDH ne prévoit une obligation explicite qu'à l'article 46, il en est déduit que la seule contrainte qui lie l'État membre vise l'exécution des arrêts définitifs<sup>186</sup>. Or, étant d'effet direct<sup>187</sup>, les stipulations de la CESDH doivent être respectées *en dehors* des condamnations prononcées par la Cour, qui n'est que l'élément juridictionnel de garantie collective (bien qu'essentiel). Lire le texte de 1950 comme n'étant contraignant *que* dans le cas prévu par l'article 46 est donc une erreur, compréhensible étant donné le degré de juridictionnalisation de la CESDH. En appliquant la jurisprudence de la CEDH, les États appliquent de façon médiate la CESDH ce qui, rappelons-le, constitue une obligation internationale (*pacta sunt servanda*) et constitutionnelle pour la France (alinéa 14 du Préambule de 1946). Il n'est pas besoin d'y lire la conséquence de considérations de « convenance et réalisme politique », selon les mots du Président Labetoulle<sup>188</sup>.

La CESDH, dans l'esprit de la doctrine, et peut-être aussi des juges, est désormais indissociable de la jurisprudence de la Cour : c'est le même objet d'étude juridique. Or, respecter l'exécution des arrêts de la CEDH et respecter l'engagement d'appliquer directement la CESDH, de l'intégrer dans l'ordre juridique interne, sont deux choses différentes<sup>189</sup>. La seconde confusion – qui n'est que la conséquence de la première – incline à ne pas distinguer le fait que le juge national soit le juge primaire (ou de droit commun) de la CESDH et le fait qu'il soit le juge de l'exécution des arrêts de la Cour qui visent son État. Or les deux choses sont, là encore, distinctes. D'ailleurs, la reconnaissance de la compétence de la Cour n'était pas obligatoire à ses débuts (et la France ne l'a reconnue qu'en 1981). Le juge national, dans son rôle d'intégration du droit de la CESDH en droit interne, a donc la charge de deux fonctions juridiquement séparées, mais qu'il est impossible de distinguer dans la pratique (notamment à cause de sa « technique du silence »)<sup>190</sup>.

**L'intégration de la CESDH en droit interne ne peut être complète qu'en tenant compte de la jurisprudence de la CEDH.** Lorsque le juge national applique

<sup>186</sup> Y. Robineau, « L'application par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*

<sup>187</sup> L'effet direct est proclamé par l'article 1<sup>er</sup> de la CESDH. Il a été confirmé par l'arrêt précité, *Irlande c. Royaume-Uni* et CE, sect., arrêt du 27 octobre 1978, *Debout*, n° 07103.

<sup>188</sup> Conclusions sur l'arrêt précité *Debout*.

<sup>189</sup> On peut voir dans cette confusion une manifestation de la victoire culturelle du prétendu « réalisme » tropérien sur le positivisme kelsénien.

<sup>190</sup> Il existe sans doute une troisième confusion, plus abstraite, qui explique pourquoi le juge administratif refuse de reconnaître une autorité de la chose jugée aux décisions de la CEDH : entre les conséquences à tirer de la hiérarchie des normes et l'exécution des décisions prises par la juridiction internationale.

médiatement un arrêt de la Cour, il intègre en réalité directement la CESDH en tant que juge primaire de celle-ci. Prenons un exemple pour illustrer notre hypothèse. On a vu que l'effet immédiat abstrait impliquait que l'État condamné change son droit national pour le rendre compatible avec la Convention. Ce sera très explicite dans l'arrêt *Maestri* :

« il résulte de la Convention, et notamment de son article 1, qu'en ratifiant la Convention les États contractants s'engagent à faire en sorte que leur droit interne soit compatible avec celle-ci. Par conséquent, il appartient à l'État défendeur d'éliminer, dans son ordre juridique interne, tout obstacle éventuel à un redressement adéquat de la situation du requérant »<sup>191</sup>.

L'obligation de modifier le droit général est bien fondée sur l'article 1<sup>er</sup> de la CESDH. On pourrait nous opposer que cette hypothèse aboutit à un raisonnement circulaire puisque ce sont les stipulations de la Convention interprétées par la Cour qui sont obligatoires. Dès lors, pourquoi distinguer les deux ? Suivant que le fondement de l'arrêt du juge national soit l'article 1<sup>er</sup> ou l'article 46, la décision ne produira pas les mêmes effets. Dans le second, il existe notamment l'effet immédiat concret que l'on ne pourra retrouver lorsque le juge interne appliquera médiatement la jurisprudence européenne. La complexité vient que, pour le premier, le juge national ne peut faire abstraction de la nature « vivante » de la Convention<sup>192</sup>. Ce traité n'est pas seulement constitué des énoncés qui ont adoptés en 1950 (et auxquels ont été rajoutée les divers protocoles), mais aussi de la jurisprudence de la Cour. En conséquence, l'application par le juge national des stipulations de la CESDH telle qu'interprétée par la Cour, à l'occasion d'affaires visant un autre État, permet l'intégration complète de l'ordre juridique de la CESDH en droit interne. En théorie, celle-ci ne peut être complète qu'à la lumière de son interprétation par le juge de cet ordre (s'il existe)<sup>193</sup>, comme les directives ou les règlements de l'UE sont intégrés en droit français à la lumière de la jurisprudence de la CJUE<sup>194</sup>, ou les décisions d'un organe international permettent d'intégrer le traité qui les fonde<sup>195</sup>.

Est-il nécessaire de s'attarder longuement sur le fait que la CEDH est, juridiquement, l'interprète authentique de la CESDH ? Très à la mode dans la doctrine, il n'est pas certain que cette qualification ait un véritable sens juridique (on la confond

---

<sup>191</sup> CEDH, GC, arrêt précité *Maestri c. Italie*, §47.

<sup>192</sup> CEDH, arrêt du 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n° 5856/72, §31.

<sup>193</sup> L'intégration d'un ordre juridique en droit interne ne peut être complète que si la jurisprudence de cet ordre ou les autorités d'application de ce traité (par ex. le Comité des droits de l'Homme pour le PIDCP) sont également intégrées.

<sup>194</sup> CC, décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, cons. 83.

<sup>195</sup> La distinction entre l'applicabilité des décisions d'une juridiction internationale et l'autorité de l'interprétation des décisions d'une juridiction internationale, si elle semble pertinente pour distinguer par exemple les décisions de la CJUE et celles d'un tribunal ad hoc de l'ONU. Traditionnellement, la doctrine internationaliste considère qu'il faut distinguer au sein des juridictions internationales l'activité de « dire le droit » (jurisdictio) et celle « d'imposer une solution aux parties » (imperium), qui sont bien évidemment fusionnées dans les juridictions internes, cf. E. Lambert-Abdelgawad, « L'exécution des décisions des juridictions européennes (Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme) », *AFDI*, 2006, vol. 52, p. 680.

parfois avec la nature concentrée du contrôle de constitutionnalité<sup>196</sup>. D'ailleurs, cette question n'est que très peu abordée directement par les spécialistes. Incontestablement, elle peut découler de l'article 32 de la CESDH, qui prévoit la plénitude de juridiction de la Cour de Strasbourg<sup>197</sup>. Ainsi, les arrêts définitifs de la CEDH ne peuvent être remis en cause, alors que les arrêts des juridictions nationales peuvent toujours conduire à une condamnation de l'État, après que celui-ci ait (mal) appliqué d'anciens arrêts de Strasbourg. Toutefois, est-ce l'équivalent d'un interprète authentique ? Le champ d'application de l'article 46 tendrait à répondre par la négative : si l'interprétation donnée par la Cour est définitive, elle ne l'est en toute logique que pour l'État qui a été condamné, et il faut toujours envisager qu'une marge nationale d'appréciation pourrait amener une solution différente pour l'un des 46 États. Néanmoins, en tant qu'interprétation opérée par un organe de l'ordre juridique fondé par la CESDH, les décisions de la Cour, même si l'on ne les considère pas comme « purement » authentiques, restent liées à son application en droit interne.

## **SECONDE PARTIE : LES EFFETS DE L'EXÉCUTION NUANCÉS**

Le questionnement sur la nature juridique de l'autorité des décisions de la CEDH a permis de relier celle-ci au processus d'intégration du droit européen en droit interne, et ainsi d'apporter une illustration à la théorie des rapports de système<sup>198</sup>. Mais l'apport n'est pas que dogmatique. En effet, il est difficile de donner une lecture homogène de l'exécution des arrêts de Strasbourg par le juge national. C'est-à-dire qu'elle provoque des effets divergents et qu'il est impossible d'en donner les caractéristiques générales. La doctrine semble y voir le fruit d'une casuistique complexe. On y voit la confirmation que l'intégration d'une norme comme d'une décision de justice dans l'ordre juridique interne n'est ni un processus simple, ni un processus automatique, même dans un régime moniste comme le nôtre<sup>199</sup>. Elle dépend de divers paramètres que maîtrise, plus ou moins, le juge national. Tout d'abord, la

---

<sup>196</sup> L'interprète authentique est, classiquement, identifié comme l'interprète en dernier ressort de la norme juridique, celui qui a le dernier mot. C'est-à-dire les juridictions suprêmes et constitutionnelles. Bien qu'elle soit souvent attribuée à Kelsen, cette approche n'est pas défendue par le juriste viennois, qui estime, au contraire, que tout organe de création du droit, qu'il s'agisse de normes générales comme de normes individuelles, est un interprète authentique (*Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 341).

<sup>197</sup> « La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles [...] ». En ce sens, *GACEDH*, 10<sup>e</sup> éd., p. 937.

<sup>198</sup> La théorie de l'intégration est souvent limitée au processus d'insertion dans l'ordre interne : loi de ratification ou de transformation, contrôle de constitutionnalité du traité, *etc.* Ce que la jurisprudence sur l'article 88-1 de la Constitution à partir de 2004 a révélé, c'est que le processus d'insertion intervient aussi *après* l'entrée en vigueur du traité. L'État a donc l'obligation d'intégrer également le droit dérivé et les interprétations authentiques qui sont produites par l'ordre juridique international inséré en droit interne. Notre étude montre que ce schéma, bien accepté pour le droit de l'UE, s'applique aussi au droit de la CESDH.

<sup>199</sup> C'est pourquoi l'exécution des décisions de la CEDH conduit à une jurisprudence hétérogène, de même que le contrôle de constitutionnalité des traités.

principale technique utilisée, l'interprétation conforme, constitue un instrument subjectif (A). Ensuite, le juge national dispose d'autres techniques qui lui permettent de résister à l'exécution des décisions européennes (B).

## A) La technique hétérogène de l'interprétation conforme

L'interprétation conforme est souvent présentée comme le moyen principal de mise en conformité du droit national au droit européen des droits de l'Homme. Il s'agit d'une technique jurisprudentielle dont le principe est très simple, peut-être trop pour être structurante (1). Sa fragilité conceptuelle explique qu'elle soit loin de garantir le résultat promis (2).

### 1) Une technique sans structure

**L'interprétation conforme, un instrument téléologique.** C'est un point connu, le juge national utilise généreusement la technique de l'interprétation conforme dans le cadre de son office. On peut la définir de la sorte : « le mécanisme intellectuel auquel recourt un juge pour interpréter un texte en conformité à une norme »<sup>200</sup> et qui aboutit à ce que celui-ci ne soit pas annulé. L'interprétation conforme est donc un instrument téléologique qui permet de neutraliser certains effets du contrôle de conformité avec une norme supérieure (et pas seulement la CESDH). Son utilisation présuppose la possibilité d'une interprétation non-conforme, qui est sans doute celle littérale ou génétique du texte ainsi interprété<sup>201</sup>... Elle n'est pas un véritable instrument contentieux puisque, dans les motifs, soit le juge ne cite même pas la décision européenne, soit il ne concrétise pas, dans un considérant ou un attendu, l'interprétation effectuée (c'est bien un « mécanisme intellectuel »). Seul le sens conforme est donné dans la jurisprudence avec, dans le meilleur des cas, une référence à la décision européenne. Alors que l'on pourrait imaginer qu'il existe plusieurs catégories d'interprétations conformes<sup>202</sup> – comme pour les réserves d'interprétation –, il est impossible, pour la doctrine, de prendre en compte les différents paramètres de cette technique<sup>203</sup>. Une autre question d'ordre théorique survient alors : existe-t-il, matériellement, une différence entre l'interprétation conforme et l'application d'une Convention internationale ou s'agit-il uniquement d'un argument, d'une motivation du

---

<sup>200</sup> A. Violla, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, p. 965.

<sup>201</sup> Ce qui pose d'importantes questions théoriques par rapport à la légitimité de ce contrôle, que nous ne pouvons développer ici.

<sup>202</sup> Notamment lorsqu'il y a une jurisprudence divergente différente ou lorsque le juge de Strasbourg a rendu des applications différentes suivant les États.

<sup>203</sup> A. Duffy-Meunier, « Pédagogie et interprétation du juge constitutionnel », in P. Raimbault (dir.), *La Pédagogie au service du droit*, Toulouse, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2011, pp. 185 à 211.



juge qui le conduit à penser que sa décision sera plus acceptable ? Il est difficile d'y répondre avec certitude.

L'interprétation conforme consiste, dans les faits, à un remplacement (du sens) de la norme nationale pour qu'elle soit conforme à la jurisprudence de Strasbourg ou de ce que le juge national pense être celle-ci. La création de ce mécanisme daterait des conclusions précitées de 1998 du Commissaire du gouvernement Abraham, dans lesquels – ainsi que nous l'avons rappelé – il avait vigoureusement soutenu qu'il ne fallait pas reconnaître d'effet contraignant aux arrêts de la CEDH ne visant pas la France. Mais il y défendait tout aussi rigoureusement la nécessité de prendre en compte cette jurisprudence :

« Or, si vous écarterez par principe [cette jurisprudence], il est à craindre et à prévoir que des requérants s'adresseront directement à la Cour européenne sans exercice préalable des voies de recours internes, ce qu'ils seront recevables à faire selon la jurisprudence de cette dernière, dès lors qu'ils pourront justifier que leurs recours nationaux sont voués à l'échec »<sup>204</sup>.

Il ne semble pas que l'interprétation conforme soit encouragée par la CEDH, à la différence de la CJUE qui, depuis le milieu des années 1980, en a fait un impératif quasi formel pour le juge national<sup>205</sup>. Le juge national utilise cet instrument pour éviter une condamnation prévisible et écarter, sans jamais l'assumer, une inconventionnalité du droit national<sup>206</sup>. L'autre avantage, c'est de ne pas franchir le pas d'une exécution médiate assumée, qui serait en contrariété avec la doctrine officielle du juge administratif ou constitutionnel analysée en première partie. Pourtant, l'interprétation conforme s'inspire parfois des arrêts de Strasbourg condamnant un autre État<sup>207</sup>. Elle peut donc s'inscrire dans la quatrième catégorie des exécutions par anticipation. Le juge national est même allé très loin grâce à ce mécanisme puisqu'il a assimilé une pension de retraite à un « bien » au sens de la CESDH, sans qu'il n'existe une jurisprudence explicite de la Cour, c'est-à-dire sans qu'un autre État partie ait été condamné pour un régime comparable<sup>208</sup>. Non seulement le juge intègre la jurisprudence rendue par la Cour, mais également son mode de raisonnement et sa capacité à analyser la conformité du droit national à la CESDH. Les exemples sont trop nombreux pour être tous cités, et il n'est pas certain qu'ils soient tous connus, étant donné que la doctrine n'arrive pas toujours à savoir avec certitude si l'interprétation conforme a été mise en œuvre.

<sup>204</sup> R. Abraham, « La non-indemnisation... », *op. cit.*, p. 1243. Cf. eg. M. Guyomar « Le principe d'impartialité appliqué à la gestion de fait, entre espoir et déception. Conclusions sur Conseil d'État, 30 décembre 2003, Beausoleil et Mme Richard », *RFDA*, 2004 p. 365.

<sup>205</sup> V. à propos de l'interprétation des directives, CJUE, arrêt du 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, aff. 14/83, pt. 26. V. à propos des « normes communautaires », arrêt du 7 janvier 2004, X., aff. C-60/02, pt. 59 ; arrêt du 19 décembre 2013, *Koushkaki*, aff. n° C-84/12, points 75 et 76.

<sup>206</sup> CE, arrêt du 30 juillet 2003, *M. Remli*, n° 252712, qui vint renverser la jurisprudence *Fauqueux* du 28 février 1996 (n° 106582). Celle-ci avait conduit à la condamnation, tardive, de la France dans l'arrêt *Ramírez Sanchez* (CEDH, GC, 4 juillet 2006, req. n° 59450/00).

<sup>207</sup> CE Ass., arrêt du 11 juillet 2001, *Ministre de la Défense c. Préaud* qui opère un revirement de jurisprudence sur CE Ass, arrêt du 5 décembre 1997, *Lambert*, n° 140032 pour appliquer CEDH, GC, arrêt du 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen c. Finlande*, req. n° 63235/00.

<sup>208</sup> CE Ass., arrêt du 30 novembre 2001, *Ministre de la Défense c. M. Diop*, req. n° 212179

### **L'interprétation conforme est trop abstraite : l'exemple de l'effet utile.**

L'anticipation des décisions de la CEDH au moyen de cette technique n'aboutit pas toujours. Par exemple, lorsque le Conseil constitutionnel a censuré le régime de la garde à vue dans sa décision *Daniel W*<sup>209</sup>, il n'a fait qu'appliquer la jurisprudence constante dans ce domaine par la CEDH depuis au moins les arrêts *Salduz c. Turquie*<sup>210</sup> et *Dayanan c. Turquie*<sup>211</sup>. Si cette exécution anticipée ne ressort pas des motifs de la décision – le fondement de la censure étant la combinaison des articles 7, 9 et 16 de la DDHC ajoutée à l'article 66 de la Constitution<sup>212</sup> –, c'est très clair à la lecture du commentaire aux *Cabiers*<sup>213</sup>, et du dossier documentaire<sup>214</sup>. Cette anticipation est arrivée trop tard, car la CEDH condamna une première fois la France quelques mois plus tard dans l'arrêt *Brusco*<sup>215</sup>. Une première série de décision de la Cour de cassation jugeait, quelques jours après, ces mêmes dispositions pénales explicitement contraires aux exigences de l'article 6 de la Convention<sup>216</sup>. La chambre criminelle jugeait que ce constat ne pourrait produire d'effets qu'à compter de l'entrée en vigueur de la future loi devant intervenir à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010<sup>217</sup>. Puis la Cour de cassation, statuant cette fois-ci en Assemblée plénière, est revenue sur cette première position et a affirmé l'effet immédiat du constat de violation de la CEDH par 4 arrêts du 15 avril 2011<sup>218</sup>... un peu tardivement ! Bien que l'exécution de *Brusco* ait été déclarée close fin décembre 2011<sup>219</sup>, la CEDH a rendu 7 arrêts de condamnation de la France le 11 juillet et le 5 décembre 2019, dans lesquels le gardé à vue n'avait pu bénéficier de l'assistance d'un avocat entre 2005 et mars 2011<sup>220</sup>.

Ce feuilleton de décisions sur la garde à vue a conforté le Conseil dans la nécessité, s'il voulait éviter des condamnations qui se succèdent, de donner pour le requérant un effet immédiat à sa décision, et non pas de la différer dans le temps, pour des raisons liées à la sécurité juridique. À partir de 2011, la déclaration d'inconstitutionnalité bénéficie par principe à l'auteur de la question et s'applique aux instances en cours, même lorsque l'annulation a un effet différé<sup>221</sup>. La portée de la technique de l'interprétation conforme ne s'est donc structurée qu'en fonction des condamnations qu'a subies la France.

<sup>209</sup> CC, décision précitée *Daniel W*.

<sup>210</sup> CEDH, GC, arrêt du 27 novembre 2008, req. n° 36391/02, §50 à 62.

<sup>211</sup> CEDH, arrêt du 13 octobre 2009, req. n° 7377/03, §30 à 34.

<sup>212</sup> CC, décision précitée *Daniel W*, cons. 21 à 22.

<sup>213</sup> Publié sur le site Internet du Conseil, p. 8.

<sup>214</sup> Publié sur le site Internet du Conseil, p. 72 et *sq.*

<sup>215</sup> CEDH, arrêt du 14 octobre 2010, *Brusco c. France*, req. n°1466/07.

<sup>216</sup> Cass. crim., arrêts du 19 octobre 2010, n°10-82.306, 10-85.051 et 10-82.902.

<sup>217</sup> Attendu n° 4.

<sup>218</sup> Cass., arrêts précités du 15 avril 2011.

<sup>219</sup> CMCE, Résolution adoptée le 2 décembre 2011, CM/ResDH(2011)209.

<sup>220</sup> CEDH, arrêt du 11 juillet 2019, *Olivieri c. France*, req. n° 62313/12 ; arrêts du 5 décembre 2019, *Tisset c. France*, req. n° 53464/11 ; *Soltani c. France*, req. n° 45287/11 ; *D.W. c. France*, req. n° 30951/12 ; *Orsini c. France*, req. n° 63208/12 ; *Afonso Valente c. France*, n° 39325/13 ; *Laureux c. France*, n° 60506/13.

<sup>221</sup> CC, décision n° 2010-208 QPC du 13 janvier 2012, *Consorts B*, cons. 10.

## 2) Une technique incertaine

L'interprétation conforme peut être comprise comme une solution efficace pour intégrer harmonieusement le droit de la CESDH, et éviter les conflits devant la CEDH. Toutefois deux situations montrent que l'effet inverse est parfois possible. D'abord l'interprétation, de par sa nature, n'est pas un objet normatif. C'est-à-dire que la conformité au droit européen des droits de l'homme comme le sens de sa jurisprudence peuvent être interprétés différemment à Strasbourg et Paris (**a**). Ensuite, cette technique permet d'exécuter les décisions de la Cour par anticipation. Mais pour aboutir à ce résultat, pour qu'elles soient intégrées en droit français, elle doit se concilier avec un certain nombre de contraintes constitutionnelles (**b**).

### **a) L'interprétation conforme n'est pas un brevet de conventionnalité**

**Le « coup du parapluie » de la CEDH à la Cour de cassation.** Si l'interprétation conforme souffre des défauts inhérents à tout mécanisme téléologique, elle semble aussi parfois peu efficace pour éviter la condamnation de la France. Confortant le postulat kelsénien sur l'impossibilité d'encadrer juridiquement les méthodes d'interprétation juridictionnelles<sup>222</sup>, l'analyse de la jurisprudence montre que le juge décide parfois de ne pas donner un sens à la loi qui lui permette de passer la barrière de Strasbourg. Nous prendrons un exemple pour illustrer notre propos, celui du fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG).

Le régime juridique de la conservation des données personnelles constitue sans doute l'une des grandes questions de protection des droits fondamentaux et de rapports de systèmes de notre époque, ainsi que le prouve l'actualité récente<sup>223</sup>. L'affaire Aycaguer a été, il y a plus d'une décennie, l'occasion d'un premier dialogue à trois entre la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et la CEDH. Occasionnée par des faits pittoresques<sup>224</sup>, elle a conduit la Cour de cassation à rendre un premier arrêt affirmant que le régime du FNAEG – notamment le délit de refus de prélèvement et la durée de conservation des données – était conforme au droit à la vie privée prévu par l'article 8 de la CESDH<sup>225</sup>. L'interprétation conforme s'appuyait même sur un arrêt de la CEDH, qui avait pourtant condamné le Royaume-Uni pour des dispositions

---

<sup>222</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.* p. 338 et *sq.*

<sup>223</sup> Cf. CE, Ass., 21 avril 2021, *French Data Network*, n° 393099 ; CC, décision n° 2021-976/977 QPC du 25 février 2022, *M. Habib A.* ; CEDH, arrêt du 25 mai 2021, *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 58170/13 et s.

<sup>224</sup> M. Aycaguer, suite à une manifestation, fut condamné pour violence après avoir donné des coups de parapluie *en direction* de gendarmes (qui n'ont même pas été identifiés). Le procureur de la République, qui ne connaissait certainement pas l'excellente comédie avec Pierre Richard des années 1980 (« Le coup du parapluie »), ordonne le prélèvement de son ADN afin de nourrir le FNAEG. M. Aycaguer refuse et est condamné à payer une amende de 500 €.

<sup>225</sup> Cass., crim., arrêt du 28 septembre 2011, *Aycaguer*, n° 11-81.223, attendu n° 1.

similaires<sup>226</sup>. Le juge écarte cette affaire *Marper* en l'espèce, car elle visait le prélèvement d'empreinte génétique de personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction, là où M. Aycaguer avait été condamné. L'arrêt du juge judiciaire était d'ailleurs la confirmation d'une jurisprudence antérieure<sup>227</sup>, qui sera reprise au moins une fois par la suite<sup>228</sup>. Il n'est pas certain que, dans ces trois arrêts, la Cour de cassation ait saisi la gravité des enjeux en cause, le juge refusant même de transmettre une QPC sur ce sujet<sup>229</sup>.

M. Aycaguer saisira la CEDH qui récusera, en 2017<sup>230</sup>, le raisonnement – et donc l'interprétation conforme – du juge judiciaire sur trois moyens. Premièrement parce que les faits reprochés à l'intéressé ne rentraient absolument pas dans ceux autorisant le prélèvement<sup>231</sup>. Deuxièmement parce que la durée de détention de ces données a été jugée excessive : seul un seuil maximal de 40 ans avait été prévu par le législateur. Il convenait donc de proportionner *la durée* de conservation des données à *la gravité* des infractions concernées<sup>232</sup>. Ce point, central pour expliquer la condamnation de la France, était tout à fait prévisible. Il était en effet explicite dans l'arrêt *Marper*, qui se fonde notamment sur l'article 5 de la Convention européenne sur la protection des données<sup>233</sup>. Avec le recul, le raisonnement du juge français paraît (volontairement ?) vicié par l'enfermement de cette jurisprudence dans une casuistique certes importante – l'ingérence dans la vie privée étant logiquement plus forte pour un soupçonné d'infraction que pour un condamné –, mais qui passe à côté des lignes directrices européennes sur la compatibilité de ces fichiers avec l'article 8. La Cour de Strasbourg relève d'ailleurs que cette difficulté avait déjà été soulignée par le Conseil constitutionnel dans une décision de 2010<sup>234</sup>. Le juge de la rue Montpensier avait validé à cette occasion le FNAEG sous la réserve explicite que la durée de conservation des données soit proportionnée à la gravité des incriminations par le pouvoir réglementaire<sup>235</sup> (la loi étant explicite sur ce point)<sup>236</sup>. Bien que ni la décision, ni le commentaire n'y fasse référence, le Conseil applique ici une jurisprudence de la CEDH rendue en 2009<sup>237</sup>, qui avait été négligée par la Cour de cassation dans son arrêt *Aycaguer*. Le juge judiciaire avait tout autant ignoré la réserve d'interprétation du

<sup>226</sup> CEDH, GC, arrêt du 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. n° 30562/04 et 30566/04. L'arrêt est rappelé par la Cour de cassation.

<sup>227</sup> Cass., crim., arrêt du 22 juin 2010, n° 10-80.958.

<sup>228</sup> Cass., crim., arrêt du 19 mars 2013, n° 12-81.533.

<sup>229</sup> Cass., crim., arrêt du 11 juillet 2012, n° 12-81.533. Le renvoi était difficile à justifier étant donné que le Conseil avait déjà rendu une décision sur une version antérieure du fichier (cf. *infra*).

<sup>230</sup> CEDH, arrêt du 22 juin 2017, *Aycaguer c. France*, req. n° 8806/12.

<sup>231</sup> *Ibid.*, §43. Une liste limitative d'infractions permettant un prélèvement génétique est prévue par l'article 706-55 du Code de procédure pénal (CPP). Il s'agit des crimes les plus graves : crimes sexuels, crimes contre l'humanité, meurtres, actes de terrorismes, etc.

<sup>232</sup> *Ibid.*, §34.

<sup>233</sup> CEDH, arrêt précité *S. Marper*, §103.

<sup>234</sup> CC, décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *Jean-Victor C.*, cons. 11.

<sup>235</sup> *Ibid.*, cons. 18.

<sup>236</sup> L'article 706-54 du CPP prévoit à son dernier alinéa qu'un décret en Conseil d'État « précise notamment la durée de conservation des informations enregistrées ».

<sup>237</sup> CEDH, arrêt du 17 décembre 2009, *B.B. et M.B. c. France*, req. n° 5335/06.

Conseil constitutionnel<sup>238</sup>. Troisièmement, la Cour de Strasbourg tranche explicitement le débat soulevé par l'interprétation de l'arrêt *Marper*, en précisant que la procédure d'effacement ne doit pas seulement concerner les individus soupçonnés, mais également ceux condamnés comme M. Aycaguer<sup>239</sup>.

### **Le maintien d'une interprétation non conforme par la Cour de cassation.**

Non seulement le pouvoir réglementaire n'a pas suivi les recommandations du Conseil constitutionnel et de la CEDH, mais la Cour de cassation déclarera une seconde fois le FNEAG conforme à l'article 8 de la CESDH. Pourtant, les juges du fond avaient commencé à appliquer la décision de Strasbourg : ce sera d'abord le cas d'un arrêt du TGI de Grenoble<sup>240</sup>, qui sera suivi par celui de Paris<sup>241</sup>. La Cour d'appel de Nancy, en début d'année 2019, exécutera également strictement l'arrêt *Aycaguer*<sup>242</sup>. Pour des raisons qui nous restent étrangères, la Cour de cassation, dans un arrêt du 15 janvier 2019<sup>243</sup>, a partiellement cassé un arrêt de la Cour d'appel de Rennes qui avait, comme les autres, exécuté la jurisprudence européenne. Elle confirma ainsi son arrêt *Aycaguer* de 2011, même si son interprétation « conforme » est encore plus contestable que la première. Tout d'abord, l'arrêt ne cite plus l'arrêt *Marper*, qui semblait pourtant convenir du fait de la similitude des espèces : la personne n'avait pas été condamnée (comme en 2011), et « il existait des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait commis l'une des infractions »<sup>244</sup>. Ensuite, l'arrêt cite de façon fidèle l'arrêt *Aycaguer* de la CEDH de 2017<sup>245</sup>... pour en tirer la conclusion qu'il ne s'applique pas à l'espèce, au motif que l'individu avait « la possibilité concrète, en cas d'enregistrement de son empreinte génétique au fichier, d'en demander l'effacement »<sup>246</sup>, ce que ne pouvait pas faire M. Aycaguer en 2011.

On peut donc en conclure que *le juge judiciaire ne veut pas exécuter* l'obligation dégagée par la CEDH de proportionner la conservation des données à la gravité de l'infraction. L'interprétation conforme est alors une fuite en avant qui aboutit à une mauvaise exécution de la jurisprudence européenne. Il y a peu de chance que cette résistance aboutisse à autre chose qu'une nouvelle condamnation de la France. Par comparaison, le Conseil constitutionnel, sans doute conforté par l'arrêt du juge de Strasbourg<sup>247</sup>, a réaffirmé sa première analyse<sup>248</sup>, dans une nouvelle QPC portant sur le fichier de traitement d'antécédents judiciaires (TAJ). Cette résistance du juge judiciaire

<sup>238</sup> La Chambre criminelle avait jugé que l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, causée par l'enregistrement des empreintes génétiques, n'est pas disproportionnée et « s'applique, sans discrimination, à toutes les personnes condamnées pour les infractions mentionnées à l'article 706-55 » (arrêt précité 19 mars 2013, attendu n° 7).

<sup>239</sup> CEDH, arrêt précité *Aycaguer*, §44.

<sup>240</sup> TGI de Grenoble, arrêt du 3 octobre 2017, n° 2204/17/CJ.

<sup>241</sup> TGI Paris, arrêt du 20 décembre 2017, n° 16256000563.

<sup>242</sup> N. Bastuck, « Coup d'arrêt judiciaire au fichage des manifestants », *Le Point*, 3 avril 2019. Malgré nos demandes, nous n'avons pu obtenir cet arrêt.

<sup>243</sup> Cass., crim., arrêt du 15 janvier 2019, *M. Léo X.*, n° 17-87185, attendu n° 2 (identique à celui de l'arrêt de 2011).

<sup>244</sup> Cass., arrêt précité *Léo X.*, attendu n° 6.

<sup>245</sup> *Ibid.*, attendu n° 5.

<sup>246</sup> *Ibid.*, attendu n° 6.

<sup>247</sup> Le commentaire aux *Cahiers* cite longuement les jurisprudences européennes (p. 6)... mais pas la décision.

est d'autant plus discutable que la responsabilité de l'inconventionnalité portait, en grande partie, sur le pouvoir réglementaire. D'ailleurs, c'est le Gouvernement qui permettra de conformer le droit national à l'article 8 de la CESDH, en adoptant le décret du 31 octobre 2021<sup>249</sup>. Le nouvel article R. 53-14 du CPP module ainsi la durée de conservation des données génétiques au sein du FNEAG de quinze à quarante ans en fonction de la gravité de l'infraction. Quant à la procédure de demande d'effacement, elle a été également repensée grâce aux nouveaux articles R. 53-14-1 à R. 53-14-4 du CPP, dans un esprit plus conforme à la jurisprudence de Strasbourg. La surveillance de l'exécution de l'arrêt *Aycaguer* sera close par le CMCE en 2022<sup>250</sup>.

**b) *L'interprétation conforme doit être conciliée avec la suprématie constitutionnelle nationale***

**Le refus de contrôler la constitutionnalité d'une interprétation conforme.**  
L'interprétation conforme est un moyen pour le juge de changer le sens du droit national, sans accueillir une exception d'inconventionnalité qui ne produit qu'un effet *inter partes*. Les avantages sont certains. D'abord parce que l'exception n'est pas d'ordre public<sup>251</sup>, même si les avocats ont tendance à systématiquement l'invoquer lorsqu'il est question de droits fondamentaux. Cela évite ensuite au législateur d'adopter une réforme qui peut prendre du temps et qui, par définition, est aléatoire<sup>252</sup>. Autant dire que cet instrument, dès lors que le principe de son existence n'est pas contesté, fait partie des pouvoirs parmi les plus puissants du juge. Se pose ici une question de suprématie constitutionnelle qui a été soulevée récemment par le Conseil constitutionnel, dans la décision *Geoffroy F.* (sur laquelle nous reviendrons plus loin pour traiter du fond de l'affaire)<sup>253</sup>. Depuis le rejet du TECE, notamment, les juridictions administrative et constitutionnelle françaises se sont dotées de jurisprudences, toujours en voie de construction<sup>254</sup>, permettant de protéger l'identité

<sup>248</sup> CC, décision n° 2017-670 QPC du 27 octobre 2017, *M. Mikhaïl P.*, cons. 14. Le premier alinéa de l'article 230-8 du code de procédure pénale n'ayant prévu la possibilité de demander l'effacement du traitement d'antécédents judiciaires, que pour les personnes ayant « fait l'objet d'une décision d'acquittement, de relaxe, de non-lieu ou de classement sans suite », il porte une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée pour toute personne condamnée ou dispensée de peine.

<sup>249</sup> Décret n° 2021-1402 du 29 octobre 2021 *modifiant le code de procédure pénale et relatif au fichier national automatisé des empreintes génétiques et au service central de préservation des prélèvements biologiques* (NOR : INTD2111381D).

<sup>250</sup> CMCE, Résolution du 6 avril 2022, CM/ResDH(2022)84.

<sup>251</sup> CE, arrêt du 24 mai 1995, n° 131990, cons. 1<sup>er</sup>. Cela se justifie par sa nature d'exception procédurale ; ce n'est pas un recours direct et abstrait.

<sup>252</sup> Par exemple, dans ses écrits pour la décision *Geoffroy F.*, le Premier ministre avait demandé au juge constitutionnel « de prendre en compte cette création jurisprudentielle [parce] qu'elle résolvait donc le problème du défaut de recours préventif », commentaire aux *Cahiers*, p. 20.

<sup>253</sup> CC, décision n° 2020-858/859 QPC du 2 octobre 2020, *Geoffroy F.* Sur le point qui nous intéresse ici, v. X. Magnon, « Le Conseil constitutionnel, infidèle aux traditions républicaines, n'entend plus se conformer aux règles du droit public international », *RFDC*, n° 127, 2021, pp. 175 à 191.

<sup>254</sup> Pour un ex. réc., v. R. Déchaux, « La suprématie constitutionnelle selon le juge constitutionnel : maigre avancée pour banale déception. Commentaire de la décision 2021-940 QPC du 15 octobre 2021 Société Air France », *RFDC*, 2022, n° 131.

constitutionnelle de la France face à l'intégration du droit dérivé en droit interne. La question d'une limite à l'intégration de la CESDH, telle qu'interprétée par la CEDH, ne s'était pas posée jusqu'à présent<sup>255</sup>. *Geoffroy F.* ne revient pas sur l'identité constitutionnelle, mais permet une autre concrétisation du *fait* de la suprématie constitutionnelle dans l'ordre juridique interne<sup>256</sup>.

En l'espèce, le contexte de la décision était singulier. Deux séries d'arrêts furent rendues le même jour par la Cour de cassation à cause de la situation de l'intéressé, privé de liberté<sup>257</sup>. Les deux arrêts de renvoi transmettent au Conseil constitutionnel les dispositions du CPP qui n'autorisent pas un individu enfermé (en détention provisoire) dans des conditions indignes à saisir le juge des libertés et de la détention, en précisant qu'elles sont contraires « à la recommandation faite par la Cour européenne des droits de l'homme à la France dans son arrêt du 30 janvier 2020 »<sup>258</sup>. Dans ses jugements au fond<sup>259</sup>, la chambre criminelle décida de renverser l'interprétation antérieure de ces articles pour reconnaître aux détenus la possibilité d'effectuer d'un recours préventif devant la chambre de l'instruction qui leur permettrait de faire cesser une détention provisoire indigne (c'est-à-dire ordonner leur libération)<sup>260</sup>. Ce revirement de jurisprudence posait donc une nouvelle norme en créant une nouvelle procédure juridictionnelle ! Certes, le Gouvernement ne voyait aucun inconvénient à cet activisme du juge judiciaire, bien au contraire<sup>261</sup>, mais l'on comprend que cette décision pouvait troubler le juge constitutionnel<sup>262</sup>.

Le Conseil s'est saisi de l'occasion pour réaffirmer le caractère prioritaire de la QPC<sup>263</sup> et donc, indirectement, la suprématie de la Constitution sur les normes internationales :

« Dès lors, en l'espèce, contrairement à ce que soutient le Premier ministre, il y a lieu pour le Conseil constitutionnel de se prononcer sur les dispositions contestées indépendamment de l'interprétation opérée par la Cour de cassation dans ses arrêts n° 1399 et 1400 du 8 juillet 2020 mentionnés ci-dessus, pour les rendre compatibles

---

<sup>255</sup> Ainsi que nous l'avons montré (et déploré), la question était vue par la doctrine et les juridictions uniquement sous l'angle de l'exécution des décisions de la CEDH.

<sup>256</sup> « le législateur organique a entendu garantir le respect de la Constitution et rappeler sa place au sommet de l'ordre juridique interne », *Geoffroy F.*, cons. 8. Le Conseil reprend ici sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 14.

<sup>257</sup> L'article 23-5 alinéa 4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 prévoit expressément que, dans cette situation, le juge ne doit pas surseoir à statuer en attendant la décision du Conseil constitutionnel, mais se prononcer en même temps au fond.

<sup>258</sup> Cass., crim, arrêts du 8 juillet 2020, n° 1433 et 1434. La Cour vise ici l'arrêt du 30 janvier 2020, *J.M.B. c. France*, req. n° 9671/15 et s., sur lequel nous reviendrons plus loin.

<sup>259</sup> Cass., crim., arrêts du 8 juillet 2020, n° 20-81.731 et 20-81.739.

<sup>260</sup> *Ibid.*, attendu n° 23 et *sq.*

<sup>261</sup> V. les commentaires précités aux *Cahiers*, p. 20.

<sup>262</sup> D'autant plus que la jurisprudence nationale s'était toujours refusée, jusqu'à présent, à créer des nouveaux recours juridictionnels par voie prétorienne.

<sup>263</sup> Consacrée par les articles 23-2 alinéa 5 et 23-5 alinéa 2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, la priorité procédurale de la QPC est indiscutablement fondée sur la suprématie constitutionnelle. Garantir la première n'est qu'un moyen de garantir la seconde.

avec les exigences découlant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »<sup>264</sup>.

Ce refus n'a pas une portée générale : dans le cas où l'interprétation conforme serait à l'origine du doute sérieux, le Conseil accepterait alors d'exercer son contrôle sur celle-ci, et c'est parce que l'interprétation donnée en l'espèce par le juge criminel réduit ce risque d'inconstitutionnalité qu'il le refuse<sup>265</sup>.

**Une fonction fragile.** Cette jurisprudence mérite de lui opposer quelques réflexions d'ordre théorique. Le Conseil avait, jusqu'à présent, une approche concrète de sa fonction puisqu'il effectuait son contrôle de constitutionnalité *a posteriori* à partir de l'interprétation qui en était donnée par les juridictions de renvoi<sup>266</sup>. L'avantage est de réduire (en partie) la fâcheuse orientation abstraite donnée par le législateur organique du contentieux QPC. La décision *Geoffroy F.* semble prendre la position inverse en affirmant que le juge ne tiendra pas compte de l'interprétation donnée par la Cour de cassation dans ses arrêts au fond, ainsi que le lui demandait le Premier ministre. S'agit-il d'un revirement ? Certainement pas, et deux arguments peuvent être avancés. Premièrement, le commentaire aux *Cahiers* trouve paradoxal que le Conseil se prononce sur la base d'une *première* interprétation différente de cette même loi<sup>267</sup>. Deuxièmement, le Conseil estime que, lorsque le sens d'une disposition législative n'est validé que grâce à l'interprétation d'une convention internationale, cela aboutit à priver la QPC de son caractère prioritaire.

Le premier argument n'a pas été repris par le juge constitutionnel. Réaffirmant sa jurisprudence antérieure, le contrôle portera sur l'interprétation de la disposition législative, peu importe que celle-ci ait été « formée simultanément à la décision qu'il rend ou l'ait été auparavant »<sup>268</sup>. Cette position est bienvenue puisqu'elle permet de donner une dimension concrète au contrôle *a posteriori*, ainsi qu'un effet utile aux décisions du Conseil (cf. *supra*). C'est donc le second argument qui sera retenu dans la décision, bien qu'il peine à emporter l'assentiment. D'abord parce que l'on ne sait pas quel est le sens qui sera alors retenu par le juge : littéral ? génétique ? Ensuite parce que l'on ne sait pas comment le juge pourra identifier précisément que l'interprétation de la disposition législative dont il est saisi sera la transposition d'une jurisprudence de la CEDH ou pas. Si la décision de renvoi était claire en l'espèce, on a longuement insisté auparavant sur la technique du silence mise en œuvre par le juge administratif. Et si, par sa proximité avec l'aile centrale du Palais Royal, le juge constitutionnel apprend officieusement qu'il s'agit d'une interprétation conforme conventionnelle, mais que cela ne transparaît pas de la décision, va-t-il oser la requalifier ? Et le juge judiciaire, qui se retrouve finalement mis sur le côté pour avoir affirmé l'autorité de la décision *J.M.B.*, ne pourrait-il pas changer de stratégie et suivre à l'avenir celle administrative ? Enfin, la jurisprudence *Geoffroy F.* s'appliquera-t-elle aux interprétations conformes

<sup>264</sup> CC, décision précitée, *Geoffroy F.*, cons. 11.

<sup>265</sup> *Ibid.*, cons. 10.

<sup>266</sup> CC, décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*

<sup>267</sup> Commentaire aux *Cahiers*, p. 20. Sachant que cette interprétation n'était même pas dans la décision de saisine.

<sup>268</sup> CC, décision précitée *Geoffroy F.*, cons. 9. Dans le même sens, v. décision n° 2016-615 QPC du 9 mars 2017, *Époux V.*, cons. 8 et 9.



permettant la transposition d'une directive, et que le Conseil avait explicitement reconnue il y a peu<sup>269</sup> ? La fonctionnalité de cette nouvelle jurisprudence nous paraît, pour l'avenir, bien fragile.

**Un fondement bancal.** Sur le fond, on peut questionner la réalité de l'atteinte au caractère prioritaire qui justifie la décision. Pour le Conseil constitutionnel, suivre les indications du Premier ministre aurait conduit à contrôler la constitutionnalité de la loi *après* que la conventionnalité de celle-ci ait été effectuée<sup>270</sup>. On appréciera que le juge admette formellement que l'interprétation conforme est le fruit d'un contrôle de conventionnalité. Cependant, on s'étonne qu'une première incohérence n'ait pas été identifiée par le juge. On l'a vu, une limite à cette nouvelle jurisprudence a été posée : elle ne s'appliquera pas si l'interprétation conforme à la CESDH permet d'identifier un motif sérieux de saisir le Conseil constitutionnel (cons. 10). Dans ce cas, le juge ordinaire aura tout autant réalisé un contrôle de conventionnalité *avant* que le contrôle de constitutionnalité soit effectué par le juge constitutionnel... Décidément, nos « sages » ont du mal à maintenir un raisonnement logique jusqu'au bout.

Ensuite, l'interprétation conforme n'est pas une exception d'inconventionnalité<sup>271</sup> : le juge constitutionnel vise ici un raisonnement *a priori* du juge ordinaire, un contrôle matériel en quelque sorte. Or, la nature prioritaire de la QPC est *formelle* puisqu'elle est procédurale : on peut l'opposer à une exception d'inconventionnalité ou à un renvoi préjudiciel<sup>272</sup>, mais peut-on l'opposer à une interprétation, formalisée dans le texte d'un arrêt ? Le risque que craint visiblement le juge, c'est que se pérennise une « conventionnalité écran » qui l'empêche d'être saisi<sup>273</sup>. En d'autres termes, l'interprétation conforme, en neutralisant l'inconventionnalité de la loi, neutraliserait par ricochet la possibilité d'un contrôle par le juge constitutionnel<sup>274</sup>, puisque le sens des droits fondamentaux constitutionnels est à peu près le même que celui des droits fondamentaux conventionnels. On avoue ne pas vraiment comprendre cette crainte<sup>275</sup>, étant donné que le résultat sur la licéité des dispositions contestées est identique, que soient en cause les premiers ou les seconds (et qu'une interprétation conforme à la CESDH équivaut à une interprétation conforme à la Constitution). Qu'on ne se méprenne pas : on ne soutient pas que le contrôle de conventionnalité et celui de conventionnalité seraient semblables, bien au contraire. Du point de vue de leur finalité, étant donné que le juge constitutionnel s'appuie sur la jurisprudence de la

---

<sup>269</sup> CC, décision n° 2015-520 QPC du 3 février 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash*, cons. 4 et 5. Étant donné le statut spécifique du droit de l'UE au sein de la jurisprudence constitutionnelle, la réponse nous semble négative.

<sup>270</sup> Commentaire aux *Cahiers*, p. 20 à 21.

<sup>271</sup> En théorie, lorsqu'un requérant soulève une exception d'inconventionnalité, le juge ne devrait pas produire d'interprétation conforme. Il est malheureusement certain que la pratique est différente.

<sup>272</sup> Même si ce ne fut pas la position de la Cour de cassation dans son arrêt *Melki*, (arrêt du 16 avril 2010, n° 10-40.002, v. P. Gaïa, « La Cour de cassation résiste... mal », *RFD-A*, 2010 p. 458) ou le Conseil constitutionnel dans sa décision *Jérémy F.* (décision n° 2013-314P QPC du 4 avril 2013).

<sup>273</sup> Le commentaire aux *Cahiers* cite ainsi l'arrêt de la Cour de cassation : crim., 14 mai 2019, n° 19-81.408.

<sup>274</sup> Plus concrètement, l'interprétation conforme neutralise le caractère sérieux de la question.

<sup>275</sup> En revanche, il est évident que pour le justiciable, à qui doit être expliqué que la question constitutionnelle est prioritaire et qui constate que la loi n'est pas transmise au Conseil par application de la CEDH, risque d'y voir une preuve de plus du caractère kafkaïen de notre justice.

CEDH pour interpréter les « droits et libertés constitutionnellement garantis », le résultat est identique<sup>276</sup>. Certes, un risque de conflit autour de ces interprétations est toujours possible (*Aycaguer...*), mais justifie-t-il cette jurisprudence ?

Au bénéfice du juge constitutionnel, il a sans aucun doute raison de craindre que l'interprétation conforme fasse parfois écran au renvoi d'une QPC. Ce que le Conseil croit combattre ici n'est que la conséquence du caractère restreint de la procédure de contrôle *a posteriori* de 2008. En faisant le (mauvais) choix d'un filtrage par les juges suprêmes, le pouvoir de révision a consciemment conduit à ce que la QPC soit maîtrisée par ces derniers<sup>277</sup>. À partir du moment où la justice constitutionnelle n'est plus concentrée – et la révision aboutit bien à une déconcentration (loin d'être complète) –, le juge constitutionnel ne devrait pas s'étonner que le juge du filtre ait la capacité de neutraliser quelques questions, qu'il agisse sur le fondement de la CEDH ou de la Constitution<sup>278</sup>.

Une nuance à cette critique s'impose toutefois : il est tout à fait légitime de penser que certains droits fondamentaux font partie de notre identité constitutionnelle<sup>279</sup>. Pour la garantir, il faudrait alors maintenir la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité de l'interprétation conforme à la CESDH. Encore une fois, le contrôle de constitutionnalité et celui de conventionnalité ne sont pas identiques. On a défendu ailleurs que la liberté d'expression aurait un sens différent en France de celui de la majorité des États européens<sup>280</sup>. Néanmoins, cette garantie est maintenue par le considérant 10 déjà commenté. C'est donc sur le plan théorique que l'on regrettera que le juge constitutionnel n'ait pas voulu s'engager sur la voix d'une unification de sa jurisprudence portant sur la suprématie constitutionnelle – bien que cela ne nous surprenne pas<sup>281</sup> –, car transposer les principes de *Droits d'auteurs*<sup>282</sup> au contentieux des lois interprétées conformément à la CEDH nous paraît totalement compatible avec la doctrine de la marge nationale d'appréciation de la Cour<sup>283</sup>. Loin de nous l'idée que la Cour accepterait automatiquement cette « réserve constitutionnelle », mais elle serait plus susceptible de l'accepter que la CJUE.

---

<sup>276</sup> Le fait que le Conseil constitutionnel ait, en l'espèce, annulé les dispositions législatives en vigueur pousse à conforter cette analyse. Qu'a donc fait le Conseil constitutionnel dans cette décision si ce n'est exécuter lui aussi la décision *J.M.B. c. France*, au moyen des sources constitutionnelles, comme la Cour de cassation l'avait fait au moyen de l'interprétation conforme à la CESDH ?

<sup>277</sup> La littérature sur ce sujet est très importante et rares sont les auteurs qui soutiennent que ce contrôle est compatible avec un modèle de justice constitutionnelle concentré.

<sup>278</sup> Sur l'interprétation conforme à la Constitution effectuée par la Cour de cassation pour éviter le renvoi d'une QPC, v. la longue note 34 *in* X. Magnon, « Le Conseil constitutionnel, infidèle... », *op. cit.*, p. 186.

<sup>279</sup> Dans notre thèse, nous avons identifié ces droits comme des normes à constitutionnalité renforcées : *Les normes à constitutionnalité renforcée. Recherche sur la production du droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit constitutionnel, t. 163, 2022, 728 p.

<sup>280</sup> « La suprématie constitutionnelle selon le juge constitutionnel... », *op. cit.*

<sup>281</sup> Le juge constitutionnel semble penser que la différence de fondement de primauté pour le droit international (article 55) et le droit de l'UE (article 88-1) justifie une différence de nature de l'identité constitutionnelle. On ne peut que rejeter avec force une telle analyse téléologique.

<sup>282</sup> CC, décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Droit d'auteur*.

<sup>283</sup> F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, *op. cit.*, 15<sup>e</sup> éd., p. 209 et *sq.*

## B) Les techniques de résistance du juge national

La concrétisation de l'exécution d'un arrêt de la CEDH, qu'il vise ou non la France, est l'objet de tensions entre deux impératifs pour le juge national : *l'impératif d'intégration du droit européen* d'un côté, et celui du *maintien du droit national* de l'autre. Le second est beaucoup plus complexe que le premier : satisfaire l'impératif européen, c'est respecter l'autorité (intégrée) de la Cour. L'impératif de maintien du droit national peut prendre différentes formes : sécurité ou tradition juridique, respect de la compétence politique (légicentrisme), ou tout simplement réticence à porter les valeurs libérales de la Cour... Cela ne veut pas dire dans ce dernier cas que le juge national est *illibéral*<sup>284</sup> mais, qu'à la différence du juge de Strasbourg, il n'est pas *que* juge des libertés et qu'il doit concilier ces dernières avec d'autres normes. Nous tenterons ici de faire le tour des principales techniques de résistance qui ont été mises au point par le juge français. La différence avec l'interprétation conforme tient au fait que les techniques de résistance sont plus assumées par le juge national. Alors que l'on a vu que la première permettait au juge de prétendre appliquer la jurisprudence européenne<sup>285</sup>. Ces techniques vont de l'exécution plus ou moins partielle jusqu'à celle *contra legem* ou plutôt *contra conventionem*. Leurs identifications ne sont pas évidentes, car la technique du silence et des motivations souvent lacunaires ne permettent pas toujours d'avoir une vision très claire de la position du juge. Il semble que l'on peut les séparer en deux catégories, celles qui seraient justifiées par l'interprétation de certaines normes nationales spécifiques (1), et celles qui seraient justifiées par la carence du législateur (2).

### 1) L'inexécution justifiée par la spécificité de certaines normes nationales

Le juge national ne refuse pas l'exécution pour des motifs liés à l'autorité des décisions de la CEDH. On en est persuadé. En revanche, certaines normes nationales, ou plutôt leur interprétation, semblent convaincre le juge de résister, de façon plus ou moins forte. Sans être ici encore exhaustif, on a identifié deux catégories de jurisprudences de refus, celles motivées par le maintien d'une continuité jurisprudentielle (a), et celles motivées par le maintien de pratiques politiques (b)

#### a) *Le maintien d'une continuité jurisprudentielle*

**La tradition juridique contre l'exécution.** L'histoire des relations entre le juge français et la CEDH est loin d'être un long fleuve tranquille, et chaque étudiant

<sup>284</sup> Nous n'excluons pas cette possibilité, bien au contraire (Hongrie, Pologne, Russie...)

<sup>285</sup> Cass., arrêt précité *Léo X*.

apprend dans ses gammes de droit administratif le conflit portant sur le défunt « Commissaire du gouvernement »<sup>286</sup>. La jurisprudence *Esclatine* du Conseil d'État<sup>287</sup>, rendue quelques semaines après l'annonciateur *Reinhardt* de la CEDH<sup>288</sup>, marque le début d'un des plus importants bras de fer qu'ait connu la France avec le juge européen. L'inconventionnalité de cette vénérable institution<sup>289</sup> était pourtant prévisible, puisque dès l'arrêt *Procola*<sup>290</sup>, la CEDH montra sa volonté de strictement séparer des fonctions qui ne l'étaient que par tradition dans les États membres. Le conflit culminera avec l'arrêt *Kress*<sup>291</sup>, et il ne sera définitivement conclu, après près de quinze ans de jurisprudence<sup>292</sup>, qu'avec l'arrêt *Marc-Antoine*<sup>293</sup>.

On sait aussi, sans qu'il soit besoin de détailler ces conflits connus, que la conception française de la justice, formelle, s'est plusieurs fois trouvée en conflit avec l'approche fonctionnelle de la CEDH<sup>294</sup>. Si ces contentieux sont désormais (à peu près) éteints, ils peuvent surprendre. En effet, quels sont les motifs d'une telle résistance ? C'est sans doute un certain attachement à la tradition qui explique ces résistances. Par ce terme, nous visons des impératifs non juridiques, qui illustrent la fonction conservatoire des juridictions suprêmes (et constitutionnelles) au sein d'un ordre juridique. Celle-ci n'est pas surprenante et contestable en soi, à partir du moment où le pouvoir politique conserve la possibilité de valider l'évolution jurisprudentielle.

Outre ces conflits, le contrôle de la réciprocité d'un engagement international nous semble illustrer ce repli sur soi, quasi psychologique, du juge administratif français que l'on observe parfois. Rappelons qu'il s'agit d'une condition de validité des traités internationaux posée par l'alinéa 15 du préambule de 1946 et l'article 55 de la Constitution de 1958. La position du Conseil d'État avait été formalisée sous la V<sup>ème</sup> République par l'arrêt *Rekhou*<sup>295</sup>, mais elle datait de la Restauration<sup>296</sup>. Elle imposait au juge administratif d'interroger le ministre des Affaires étrangères lorsque le respect de la réciprocité était mis en cause par une partie, au motif qu'il s'agissait, selon les conclusions du Commissaire du gouvernement Combarrous, d'un « pouvoir exorbitant du droit international tendant à suspendre unilatéralement tout ou partie des effets d'un traité ou d'un accord inappliqué »<sup>297</sup>. Par comparaison, la Cour de cassation, dans

<sup>286</sup> Sur l'affaire, cf. *GACEDH*, n° 30, 10<sup>e</sup> éd., p. 363. Pour un résumé, v. L. Milano, « L'euro-compatibilité du rapporteur public une nouvelle fois en question », *RDLF*, 2012, chron. 14, 6 p.

<sup>287</sup> CE, arrêt du 29 juillet 1998, *Mme Esclatine*, n°179635 et 180208. Il vient confirmer l'ancienne jurisprudence du 10 juillet 1957, *Gervaise*, n° 26517.

<sup>288</sup> CEDH, GC, arrêts du 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France*, req. n° 22921/93.

<sup>289</sup> A. Barav, « Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État français et l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes », *RIDC*, vol. 26, 1974, p. 811 et *sq.*

<sup>290</sup> CEDH, arrêt du 28 septembre 1995, *Procola c. Luxembourg*, req. n° 14570/89.

<sup>291</sup> CEDH, GC, arrêt du 7 juin 2001, *Kress c. France*, req. n° 39594/98.

<sup>292</sup> Citons l'arrêt du 26 février 2002, *Fretté c. France*, req. n° 36515/97, et l'arrêt du 12 avril 2006 de Grande Chambre, *Martinie c. France*, req. n° 58675/00.

<sup>293</sup> CEDH, arrêt du 4 juin 2013, *Marc-Antoine c. France*, req. n° 54984/09.

<sup>294</sup> Ainsi l'arrêt précité *Debout* est en contrariété avec l'arrêt du 28 juin 1978, *König c. Allemagne*, req. n° 6232/73.

<sup>295</sup> CE, Ass., arrêt du 29 mai 1981, *Rekhou*. N° 15092.

<sup>296</sup> CE, arrêt du 23 juillet 1823, *Veuve Murat, Comtesse de Lipona, Rec.*, p. 545.

<sup>297</sup> Le Commissaire du gouvernement vise implicitement l'article 60 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (que la France n'a pas signée), et pas la curieuse et isolée décision 80-126 DC du 30

un arrêt de 1984<sup>298</sup>, fit de la réciprocité une présomption irréfragable, tant que le Gouvernement ne prend pas l'initiative de dénoncer la convention. Malgré le développement du contrôle de conventionnalité (avec l'arrêt *Nicolo*<sup>299</sup>), le Conseil d'État confirmera cette position dans un nouvel arrêt d'Assemblée de 1999<sup>300</sup>. Or, le temps de la Charte de 1814 ou de la IIIème République est désormais derrière nous. La question de la validité des traités n'est plus une question d'ordre politique – ce qui justifiait la compétence du Quai d'Orsay –, car ils sont de plus en plus d'effet direct et qu'ils modifient les droits subjectifs des justiciables. La CEDH avait déjà condamné la France pour avoir conservé cette pratique à propos de l'interprétation des stipulations d'un traité en 1994<sup>301</sup>, condamnation qui avait été heureusement anticipée par l'arrêt *GISTI* de 1990<sup>302</sup>. Pourquoi cette prévision ne fut-elle pas élargie au cas de la réciprocité, si ce n'est pour des considérations hors du droit ? De façon tout à fait prévisible, la CEDH condamnera donc la France, sur le fondement du droit à obtenir une décision de *justice* (article 6), dans un arrêt de 2003, *Chevrol*<sup>303</sup>. Il faudra presque sept ans au Conseil d'État pour appliquer enfin le standard européen<sup>304</sup>, et rendre le renvoi au ministère des Affaires étrangères facultatif, comme il l'avait jugé en 1990 à propos de l'interprétation<sup>305</sup>.

La résistance d'un juge national n'est pas typiquement française, et par exemple suite à l'affaire *Kroon*<sup>306</sup>, la Cour suprême néerlandaise, dans un arrêt 4 novembre 1994, jugeait la jurisprudence de Strasbourg « trop évolutive et créatrice concernant les obligations positives de l'État au titre de l'article 8 »<sup>307</sup>. Comme pour l'affaire française du Commissaire du gouvernement était mise en avant une « tradition » juridique incontestée jusque là. On ne discutera pas ici la légitimité, la pertinence ou la véracité de ce type d'affirmation, nous souhaitons juste souligner l'existence de ce type d'arguments... que l'on retrouve également devant la Cour de cassation. On rappellera le contentieux portant sur la non-discrimination envers les enfants adultérins qui avait conduit à la condamnation de la France dans l'arrêt *Mazurek*<sup>308</sup>. Malgré l'adoption de la loi du 3 décembre 2001, la France sera condamnée de nouveau en 2013 à cause des dispositions transitoires jugées contraires à l'article 14 combiné avec l'article 1<sup>er</sup> du Premier protocole<sup>309</sup>. La Cour de cassation continuera de façon très discutable

---

décembre 1980 du Conseil constitutionnel (*Loi de finances pour 1981*), dans laquelle il avait jugé audacieusement que le constat de la non-réciprocité opérait seulement un déclassement de ce traité dans la hiérarchie des normes (cons. 6).

<sup>298</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., arrêt du 6 mars 1984, *Mme Kappy épouse Lisak*, n° 82-14008.

<sup>299</sup> CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.

<sup>300</sup> CE, Ass., 9 avril 1999, *Mme Chevrol-Benkeddach*, n° 180277.

<sup>301</sup> CEDH, arrêt du 24 novembre 1994, *Beaumartin c. France*, req. n° 15287/89.

<sup>302</sup> CE Ass., 29 juin 1990, *Gisti*, n°78519. L'affaire *Beaumartin* trouvait son origine dans des décisions antérieures.

<sup>303</sup> CEDH, arrêt du 13 février 2003, *Chevrol c. France*, req. n° 49636/99.

<sup>304</sup> CE, Ass., 9 juillet 2010, *Mme Cheriet-Benseghir*, n° 317747.

<sup>305</sup> On regrettera cette jurisprudence tardive puisque, en définitive, le juge administratif a quasiment fait de la réciprocité une présomption (sans le dire) comme le juge judiciaire... en 1984 !

<sup>306</sup> CEDH, arrêt du 27 octobre 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, req. n° 18535/91.

<sup>307</sup> E. Lambert Abdelgawad, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 27.

<sup>308</sup> CEDH, arrêt précité *Mazurek c. France*.

<sup>309</sup> CEDH, GC, arrêt du 7 févr. 2013, *Fabris c. France*, req. n° 16574/08.

d'appliquer ces dernières dans un arrêt de 2015<sup>310</sup> qui aboutira à une nouvelle condamnation de la France, près de 20 ans après la première, en 2019<sup>311</sup>.

La résistance au moyen de la tradition juridique est parfois un peu formelle, si ce n'est symbolique. Par exemple, le Conseil constitutionnel a toujours refusé de s'aligner sur l'approche de la CEDH concernant le droit de propriété, même si le régime constitutionnel et celui conventionnel sont désormais identiques (ce qui permet d'éviter toute condamnation *in concreto*)<sup>312</sup>. Il est évident qu'on ne peut comprendre le phénomène de l'exécution sans prendre en compte ces dimensions de psychologie sociale. Nous laissons toutefois aux sociologues du droit la tâche de développer scientifiquement cette question.

## ***b) Le maintien d'une pratique politique***

**La mauvaise exécution due à de contraintes politiques.** Si le législateur et l'exécutif sont généralement peu enclins à protéger des traditions juridiques aussi importantes pour les magistrats qu'abstraites pour les politiques, certaines résistances ont une origine directement liées à un contexte politique. C'est le cas, nous semble-t-il, de la question de l'enfermement des mineurs étrangers. Dans l'affaire *Popov*<sup>313</sup>, qui connut un retentissement médiatique, la France fut condamnée pour le placement pendant quinze jours de deux enfants – âgés respectivement de cinq mois et trois ans – dans un centre de rétention administrative (CRA), en compagnie de leurs deux parents. La CEDH a constaté la violation des articles 3, 5 et 8 de la CESDH. Sans rentrer dans le détail d'une jurisprudence et d'un droit complexe, plusieurs éléments expliquent la condamnation de la France<sup>314</sup>. Tout d'abord, le point le plus délicat réside sans doute dans l'âge des mineurs. La Cour de Strasbourg n'adopte pas une attitude aussi libérale que plusieurs autorités administratives indépendantes françaises<sup>315</sup> : l'enfermement de jeunes enfants – voire de nourrisson – ne constitue pas en soi une violation de l'article 3 de la CESDH (son contrôle comprend trois facteurs)<sup>316</sup>. L'inconventionnalité vient alors des conditions de réclusion, dont certaines sont abominables pour des mineurs

<sup>310</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., arrêt du 4 mars 2015, n° 14-11.119.

<sup>311</sup> CEDH, arrêt du 14 mars 2019, *Quilichini c. France*, req. n° 38299/15.

<sup>312</sup> A. Vidal-Naquet, « Vers la "conventionnalisation" du contrôle de constitutionnalité ? », *op. cit.*, p. 35. L'auteur compare la décision n° 2011-118 QPC du 8 avril 2011, M. *Lucien M* avec la jurisprudence *Bitouzet* du Conseil d'État.

<sup>313</sup> CEDH, arrêt du 19 janvier 2012, *Popov c. France*, req. n° 39472/07. S. Slama, « Voici venu le temps d'en finir avec la rétention arbitraire des enfants (à propos de l'arrêt *Popov*) », *AJ Pénal*, 2012 p. 281.

<sup>314</sup> J.-L. Sauron, « L'exécution des arrêts de la CEDH... », *op. cit.*, p. 6.

<sup>315</sup> L'interdiction par principe de l'enfermement des mineurs a été soutenue tant par le Défenseur des droits français (décision n° 2018-045 du 8 février 2018, *Recommandations générales au titre de l'article 25 de la loi organique du 29 mars 2011*) que par la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (Avis du 24 septembre 2020 *sur la proposition de loi visant à encadrer la rétention administrative des familles avec mineurs*). C'est évidemment aussi la position de toutes les associations spécialisées (GISTI, La Cimade, etc.).

<sup>316</sup> L'âge des enfants mineurs doit être contextualisé avec le caractère adapté ou non des locaux au regard de leurs besoins spécifiques et de la durée de leur rétention, CEDH, arrêt du 12 juillet 2016, *R.M. et autres c. France*, n° 33201/11, §70.

(Mayotte)<sup>317</sup>. Ensuite se pose l'épineuse question de l'impératif de l'enfermement au regard des exigences du droit à la sûreté. Il n'existait notamment aucun fondement légal dans le CESEDA à celui-ci, les mineurs ne pouvant pas, par principe, faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire<sup>318</sup>. Enfin, dès lors que l'on admet la nécessité de cette privation de liberté, l'ingérence dans la vie familiale est extrêmement difficile à proportionner pour les autorités<sup>319</sup>.

La situation en droit français devait prendre en compte un facteur supplémentaire, l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par la Convention de New York (et à laquelle fait explicitement référence la Cour)<sup>320</sup>. Néanmoins, l'enfermement de mineurs étrangers, qui a commencé à se développer en 2004, n'avait pas été condamnée par la Cour de cassation en 2009<sup>321</sup>. On peut le regretter, car un arrêt légèrement antérieur à *Popov* permettait d'anticiper une telle décision du juge européen<sup>322</sup>. La réaction du pouvoir exécutif a été plutôt rapide puisqu'une circulaire du 6 juillet 2012, qui interdit le placement en détention des mineurs (sauf trois exceptions), fut rapidement adoptée<sup>323</sup>. L'assignation à résidence devint le principe, et la mise en rétention l'exception. Cette exécution n'a malheureusement pas produit les effets escomptés, sans doute par manque de volonté politique. Les différents gouvernements qui se sont succédé depuis 2012 ont manifestement fait le choix de ne pas appliquer totalement la jurisprudence européenne<sup>324</sup>. Une première difficulté est venue de l'inapplication de la circulaire à Mayotte, malgré un recours du GISTI devant le Conseil d'État<sup>325</sup>. D'après les chiffres d'associations spécialisées repris par le Défenseur des droits<sup>326</sup>, le nombre de mineurs enfermés en CRA, avec leur famille ou à titre individuel, n'a fait qu'augmenter depuis 2012, particulièrement dans ce territoire d'outre-mer<sup>327</sup>. Des pratiques contestables sont aussi relevées : « les autorités placent parfois l'un des parents en rétention administrative, en vue de contraindre les autres

<sup>317</sup> CEDH, arrêt précité *Popov*, §94 et s. Cela rejoint la situation que nous verrons *infra* sur les conditions matérielles d'emprisonnement en France.

<sup>318</sup> Ancien art. L. 511-4 devenu L. 611-3 du CESEDA (suite à la nouvelle codification opérée par l'ordonnance du 16 décembre 2020).

<sup>319</sup> C'était d'ailleurs la justification officielle de l'enfermement des mineurs : les laisser avec leurs parents (réponse du ministre de l'Intérieur à la question n° 58712, *JORF* du 17 mai 2005).

<sup>320</sup> CEDH, arrêt précité *Popov*, §52. Ce droit a été postérieurement consacré dans le droit souple du Conseil de l'Europe (§53 et *sq.*) et en droit de l'UE (§60).

<sup>321</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., arrêt du 10 décembre 2009, n° 0814141 et 0821101.

<sup>322</sup> CEDH, arrêt du 19 janvier 2010, *Muskbadzhiyeva et autres c/ Belgique*, req. n° 41442/07. V. P. Chevalier, « Le placement d'un jeune enfant accompagnant ses parents en centre de rétention dans l'attente de leur reconduite à la frontière : "traitement inhumain" ou "simple expérience pénible ?" », *Constitutions*, 2010 p. 260.

<sup>323</sup> Circulaire du 15 octobre 2012 (NOR : INTK 1207284C).

<sup>324</sup> La crise migratoire étant un facteur déstabilisant.

<sup>325</sup> CE, arrêt du 13 février 2013, *GISTI*, n° 361401. Le CE rejette le recours, car les requérants n'ont pas réussi à prouver que le ministre avait formellement donné l'ordre de ne pas appliquer la circulaire à Mayotte (cons. 19). Il est vrai qu'il faudra attendre les chiffres de 2013 (cf. *infra*) pour apprécier la réalité de ce contournement.

<sup>326</sup> Forum Réfugiés, France Terre d'Asile, la Cimade et l'Ordre de Malte rendent chaque année un rapport sur la situation des CRA en France.

<sup>327</sup> En 2013, 3 608 enfants ont été placés en CRA (contre 2 674 en 2012), dont 3 512 à Mayotte, Défenseur des droits, décision du 16 février 2015, *Tierce-intervention du Défenseur des droits devant la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire R.K. c. France*, MDE-2015-35, p. 3.

membres à quitter le territoire pour rejoindre ce dernier. Plus grave encore, cette mesure peut conduire les enfants sans autre parent à se retrouver seuls sur le territoire »<sup>328</sup>. Sous couvert d'application de la jurisprudence *Popov*, l'unité familiale est alors menacée, en contradiction manifeste avec l'article 8 de la CESDH.

Ces faits expliquent que, moins de quatre ans plus tard, la France sera de nouveau condamnée à quatre reprises le même jour par le juge de Strasbourg<sup>329</sup>. Peu de temps auparavant, le législateur avait (enfin) modifié le CESEDA pour donner un fondement légal à l'enfermement des mineurs, consacrant son caractère exceptionnel (loi du 7 mars 2016)<sup>330</sup>. Mais ces dernières années nous ont appris que l'exception en droit est une notion (très) subjective. Ainsi, tant cette consécration législative que les nouvelles condamnations ne conduiront pas l'État à changer sa politique. Sur le territoire métropolitain<sup>331</sup>, le nombre d'enfermements de mineurs en CRA continuera à augmenter jusqu'en 2019<sup>332</sup>. Si l'évolution législative permettra en 2021 au CMCE de conclure la surveillance de l'arrêt *Popov* et des condamnations de 2016<sup>333</sup>, la France sera encore durement condamnée dans l'arrêt *Moustahi*<sup>334</sup> puis l'arrêt *M.D.*<sup>335</sup>.

Il est difficile d'évaluer comment l'exécution par le juge national de l'arrêt *Popov* a souffert de ce contexte politique<sup>336</sup>. Le sentiment, à la lecture des quelques décisions rendues par le Conseil d'État sur le sujet<sup>337</sup>, est plutôt que le juge n'ose contredire une politique qu'il estime, à tort ou à raison, populaire. Certes, les recommandations de

---

<sup>328</sup> Défenseur des droits, décision précitée du 16 février 2015, p. 4.

<sup>329</sup> CEDH, arrêts rendus le 12 juillet 2016, *R.M. et autres*, req. n° 33201/11 ; *A.B. et autres*, req. n° 11593/12 ; *A.M. et autres*, req. n° 24587/12 ; *R.K. et autres*, req. n° 68264/14 et *R.C. et R.V.*, req. n° 76491/14. V. A. Gelblat, « La CEDH et la pratique française de rétention des mineurs étrangers : L'impossibilité pratique plutôt que l'interdiction de principe ? », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 29 août 2016, 13 p.

<sup>330</sup> Le troisième alinéa de l'article L. 551-1 précise désormais que l'enfermement en CRA « n'est pas applicable à l'étranger accompagné d'un mineur ». Trois exceptions sont prévues : – lorsque l'intéressé n'a pas respecté les prescriptions d'une précédente assignation à résidence ; – s'il a pris la fuite ou a opposé un refus à l'occasion de l'exécution de la mesure d'éloignement ; – si l'intérêt supérieur de l'enfant le commande, pour limiter les transferts dans les heures qui précèdent le départ ».

<sup>331</sup> En 2012, le Défenseur des droits comptait 99 enfants placés en rétention en métropole, 41 en 2013, 45 en 2014, 105 en 2015, 182 en 2016 et 275 en 2017, Défenseur des droits, décision n° 2018-045 du 8 février 2018, *Recommandations générales au titre de l'article 25 de la loi organique du 29 mars 2011*, p. 4. V. eg. Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *AVIS du 9 mai 2018 relatif à l'enfermement des enfants en centres de rétention administrative*, NOR : CPLX1815780V. À Mayotte, en 2016, on comptait 4 378 enfants placés dans le CRA et 328 dans le LRA, (Rapport pour 2015 des associations précitées, *Centres et locaux de rétention administrative*, 2016, p. 23).

<sup>332</sup> D'après les chiffres fournis par le Gouvernement français au Service de l'exécution le 15 janvier 2021 (DH-DD(2021)71), on comptait en 2018 en métropole 199 mineurs enfermés et, en 2019, 276. Si l'on constate une baisse pour les années 2020 et 2021, on pourra certainement l'imputer à la crise Covid.

<sup>333</sup> CMCE, Résolution du 2 décembre 2021, CM/ResDH(2021)324.

<sup>334</sup> CEDH, arrêt du 25 juin 2020, *Moustahi c. France*, req. n° 9347/14. V. K. Dedry, « Retour sur les droits des mineurs non accompagnés à Mayotte après l'arrêt de la CEDH Moustahi contre France du 25 juin 2020 », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], 14 décembre 2020, 10 p.

<sup>335</sup> CEDH, arrêt du 22 juillet 2021, *M.D. et A.D. c. France*, req. n° 57035/18.

<sup>336</sup> Hormis le constat d'échec que la France fut condamnée au moins 6 fois depuis *Popov*.

<sup>337</sup> CE, ref., ord. du 27 août 2012, n° 361402 ; ord. du 25 octobre 2014, n° 385173. Dans ce dernier arrêt, c'est plus l'absence de recherche de l'identité du mineur par le TA que l'application de la jurisprudence *Popov* qui a permis l'annulation de l'ordonnance de non-suspension de l'exécution d'arrêtés de placement en CRA.



l'arrêt *Popov* ont été appliquées<sup>338</sup>, mais sans produire l'effet attendu. Car le juge fait face à une autre difficulté qui tient à ce que l'enferment des mineurs est aussi prévu – même si elle est encadrée – par la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008<sup>339</sup>. L'État français était peut-être plus préoccupé par la transposition de cette directive que par l'exécution de la jurisprudence *Popov*<sup>340</sup>. On peut conclure sur cette mauvaise exécution en soulignant que les raisons sont autant d'ordre politique – la nécessité de maîtriser une immigration qui est de plus en plus condamnée dans l'opinion publique<sup>341</sup> – que d'ordre financier – la nécessité de limiter au maximum les dépenses pour ces centres. D'ailleurs, plusieurs décisions qui sont encore sous la surveillance du CMCE portent, en 2021, sur des questions liées à l'accueil des étrangers, qu'il s'agisse de l'arrêt *Khan* (défaut de prise en charge et de protection d'un mineur étranger isolé)<sup>342</sup> ou de l'arrêt *M. A.* (éloignement d'un étranger malgré un risque de mauvais traitements)<sup>343</sup>. Dans un autre registre, on relèvera la non-exécution par l'État d'une décision de justice définitive, qui s'explique parce qu'elle porte sur la mise en œuvre de la très complexe loi DALO<sup>344</sup>, qui inspire, comme pour l'enfermement des mineurs étrangers, un contexte politique et matériel peu favorable à son exécution.

## 2) L'inexécution justifiée par la carence du législateur

À ses débuts silencieuse sur la nécessité pour l'État condamné de rouvrir une voie de droit pour la victime reconnue (*Markx*), la Cour a élaboré, dès le milieu des années 1990, une jurisprudence affirmant qu'elle n'avait pas compétence pour ordonner ce type de mesure<sup>345</sup>, même si elle insistait sur son importance<sup>346</sup>. Certes, lorsque l'origine de la violation se trouve dans le manque d'indépendance et d'impartialité d'une juridiction nationale, la Cour estime indispensable la nécessité

<sup>338</sup> CE, arrêt précité du 13 février 2013, cons. 15.

<sup>339</sup> C'est particulièrement clair : CE, arrêt du 13 février 2013, *GISTI*, n° 361401, cons. 9 à 11.

<sup>340</sup> V. la réponse du ministre de l'Intérieur sur l'évolution de la situation des mineurs étrangers (*JO Sénat*, 5 novembre 2015, p. 2582) à la question d'un sénateur (*JO Sénat*, 30 octobre 2014, p. 2413).

<sup>341</sup> 71% des Français estiment que « notre pays compte déjà beaucoup d'étrangers et qu'accueillir des immigrés supplémentaires n'est pas souhaitable » selon le baromètre IFOP « de la fraternité » 2021 [en ligne].

<sup>342</sup> CEDH, arrêt du 28 février 2019, *Khan c. France*, req. n° 12267/16. La dernière réunion du CMCE des 30 novembre - 2 décembre 2021 a conclu au maintien de la surveillance (CM/Notes/1419/H46-13).

<sup>343</sup> CEDH, arrêt du 1<sup>er</sup> février 2018, *M.A. c. France*, req. n° 9373/15. La dernière réunion du CMCE des 8 - 9 mars 2022 a conclu au maintien de la surveillance (CM/Notes/1428/H46-9).

<sup>344</sup> CEDH, arrêt du 9 avril 2015, *Tchokontio Happi c. France*, req. n° 65829/12. Dans cet arrêt, la CEDH n'a pas elle-même reconnu l'existence d'un droit au logement. Si la requérante a été relogée, le maintien de la surveillance s'explique par le fait que la loi DALO est toujours d'une effectivité très réduite, un dernier bilan d'action a été envoyé par la France le 14 février 2022 (DH-DD(2022)203).

<sup>345</sup> Elle s'est toujours déniée une compétence d'ordonner la réouverture, CEDH, arrêt précité *Saïdi c. France*, §47. Dans l'arrêt de Grande Chambre du 30 juin 2009, *Veren gegen Tierfabriken Schweiz c. Suisse* (req. n° 32772/02), elle a seulement convenu que le refus de réouverture par un État, était un grief suffisant pour juger recevable une nouvelle requête (§65), même si le CMCE avait clos la surveillance de l'exécution. Elle en concluait toutefois que le refus n'était pas susceptible de constituer une violation par principe de la CESDH (§90).

<sup>346</sup> CEDH, arrêt du 5 février 2015, *Bochan c. Ukraine*, req. n° 22251/08 §58.

d'ouvrir un nouveau procès<sup>347</sup>. Elle fait ainsi preuve de réalisme tout en essayant au maximum d'influencer les États membres à prévoir, dans leur droit national, cette possibilité. Le juge français montre beaucoup de réticence à suivre ces recommandations (a), bien que la situation semble évoluer dernièrement (b).

### a) Une approche formelle de la séparation des pouvoirs

**Une possibilité de réouverture restreinte à certains domaines du droit privé.** Le juge français, on l'a vu avec l'arrêt *Baumet*, respecte traditionnellement la compétence du législateur pour l'ouverture d'une voie de réexamen de la situation d'un individu reconnu victime par la CEDH. Ce dernier ne l'a fait que deux fois, dans les cas où l'arrêt portait sur une décision pénale et sur l'état des personnes<sup>348</sup>. La loi du 15 juin 2000 institue une « Commission de réexamen » près la Cour de cassation d'une décision pénale qui intervient suite au prononcé d'un arrêt de condamnation de la France. C'est une voie de recours extraordinaire qui n'est ouverte que pour les violations les plus graves que la satisfaction équitable ne permet pas de réparer<sup>349</sup>. Cette commission juge uniquement les éléments de droit, et non de fait, et peut autoriser, le cas échéant, une réouverture du procès pénal. Il est difficile pour un non-spécialiste d'en tirer un bilan depuis qu'elle a été réformée en 2014<sup>350</sup>. L'article 42 de la *loi de modernisation de la Justice* du 18 novembre 2016 s'inspire du système mis en place en juin 2000 en le cantonnant à l'état des personnes<sup>351</sup>. C'est la question de la reconnaissance des enfants nés à l'étranger d'une GPA qui l'aurait justifié<sup>352</sup>, et bien que la réforme n'était pas nécessaire pour clore la surveillance des affaires ayant abouti à une condamnation de la France<sup>353</sup>, elle a permis une avancée certaine dans un domaine du droit encore en construction. Devant le juge administratif, l'article R. 834-1 du CJA ne prévoit l'ouverture d'un recours qu'en cas de problème de forme de la décision. Il a pu être soutenu en conséquence que la réouverture était formellement possible, tout en

<sup>347</sup> CEDH, arrêt du 23 octobre 2003, *Gencel c. Turquie*, n° 53431/99, §27. On notera que la Turquie s'est exécutée, v. CMCE, résolution du 5 décembre 2013, CM/ResDH(2013)256, point 7. V. eg. l'arrêt du 9 avril 2013, *Flueras c. Roumanie*, req. n° 17520/04, qui juge que la réouverture « représente en principe un moyen approprié de redresser la violation constatée », §71.

<sup>348</sup> Avant la réforme de 2000, la Chambre criminelle jugeait qu'un arrêt de condamnation de la Cour européenne n'avait « aucune incidence directe en droit interne sur les décisions des juridictions nationales » (arrêt du 4 mai 1994, *Saïdi*, n° 93-84.547).

<sup>349</sup> Art. 622-1 du CPP.

<sup>350</sup> Pour un bilan jusqu'à la réforme, v. F. Fournié, « Réviser la révision », *JCP G*, 7 juillet 2014, n° 27, p. 1326 et *sq.* Il est difficile de suivre après l'évolution de l'activité de la Commission. Jusqu'en 2014, une partie du *rapport annuel de la Cour de cassation* était consacré à l'« activité de la Commission de réexamen d'une décision consécutive à un arrêt CEDH ». À partir de la réforme, le bilan porte sur l'activité de « la commission d'instruction des demandes en révision et en réexamen et de la cour de révision et de réexamen des condamnations pénales » qui a une compétence plus large.

<sup>351</sup> Art. L. 452-1 du Code de l'organisation judiciaire.

<sup>352</sup> CEDH, arrêts du 26 juin 2014, *Menesson c. France*, req. n° 65192/1 ; *Labassee c. France* req. n° 65941/11.

<sup>353</sup> CMCE, résolution des 19-21 septembre 2017, CM/Notes/1294/H46-9.

soulignant que cette procédure est enserrée dans un délai extrêmement restreint qui aurait rendu forclosé par principe toute demande suivant une décision de la CEDH<sup>354</sup>.

Ce renvoi au législateur est bien évidemment sain dans un État démocratique où règne la séparation des pouvoirs. On peut comprendre que le juge n'ait pas souhaité instituer, de manière prétorienne, de nouvelles voies de réouverture d'une décision juridictionnelle définitivement close : il ne s'agit pas seulement de l'autoriser à rejuger, mais d'organiser toute une procédure (de saisine, du procès, *etc.*), pour laquelle seul le législateur est compétent. On peut regretter que la CEDH n'ait pas elle-même prévu une telle obligation à destination des États, car la réouverture d'une affaire par le juge national peut sembler parfois être une nécessité indispensable, notamment lorsque la violation est fondée sur une « condamnation prononcée par un par un tribunal qui n'était pas indépendant et impartial au sens de l'article 6§1 »<sup>355</sup>. Toutefois, l'inexécution ou la mauvaise exécution qui peut résulter de ce respect de la compétence législative ne semble pas suivre des lignes directrices claires. Est-ce que ce renvoi à la responsabilité du législateur n'est pas surtout révélateur de la mauvaise volonté du juge national de tirer toutes les conclusions d'un arrêt de condamnation. Ainsi dans l'affaire *Borgers c. Belgique*<sup>356</sup>, les modalités d'intervention du Ministère public devant la Cour de cassation étaient contestées, comme en France, au regard de l'article 6 de la Convention. Le juge belge, en attendant une réforme législative, « a mis en place, à titre intérimaire, une nouvelle pratique selon laquelle les requérants peuvent répondre à l'avis de l'avocat général et ce dernier ne participe plus au délibéré »<sup>357</sup>. Était-ce une solution inacceptable pour le juge français ? Ou était-ce l'exécution même de la jurisprudence européenne qui était inacceptable ?

**Le rejet formel par le juge administratif.** En 2004, le Conseil d'État est saisi une nouvelle fois par Mme Chevrol qui, suite à la décision de la CEDH, demande la réouverture l'instance juridictionnelle close en 1999. Le Commissaire du Gouvernement Schwartz estime dans ses conclusions que « tous les manquements à l'article 6, paragr. 1, ne pourraient induire un réexamen de l'affaire. [...] Cela nous semble dépasser les limites de la mission du juge »<sup>358</sup>. La justification à cette position est que, pour la France, la violation de l'article 6§1 trouve le plus souvent son origine dans la longueur excessive des procédures (ce qui n'était pas le cas dans l'affaire *Chevrol*). Il est vrai que dans cette situation, la réouverture serait sans doute paradoxale, sachant que le juge n'est pas à l'origine de cette lenteur, mais le manque de moyens (matériels, humains, financiers...) que lui alloue le pouvoir politique. À première vue, seule une indemnité permet de réparer alors la violation du droit à la célérité de la justice qui a été constatée par la Cour. Le Conseil d'État, rejoignant la position de la

<sup>354</sup> J. Andriantsimbazovina, « La réouverture d'une instance juridictionnelle administrative après condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2005, p. 163.

<sup>355</sup> CEDH, arrêt du 24 mars 2004, *Gençel c / Turquie*, req. n° 53431/99, §27. Pour leur défense, les rédacteurs de la Convention n'imaginaient certainement ni la portée que prendrait l'article 6§1 dans la jurisprudence de la Cour, ni les conflits impliquant de telles violations.

<sup>356</sup> CEDH, arrêt du 30 octobre 1991, *Borgers c. Belgique*, req. n° 12005/86.

<sup>357</sup> CMCE, Résolution du 30 octobre 1991, ResDH(2001)108.

<sup>358</sup> R. Schwartz, « Autorité de la chose jugée et condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme », *Dalloz*, 2004, p. 1414 et *sq.*

Cour de cassation<sup>359</sup>, va suivre son rapporteur en se fondant formellement sur l'article 46 de la CESDH<sup>360</sup>.

Toutefois, la CEDH a reconnu dans son arrêt *Kudla contre Pologne* l'obligation d'instituer un recours effectif (article 13) permettant de lutter contre le délai déraisonnable de jugement<sup>361</sup>. Aussi, la justice française a des moyens d'action : ne pourrait-elle pas, après des décennies de condamnations par Strasbourg, engager la responsabilité de l'État sous ce motif, alors qu'elle l'ose pour l'inaction climatique ? Si politiquement, cette solution est difficilement envisageable, elle devrait pouvoir l'être juridiquement. En se déchargeant sur le législateur au lieu d'exécuter la décision de la CEDH, le juge national prend-il bien toute la mesure de l'article 55 de la Constitution ? Enfin, dès lors qu'il s'agit de la violation d'un droit substantiel, et non d'un droit processuel, la réouverture devrait être envisagée de façon plus favorable<sup>362</sup>. C'est d'ailleurs la position du CMCE dans une recommandation du 19 janvier 2000<sup>363</sup>, même si peu d'États prévoient explicitement une telle réforme<sup>364</sup>.

## b) Une instrumentalisation de la séparation des pouvoirs

**Le refus contestable du Conseil d'État d'exécuter l'arrêt *J.M.B. contre France*.** La situation dans les prisons françaises est très préoccupante<sup>365</sup>. Depuis les arrêts *Ramirez Sanchez* du 27 janvier 2005<sup>366</sup> et *Frérot* du 12 juin 2007<sup>367</sup>, les condamnations par le juge de Strasbourg s'accumulent. Une première évolution viendra du Conseil d'État qui, par trois arrêts intervenus en 2007, a restreint le domaine des mesures d'ordre intérieur pour ouvrir les recours contre les actes adoptés

<sup>359</sup> Cass., crim., arrêts du 3 février 1993, *Kemmache*, n° 92-83.443 et du 4 mai 1994, *Saïdi*, n° 93-84.547.

<sup>360</sup> CE, arrêt du 11 février 2004, *Mme Chevrol*, n° 257682.

<sup>361</sup> CEDH, GC, arrêt du 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, req. n° 30210/96, §150 et *sq.* V. l'opinion dissidente du juge Casadevall qui suit le positionnement classique, et qui estime que « seul le justiciable subira les conséquences de cette situation », §5.

<sup>362</sup> Cf. par ex., F. Sudre, « À propos de l'obligation d'exécution d'un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDA*, 2013, p. 103, §39.

<sup>363</sup> CMCE, Recommandation du 19 juin 2000, CM/Rec(2000)2.

<sup>364</sup> Mme Fercot compte, en 2007, 14 États sur les 47 ayant mis en place au moins une procédure pénale, civile ou administrative permettant la réouverture d'une procédure juridictionnelle, v. « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit allemand. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Karlsruhe et regards sur le droit français », *RFDC*, n°71, 2007, p. 661. Parmi ceux-ci, seule la Suisse aurait prévu une procédure dans le domaine administratif, les autres États, comme la France, ne l'ont fait que dans le domaine pénal, voir civil. Elle relève aussi que 7 États ont permis la réouverture de procédure nationale au titre de l'exécution des arrêts de la CEDH.

<sup>365</sup> CPT, *Rapport au Gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée en France par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 6 au 10 juillet 2020*, 24 juin 2021, CPT/Inf (2021) 17 ; E. Senna, « Quels enseignements à tirer du rapport parlementaire sur les dysfonctionnements et manquements de la politique pénitentiaire française ? », *Gazette du Palais*, 15 mars 2022, n° 9, p. 10. Rappelons que, en France, il y a 105 prisonniers pour 100 000 habitants, et une surpopulation carcérale estimée à 116 %.

<sup>366</sup> CEDH, arrêt *Ramirez Sanchez* précité.

<sup>367</sup> CEDH, arrêt du 12 juin 2007, *Frérot c. France*, req. n° 70204/01.

dans les établissements pénitentiaires<sup>368</sup>. L'arrêt *Yengo*<sup>369</sup> et surtout l'arrêt *J.M.B.* – comportant 32 requêtes contre la France – montreront l'insuffisance d'une telle jurisprudence<sup>370</sup>. Car non seulement la situation matérielle des prisonniers ne s'est guère améliorée, occasionnant une violation de l'article 3 CESDH particulièrement déshonorante pour notre État, mais surtout leur droit à mettre en cause juridictionnellement de telles conditions indignes semble inexistant (article 13). La France est « tenue de prendre des mesures générales pour résorber définitivement la surpopulation carcérale et établir un recours préventif effectif en pratique », formule qui révèle l'impatience de la Cour. Pourtant, devant le juge des référés, la Section française de l'Observatoire international des prisons n'arrivera pas à obtenir que soient ordonnées des mesures organisationnelles ou structurelles qui sont nécessaires à ce que cessent ces conditions indignes d'enfermement<sup>371</sup>. Le juge explicite son refus en mettant en avant les limites de son office, défini par la loi, qui ne lui permettait pas, dans le cadre d'un contentieux de l'urgence, d'adopter ce type de mesures<sup>372</sup>. Ce serait dès lors au législateur d'agir s'il souhaitait que le juge bénéficie de ces nouveaux pouvoirs<sup>373</sup>. Si, formellement, l'argument paraît familier à défaut d'être solide, c'est surtout parce qu'il découle d'interprétation particulière de la loi par le Conseil d'État, et qu'une autre aurait été possible :

« Ce n'aurait pas été déformer excessivement l'article L. 521-2 du Code de justice administrative que d'estimer qu'il pouvait permettre l'injonction de mesures organisationnelles et structurelles à chaque fois qu'une telle injonction constituait le seul moyen de préserver la liberté en cause – à l'instar de ce que le Conseil d'État avait jugé à propos du caractère provisoire des mesures prononçables, qu'on aurait pu croire impliqué de manière absolue par la nature de référé de la voie de droit ouverte par l'article L. 521-2 »<sup>374</sup>.

Ce jugement à la Ponce Pilate est ainsi tout à fait contestable. Que le juge administratif ne souhaite pas s'immiscer dans la compétence législative régissant sa propre compétence, on le comprend parfaitement. Qu'il maintienne à la virgule près sa jurisprudence qui a valu plusieurs condamnations explicites par le juge de Strasbourg est plus difficile à fonder juridiquement<sup>375</sup>. N'y a-t-il pas une forme d'hypocrisie à se défausser sur une réforme dont on sait qu'elle n'est « absolument pas à l'ordre du jour »<sup>376</sup> ? Là encore, ne faudrait-il pas envisager d'engager la responsabilité de l'État de façon massive ? Certains auteurs n'hésitent pas à évoquer un déni de justice<sup>377</sup>. Nous

<sup>368</sup> CE, Ass, arrêts du 14 décembre 2007, *Planchenault* (n° 290420), *Boussonar* (n° 290730) et *Payet* (n° 306432). S. Hourson, « La réduction du domaine des mesures d'ordre intérieur », *Revue générale du droit* [en ligne], 2008, n° 1873.

<sup>369</sup> CEDH, arrêt du 21 mai 2015, *Yengo c. France*, req. n° 50494/12.

<sup>370</sup> CEDH, arrêt précité *J.M.B. c. France*. Note E. Decaux, *JDI*, 2021, n° 3, pp. 1130 à 1134.

<sup>371</sup> CE, arrêt du 9 octobre 2020, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 439372.

<sup>372</sup> *Ibid.*, cons. 6.

<sup>373</sup> *Ibid.*, cons. 11.

<sup>374</sup> G. Eveillard, « Conditions de détention indignes. L'office du juge du référé-liberté et la Convention européenne des droits de l'homme », *Droit Administratif*, 2021, n° 2, comm. 7.

<sup>375</sup> Le juge justifie son inaction au motif qu'une loi, pourtant inférieure hiérarchiquement à la CESDH, ne permette pas au juge d'exécuter la décision rendue à Strasbourg.

<sup>376</sup> O. le Bot, « Chronique de contentieux administratif. Décisions d'octobre à décembre 2020 », *JCP A*, 15 février 2021, n° 7, p. 2049.

<sup>377</sup> J. Andriantsimbazovina, « La réouverture d'une instance juridictionnelle... », *op. cit.*

n'irons pas jusque là, puisque le juge de l'excès de pouvoir pourra ordonner les mesures nécessaires, même si cela ne permet pas, à l'évidence, de procéder à une exécution immédiate de l'arrêt *J.M.B. contre France*. Ce sera d'ailleurs l'avis du CMCE, qui constatera l'inexécution de l'arrêt *Yengo* en 2019<sup>378</sup>. Dans son rapport pour l'année 2020, le Comité déplore la mauvaise exécution par la France de l'arrêt *J.M.B.* et la maintiendra sous surveillance *soutenuë*<sup>379</sup>. Il y réaffirme la nécessité essentielle d'instaurer un recours préventif efficace.

Le juge administratif n'adopte-t-il pas enfin une conception très limitée de la notion de mesure « organisationnelle et structurelle » ? Il est évident qu'il ne s'agit pas d'ordonner à l'administration d'engager des dépenses de rénovation ou de construction pour lesquelles elle n'a pas le budget, mais d'adapter la situation des prisonniers à des conditions d'emprisonnement jugées inhumaines, ainsi que le fera la Cour de cassation dans ses arrêts du 8 juillet 2020. L'ampleur de telles mesures paraît tout à fait adaptée à son office. L'exécution de la jurisprudence européenne permettrait de faire gagner du temps<sup>380</sup>, et est dans l'intérêt de tous les acteurs. De la victime tout d'abord, qui n'a pas à attendre de réforme de la part du politique pour voir ses droits rétablis. De l'État ensuite, qui n'aurait plus à craindre une nouvelle condamnation. Et enfin, soyons un peu démagogique, du citoyen qui n'aura pas à continuer à payer des indemnités qui, certes, ne sont pas très élevées, bien qu'elles viennent indiscutablement grever nos finances publiques. Réfléchissons à la somme que la France a dû légitimement verser pour ses condamnations répétitives relatives à la lenteur de sa justice... Et si cet argent avait été employé à recruter des magistrats ou des greffiers<sup>381</sup> ?

**La recherche d'une conciliation par le Conseil constitutionnel.** Ce sera donc au Conseil constitutionnel d'essayer de conformer notre droit avec la jurisprudence de Strasbourg. Connaissant la frilosité du juge de la rue Montpensier face aux injonctions au législateur, la partie n'était pas gagnée d'avance. Sans doute, la gravité de la situation des détenus et l'impératif d'éviter de nouvelles condamnations ont permis cette avancée. On a déjà étudié la décision *Geoffroy F.* de 2020, qui avait imposé au législateur la nécessité qu'il garantisse aux personnes en détention provisoire la possibilité de saisir le juge afin de les préserver d'un enfermement indigne<sup>382</sup>. Cette jurisprudence a été confirmée l'année d'après par la décision *Section française de l'Observatoire international des prisons*<sup>383</sup>. Le Conseil constitutionnel était saisi des dispositions du CPP censées garantir l'enfermement dans des conditions dignes. Il leur était reproché, logiquement, de ne pas avoir prévu de recours effectif. Dans un

<sup>378</sup> CMCE, résolution du 12 avril 2019, DH-DD(2019)416.

<sup>379</sup> CMCE, *Surveillance de l'exécution des arrêts et décisions de la CEDH 2020. 14<sup>e</sup> rapport annuel du Comité des ministres*, 2021, p. 76.

<sup>380</sup> J. Andriantsimbazovina, « La réouverture d'une instance juridictionnelle... », *op. cit.*, p. 163.

<sup>381</sup> Il est très difficile, sans faire une analyse au cas par cas (et loi de finances par loi de finances), de savoir combien la France a dû payer dans le cadre de l'article 41 depuis 1986. Le rapport du Comité des ministres détaille ces chiffres chaque année, mais uniquement depuis 2007. En 2020, la France a été condamnée à payer un peu plus d'un million d'euros, alors que le montant s'élevait à 250 000 € en 2019 (CMCE, 14<sup>e</sup> rapport annuel, précité 2020, p. 64.

<sup>382</sup> CC, décision précitée *Geoffroy F.*

<sup>383</sup> CC, décision n° 2021-898 QPC du 16 avril 2021, *SFOIP*.

considérant de principe qui ne pourra normalement plus laisser de place au doute, le juge a affirmé :

« il appartient aux autorités judiciaires ainsi qu'aux autorités administratives de veiller à ce que la privation de liberté des personnes condamnées soit, en toutes circonstances, mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne. Il appartient, en outre, aux autorités et juridictions compétentes de prévenir et de réprimer les agissements portant atteinte à la dignité de la personne condamnée détenue et d'ordonner la réparation des préjudices subis. Enfin, il incombe au législateur de garantir aux personnes condamnées la possibilité de saisir le juge de conditions de détention contraires à la dignité de la personne humaine, afin qu'il y soit mis fin. Dans le choix des modalités retenues pour assurer cette protection, il peut toutefois tenir compte des exigences liées à l'exécution de la peine »<sup>384</sup>.

Si *Geoffroy F.* et la possibilité pour le juge de mettre fin à la détention provisoire est confirmée, le Conseil autorise ici le législateur à prévoir des recours différents en fonction de la situation des prisonniers. N'osant pas contredire le Conseil d'État, toute la responsabilité repose donc sur le législateur, pour ne pas avoir prévu de véritable recours effectif dans la loi. Toutefois, la décision ne produira pas d'effet, car le Parlement, présentant sans doute cette inconstitutionnalité, avait adopté, une semaine plus tôt, la loi du 8 avril 2021 *tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention*. Elle instaure un recours au bénéfice de tout détenu qui considère que ses conditions de détention sont contraires à la dignité de la personne humaine (art. 803-8 du CPP). S'il est en détention provisoire, il pourra saisir le juge des libertés et de la détention. Ce sera le juge de l'application des peines s'il est incarcéré en exécution d'une peine privative de liberté. Critiquée dès le stade de son dépôt par la CNDH<sup>385</sup>, elle devrait permettre de conformer enfin notre droit à la jurisprudence européenne. Il sera nécessaire d'attendre la prochaine session du CMCE pour savoir si la dignité des prisons françaises a été, un minimum, rétablie.

\*\*\*

Parvenu au terme de cette étude, il n'est sans doute pas inutile d'en résumer les principaux apports. D'abord, il est certain que l'article 46 de la CESDH ne permet plus,

---

<sup>384</sup> Cons. 12.

<sup>385</sup> CNDH, *Déclaration relative à la proposition de loi tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention*, 25 mars 2021, n° D-2021-2.

à lui seul, de comprendre qu'elle est la portée de l'obligation d'exécution des arrêts de la CEDH qui pèsent sur les États et les juges nationaux. La doctrine en tire la conséquence que l'autorité de la Cour serait plus faible que celle d'une juridiction nationale : soit elle serait relative, soit seule son « interprétation » serait obligatoire. Sans nier la part de réalité de ces hypothèses, la situation nous paraît plus complexe. Un juge national peut appliquer une décision de Strasbourg dans deux situations. Premièrement si un arrêt de condamnation vise son ordre juridique (exécution immédiate). Deuxièmement, en tant qu'autorité chargée d'intégrer la CEDH en droit interne, un texte rendu vivant par la CEDH (exécution médiata). C'est pourquoi l'autorité des arrêts n'est ni absolue, ni relative, ni ne porte sur la chose « interprétée » : c'est une autorité intégrée au sein de l'ordre juridique interne. Cette troisième – ou quatrième selon les décomptes – forme d'autorité explique que les effets des décisions de la Cour soient disparates dans la jurisprudence nationale. Le juge peut vouloir mettre en conformité le processus d'exécution avec la suprématie constitutionnelle par exemple. Elle motive aussi la difficulté à réceptionner certaines « recommandations générales » contenues dans les arrêts de Strasbourg. Bref, la bonne exécution des arrêts de la CEDH dépend de facteurs étrangers à son autorité. L'objectif de cet article était de montrer la nécessité de penser l'exécution de la jurisprudence internationale comme la poursuite de l'intégration d'un ordre juridique international. Il pose sans doute plus de questions qu'il n'y répond.