

CONSEIL D'ÉTAT

Le droit européen des droits de l'homme

**Un cycle de conférences
du Conseil d'État**

La Documentation française

Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Les rapports du Conseil d'État » (ancienne collection « Études et documents du Conseil d'État », EDCE)

- Les autorités administratives indépendantes (EDCE n° 52), 2001.
- Collectivités publiques et concurrence (EDCE n° 53), 2002.
- Perspectives pour la fonction publique (EDCE n° 54), 2003.
- Un siècle de laïcité (EDCE n° 55), 2004.
- Responsabilité et socialisation du risque (EDCE n° 56), 2005.
- Sécurité juridique et complexité du droit (EDCE n° 57), 2006.
- L'administration française et l'Union européenne :
Quelles influences ? Quelles stratégies ? (EDCE n° 58), 2007.
- Le contrat, mode d'action publique et de production de normes (EDCE n° 59),
2008.
- Droit au logement, droit du logement (EDCE n° 60), 2009.
- L'eau et son droit (EDCE n° 61), 2010.
- Consulter autrement, participer effectivement, (EDCE n° 62), 2011.

Collection « Les études du Conseil d'État »

- La norme internationale en droit français, 2000.
- L'influence internationale du droit français, 2001.
- La publication et l'entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs,
2001.
- Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine
public, 2002.
- Collectivités territoriales et obligations communautaires, 2004.
- L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social, 2004.
- Le cadre juridique de l'action extérieure des collectivités locales, 2006.
- Inventaire méthodique et codification du droit de la communication, 2006.
- Pour une politique juridique des activités spatiales, 2006.
- Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national,
2007.
- Le droit de préemption, 2008.
- L'implantation des organisations internationales sur le territoire français, 2008.
- Les recours administratifs préalables obligatoires, 2009.
- La révision des lois bioéthiques, 2009.
- Les établissements publics, 2010.
- Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, 2010.
- Vers l'institution d'un parquet européen, 2011.

Collection « Droits et Débats »

- Le droit européen des droits de l'homme, 2011.
- Les développements de la médiation (*à paraître*)
- La valorisation économique des propriétés des personnes publiques (*à paraître*)



Préface

Jean-Marc Sauvé

Vice-président du Conseil d'État

La nouvelle collection *Droits et Débats* a pour ambition de prolonger, par une série d'ouvrages consacrés aux colloques et aux cycles de conférences du Conseil d'État, l'écho des débats que l'institution engage avec la doctrine, les praticiens du droit, l'administration, les experts et les partenaires économiques et sociaux.

En lançant cette collection, la section du rapport et des études du Conseil d'État offre une publication rassemblée et cohérente des échanges pluridisciplinaires qu'elle organise. Les enjeux majeurs auxquels est confrontée la juridiction administrative et qui s'inscrivent en résonance avec les préoccupations de la société civile, de ses représentants, de ceux qui l'administrent et qui la font vivre, ont prévalu pour le choix des thèmes : droits de l'homme, démocratie environnementale, procédures de médiation, valorisation du patrimoine de l'État...

Chaque ouvrage restitue, comme c'est le propos d'une collection d'actes, l'intégralité d'interventions qui dressent le bilan de la théorie et de la pratique juridiques et contribuent ainsi à la compréhension des enjeux juridiques, économiques et sociaux soumis au débat. L'intérêt de la publication réside aussi dans la valorisation des contenus, par l'insertion systématique des références citées par les intervenants (textes, jurisprudence...) et par la sélection d'une documentation synthétique propres à en faciliter la lecture et la compréhension. Les actes s'enrichissent enfin le plus largement possible des notices biographiques des intervenants, d'index et de sélections bibliographiques.

Inscrite dans le prolongement du débat public, la collection *Droits et Débats* puise son identité et forge sa dynamique dans la valorisation de la discussion engagée avec le public. Chaque ouvrage a vocation à remplir cet engagement, en rendant compte de la part vivante des échanges qui ont eu lieu, par le jeu direct des questions-réponses, entre la centaine d'intervenants et les quelque 3 000 participants des colloques et conférences qui sont venus, cette dernière année, à la rencontre du Conseil d'État. Les ouvrages n'esquiveront ni les objections, ni les approches novatrices. Chaque participant, chaque partenaire, chaque intervenant a vocation à inscrire son empreinte dans le débat, en proposant au lecteur un espace de réflexion, en l'incitant à explorer des hypothèses et à esquisser des pistes de progrès.



Le comité de rédaction de la collection *Droits et Débats* est présidé par Olivier Schrameck, président de la section du rapport et des études du Conseil d'État. Le secrétariat de la section du rapport et des études assure la conception et la réalisation des ouvrages.

Le présent ouvrage constitue le premier tome de la collection : il est consacré aux actes d'un cycle de six conférences réalisées par le Conseil d'État en étroite collaboration avec la Cour européenne des droits de l'homme sur le thème du droit européen des droits de l'homme. Il sera suivi par la publication d'un volume consacré aux actes du colloque sur la médiation que le Conseil d'État a organisé à la chambre de commerce et d'industrie de Paris, puis d'un ouvrage sur le thème de la valorisation économique des propriétés des personnes publiques, qui a donné lieu à un colloque à l'École nationale d'administration. La publication d'un recueil d'un cycle de conférences sur la démocratie environnementale est également prévue au premier semestre 2012.

Je souhaite plein succès à cette nouvelle collection qui a vocation à illustrer l'ouverture sans cesse croissante du Conseil d'État à la diversité de ses interlocuteurs et aux problèmes juridiques de notre temps.



Sommaire

Préface	3
Avant-propos	7
Présentation générale du cycle de conférences	9
Les intervenants du cycle de conférences	15
1- Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme	25
<i>Sommaire de la conférence</i>	25
<i>Actes - Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme</i>	26
<i>Témoignages</i>	45
<i>Echanges avec les participants</i>	51
2- Le droit au recours et la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme	63
Sommaire de la conférence	63
Actes - Le droit au recours et la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme	64
Témoignages.....	73
Echanges avec les participants	75
3- Les interférences entre les sources de droit européen et les influences croisées entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme	85
Sommaire de la conférence	85
Actes - Les interférences entre les sources de droit européen et les influences croisées entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme	86
Echanges avec les participants	117
Propos conclusifs.....	121
4- Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité	123
Sommaire de la conférence	123
Actes - Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité	124
Echanges avec les participants	158
Propos conclusifs.....	177



5- Le droit européen de la détention et son influence sur le droit national	179
<i>Sommaire de la conférence</i>	179
<i>Actes – Le droit européen de la détention</i>	181
1er thème : la densification progressive de la règle de droit et de l'écart subsistant entre la règle et les pratiques.....	183
<i>Echanges avec les participants sur le 1er thème</i>	194
2ème thème : la justiciabilité croissante des mesures pénitentiaires : l'utile aiguillon du droit au recours effectif dans la réduction du champ des mesures d'ordre intérieur	196
<i>Echanges avec les participants sur le 2ème thème</i>	208
3ème thème : protection des droits fondamentaux des détenus : la source conventionnelle des obligations positives (articles 2, 3 et 8 de la Convention).....	208
<i>Propos conclusifs</i>	220
6- Le droit européen de la propriété et son influence sur le droit national	223
<i>Sommaire de la conférence</i>	223
<i>Actes - Le droit européen de la propriété et son influence sur le droit national</i>	224
<i>Echanges avec les participants</i>	266
<i>Propos conclusifs</i>	269
Index des principaux arrêts et décisions cités	271
<i>Cour européenne des droits de l'homme</i>	271
<i>Cour de justice de l'Union européenne</i>	275
<i>Conseil constitutionnel</i>	276
<i>Conseil d'État</i>	278
<i>Cour de cassation</i>	280
Extraits de la Constitution et de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel	282
Extrait des principaux articles des Traités cités au cours des débats et Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	285
Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, « Déclaration d'Interlaken », 19 février 2010	309
Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne	314



Avant-propos

Martine Jodeau

Conseiller d'État,

Coordinatrice du cycle de conférences

Le Conseil d'État a organisé en 2010 un cycle de conférences consacré au droit européen des droits de l'homme, qui s'est tenu au Palais-Royal jusqu'en juin 2011. Un tel projet n'aurait pas vu le jour sans un partenariat étroit et efficace entre le Conseil d'État et la Cour européenne des droits de l'homme, ni sans la participation active de juges de la Cour de justice de l'Union européenne, de membres du Conseil Constitutionnel, de magistrats de la Cour de cassation, de membres du Conseil d'État, d'avocats et de représentants de l'Université et des administrations.

Ce cycle, par son thème et par la diversité des intervenants qu'il a rassemblé, a été l'expression de la coopération fructueuse qui existe entre les deux cours européennes et entre celles-ci et les juridictions nationales, et de la recherche constante, par l'ensemble des juges européens, d'une cohérence de leurs jurisprudences au service de la garantie des droits fondamentaux.

L'événement est intervenu à un moment chargé d'histoire : au plan national avec l'entrée en vigueur le 1er mars 2010 de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a introduit la question prioritaire de constitutionnalité et, au plan européen, avec celui de la célébration du cinquantième anniversaire de la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi celui de l'entrée en vigueur, le 1er décembre 2009, du Traité de Lisbonne, qui a conféré à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne la même valeur juridique que les traités. Cette Charte, qui était déjà une source d'inspiration commune aux deux Cours européennes est alors devenue directement opposable et invocable. En outre, ce cycle de conférences s'est tenu au moment même où la perspective de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prenait corps. Cette adhésion, qui pour beaucoup représente à la fois une chance mais aussi un défi pour la garantie des droits fondamentaux, devrait prochainement devenir une réalité.

Au cœur de cette actualité, le Conseil d'État a souhaité rassembler des spécialistes, intervenants ou invités, issus d'horizons les plus variés, pour leur permettre de partager leurs points de vue et leur expérience. En particulier, il s'est agi, au cours des nombreux échanges auxquels a donné lieu ce cycle de conférences, de tenter d'apporter des réponses aux délicates questions de l'enchevêtrement des systèmes de protection des droits de l'homme en Europe, de l'interférence des différentes sources du droit, de l'imbrication des jurisprudences émanant des différentes



juridictions européennes et nationales et ce, dans la logique de la subsidiarité qui est le fondement même de l'organisation du système issu de la Convention et de la nécessité d'un dialogue des juges nationaux et des juges européens.

Ces rencontres ont permis de mettre en évidence la nécessité de clarifier le rôle de chaque juridiction suprême au niveau européen et national, d'identifier leurs interactions réciproques et de mieux articuler entre elles les différentes procédures qui existent au service de la protection des droits fondamentaux. Elles ont ainsi conduit à évoquer, en particulier, les questions liées à l'insertion de la question prioritaire de constitutionnalité dans la dynamique qui fonde les systèmes européens de protection des droits fondamentaux, mais aussi les questions que pose la création éventuelle d'une procédure de renvoi à titre préjudiciel devant la Cour européenne des droits de l'homme. Des voies de réponse ont été esquissées qui, toutes, soulignent l'exigence fondamentale d'agir en commun pour préserver cet héritage de l'humanisme européen que nous avons en partage, celui qu'incarne aujourd'hui le système européen de protection des droits fondamentaux.

Ce recueil rassemble les contributions de tous les intervenants et retrace les différents échanges intervenus au cours des six conférences du cycle. Il rend compte de la portée des débats et permet de prendre la mesure des défis qui ont été surmontés et de ceux qui restent à relever, pour continuer d'œuvrer à l'affermissement de la protection des droits de l'homme en Europe, dans le respect des cultures et des traditions de chacun des 47 États parties à la Convention.

Le Conseil d'État remercie très chaleureusement l'ensemble des intervenants et des participants qui, tous, ont contribué au succès de ce cycle de conférences.



Présentation générale du cycle de conférences

Les actes du cycle de conférences sur le droit européen des droits de l'homme reproduisent les interventions des six conférences qui sont intervenues sur les thèmes suivants :

Première conférence : Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme (19 avril 2010).

Deuxième conférence : Le droit au recours, la procédure et la mise en œuvre des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (28 juin 2010).

Troisième conférence : Les interférences entre les sources de droit européen et les influences croisées entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme (18 octobre 2010).

Quatrième conférence : Le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionalité (24 janvier 2011).

Cinquième conférence : Le droit européen de la détention et son influence sur le droit national (28 mars 2011).

Sixième conférence : Le droit européen de la propriété et son influence sur le droit national (27 juin 2011).

La **première conférence** a porté sur le principe de subsidiarité qui domine le système instauré par la Convention et son rôle dans la protection européenne des droits de l'homme tels que construits autour de la Convention. Il incombe en effet aux États parties au premier chef d'assurer le respect et l'effectivité des droits issus de la Convention, de prévenir les violations et de réparer celles qui sont commises. Les questions posées aux deux intervenants Jean-Paul Costa, président de la Cour européenne des droits de l'homme, et à Jean-Marc Sauvé vice-président du Conseil d'État ont été notamment de savoir comment les juridictions nationales appliquent la Convention, quelle est la marge d'appréciation des États, quelle sera l'incidence de l'existence de la question prioritaire de constitutionnalité. Elles ont fait l'objet d'un large débat animé par Olivier Schrameck, président de la section du rapport et des études du Conseil d'État.

Ont fait l'objet d'une **deuxième conférence** l'examen des règles qui gouvernent la saisine de la Cour et parmi les conditions de recevabilité celle de la condition de l'épuisement des voies de recours internes et les règles de procédure et leur évolution avec l'entrée en vigueur du protocole n° 14.



La Cour est saisie chaque année en moyenne de 50 000 requêtes et 1 500 requêtes concernent la France. Plus de 95% de ces requêtes sont rejetées comme manifestement irrecevables. Les 5% restant donnent lieu actuellement à quelques dizaines de condamnations par an (20 en 2009).

Cette conférence a été l'occasion pour les trois intervenants de faire partager, au cours des débats animés par le modérateur Bernard Stirn, président de la section du contentieux du Conseil d'État, leur expérience et leur point de vue sur ces contentieux, leur évolution, leur nature et leur portée. Claire Waquet en sa qualité d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation a exposé les questions préalables à la décision de saisir la Cour et à la présentation de la requête : opportunité, recevabilité, exigences quant au contenu ; elle donnera notamment son point de vue, du côté du requérant, sur la mise en œuvre de la règle de l'épuisement des voies de recours.

Vincent Berger en sa qualité de juriconsulte de la Cour nous a fait connaître la vie « intérieure » de la Cour en matière de traitement des dossiers. Il présentera notamment le cheminement d'une requête et les différents types de procédure qui existeront à partir du 1er juin 2010, date de l'entrée en vigueur du protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme. Il évoquera aussi les mesures déjà prises ou envisagées pour faire face à un contentieux surabondant (plus de 120 000 requêtes pendants).

Edwige Belliard, directrice des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères et européennes qui a la charge de l'organisation de la défense du Gouvernement français devant la Cour, a apporté son témoignage sur diverses questions telles que celles de la condition, essentielle, de l'épuisement des voies de recours, l'indication de mesures conservatoires par la Cour, la procédure concernant la satisfaction équitable, la recherche de règlements amiables et la diffusion de la jurisprudence de la Cour ainsi que la question de la prévention des contentieux.

Le difficile sujet traité par la **troisième conférence** a été celui des interférences et de la concurrence entre les différentes normes de protection des droits de l'homme, droit conventionnel, droit constitutionnel, droit de l'Union, les mécanismes de contrôle exercés par les juridictions européennes, les influences croisées entre ces juridictions, ainsi que les effets d'une adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Après avoir évoqué le contenu de ces normes et notamment la valeur ajoutée par la Charte européenne des droits fondamentaux, le modérateur, Bruno Genevois, ancien président de la section du contentieux du Conseil d'État, a invité les intervenants à présenter leur conception des mécanismes de contrôle exercés par le juge.

Jacqueline Dutheil de la Rochère, professeur émérite à l'université Panthéon-Assas (Paris II) a exposé notamment la valeur ajoutée de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme.



Johan Callewaert, greffier adjoint de la Grande Chambre à la Cour européenne des droits de l'homme a abordé les interactions qui existent dès à présent, dans la jurisprudence européenne, entre la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'Union.

Jean-Claude Bonichot, juge à la Cour de justice de l'Union européenne, s'est interrogé notamment sur la place que la Charte lui paraît devoir revêtir dans le droit de l'Union comme norme de référence du contrôle du droit dérivé.

Mattias Guyomar, rapporteur public au Conseil d'État, a fait ressortir le point de vue d'un juge national, le Conseil d'État, qui est à la fois juge de droit commun de l'Union européenne et juge d'un État partie à la Convention.

La **quatrième conférence**, animée par Olivier Dutheillet de Lamothe, ancien membre du Conseil Constitutionnel et président de la section sociale du Conseil d'État, a été consacrée à la question de l'articulation entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité qui est, depuis l'origine, au cœur du débat sur la question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

Cette question a été posée devant le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République présidé par Edouard Balladur qui, après avoir hésité, a finalement écarté dans son rapport toute solution qui confierait les deux types de contrôle au Conseil constitutionnel. Le problème a rebondi lors de l'élaboration de la loi organique prise pour l'application du nouvel article 61-1 de la Constitution qui a donné un caractère prioritaire à la QPC par rapport au contrôle de conventionnalité.

Dès l'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle, la Cour de cassation a saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle sur la compatibilité avec le droit de l'Union européenne du caractère prioritaire de la QPC. La réponse positive apportée par la Cour à cette question, par un arrêt du 22 juin 2010¹, a permis de préciser les modalités pratiques de cette articulation.

Marc Guillaume, qui, en tant que secrétaire général du Conseil constitutionnel, a été au cœur de ce débat, nous a livré le récit de son témoignage personnel.

La création et la montée en puissance de la question prioritaire de constitutionnalité n'a pas fait disparaître le contrôle de conventionnalité que certains auteurs ou praticiens ont pu considérer comme une forme de contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, identique à la « *judicial review* » américaine. Les deux types de contrôle coexistent. La question prioritaire de constitutionnalité ne pouvant être soulevée d'office par le juge, c'est, en définitive, la stratégie des parties et d'abord de leurs conseils qui déterminera l'articulation des deux types de contrôle. La question prioritaire de constitutionnalité va-t-elle faire disparaître le contrôle de conventionnalité en matière de droits et de libertés ? Dans la négative, quelle sera leur place respective ? Va-t-on vers un usage individuel du contrôle de conventionnalité, utilisé à l'appui d'une requête individuelle, et vers un usage collectif de la question prioritaire de constitutionnalité, utilisée par un groupement ou une association pour faire tomber une législation ? Didier Le Prado, président

1 CJUE, Gr. ch., 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, affaires jointes C-188/10 et C-189/10.



de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, nous a fait part de l'analyse de l'avocat et du praticien.

Quelles conséquences la montée en puissance de la question prioritaire de constitutionnalité à laquelle on assiste aura-t-elle sur le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme ? La question prioritaire de constitutionnalité est-elle de nature, en renforçant le respect par le législateur des droits et libertés que la Constitution garantit, à réduire le nombre d'affaires portées chaque année devant la Cour (1 500 requêtes contre la France) et à renforcer le caractère subsidiaire de son contrôle ? Quelle autorité la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît-elle aux décisions rendues par le Conseil constitutionnel en matière de droits et de libertés ?

Le contrôle national de constitutionnalité des lois, exercé désormais a priori et a posteriori par le Conseil constitutionnel est-il concurrent ou complémentaire du contrôle de conventionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'homme ? Elisabet Fura, juge à la Cour européenne des droits de l'homme et vice-présidente de la 3ème section, nous a présenté son analyse à partir de son expérience comme juge depuis 2003.

La **cinquième conférence** a été consacrée à l'influence de la convention européenne des droits de l'homme en matière pénitentiaire. La table ronde animée par Mattias Guyomar, rapporteur public au Conseil d'État, a permis d'aborder les trois thèmes suivants :

- l'influence des jurisprudences de la Cour de Strasbourg et du Conseil d'État sur le développement d'un cadre juridique propre à l'action pénitentiaire : de la règle prétorienne à la loi pénitentiaire ;
- la justiciabilité croissante des mesures pénitentiaires : l'utile aiguillon du droit au recours effectif dans la réduction du champ des mesures d'ordre intérieur ;
- la protection des droits fondamentaux des détenus : la source conventionnelle des obligations positives (articles 2, 3 et 8 de la convention).

Ces thèmes ont été exposés successivement par Jean-Marie Delarue, contrôleur général des lieux de privation de liberté, Patrick Spinosi, avocat au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, Françoise Tulkens en sa qualité de vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme et Béatrice Pastre-Belda, maître de conférences à l'université de Montpellier I.

Pour clore le cycle, c'est la protection européenne du droit de propriété et son influence sur notre droit interne qui, en raison des décisions très récentes de la Cour, a fait l'objet de la **sixième et dernière conférence**. En effet qui s'attendait, il y a cinquante ans, comme le souligne Yves Robineau, président de la section de l'intérieur du Conseil d'État, à ce que les développements d'un droit européen alors naissant allaient conduire les juristes à s'interroger sur les caractéristiques mêmes du droit de propriété et les composantes essentielles de son régime juridique ?



Issu du droit romain et initialement limité aux droits réels, le droit de propriété a été consacré comme un droit « inviolable et sacré » par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 avant d'être protégé par l'article 1er du protocole additionnel n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme, et, plus récemment, par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Mais en proclamant le droit de toute personne au respect de ses biens, le droit européen a introduit un concept juridique assurément novateur dont le juge détient les clés. D'où l'intérêt de faire le point sur les traits essentiels d'une jurisprudence abondante, couramment invoquée devant le juge national. Dean Spielmann, juge à la Cour européenne des droits de l'homme, président de la 5ème section, a été particulièrement bien placé pour apporter à cet égard les éclairages indispensables en s'appuyant notamment sur les développements les plus récents de cette jurisprudence.

C'est ensuite Allan Rosas, juge à la Cour de justice de l'Union européenne, qui a évoqué la reconnaissance du droit de propriété en tant que droit fondamental par la Charte européenne des droits fondamentaux et la combinaison entre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et celle de la Cour de justice, laquelle s'est appuyée parfois sur l'article 1er du protocole additionnel n°1 à la Convention pour reconnaître le droit de propriété comme un droit fondamental.

La consécration en Europe du « droit au respect des biens » a exercé une influence significative sur les jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État par la voie du contrôle de conventionnalité exercé par les deux ordres de juridiction. Les juges français ont ainsi porté un regard nouveau sur un corpus législatif national qui a révélé certaines fragilités. Dans le même temps, c'est l'action de l'administration, elle-même, qui s'est trouvée, sinon fragilisée, du moins enserrée dans des contraintes nouvelles. Alain Lacabarats, président de la 3ème chambre civile à la Cour de cassation, et Gilles Bachelier, président de la 8ème sous-section du contentieux du Conseil d'État, nous ont fait part, sur ces différents points, de leurs réflexions fondées sur leur expérience juridictionnelle respective. Bertrand Favreau, avocat et président de l'Institut des droits de l'homme des avocats européens, nous a apporté, sur l'ensemble de ces enjeux, l'indispensable témoignage du représentant des justiciables et son regard critique.





Les intervenants du cycle de conférences

Les conférences du cycle *droit européen des droits de l'homme* ont réuni des représentants de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, des membres du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et des magistrats de la Cour de cassation, mais également des avocats, des universitaires ainsi que des membres de l'administration de l'État.

Les représentants de la Cour européenne des droits de l'homme

Jean-Paul Costa

Président de la Cour européenne des droits de l'homme

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris (1961), licencié en droit à la Faculté de Droit de Paris (1962) et titulaire d'un diplôme d'études supérieures de droit public en 1964, il intègre l'École nationale d'administration la même année. Auditeur au Conseil d'État en 1966, rapporteur à la section du contentieux du Conseil d'État, puis assesseur de sous-section du contentieux (1989-1993), Jean-Paul Costa devient le directeur du cabinet du ministre de l'Éducation nationale (Alain Savary), de 1981 à 1984. Professeur associé aux universités d'Orléans (1989-98) et de Panthéon-Sorbonne (1992-98), il est président de la 10^{ème} sous-section à la section du contentieux du Conseil d'État en 1993. Juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis le 1^{er} novembre 1998, président de section depuis le 1^{er} mai 2000, il est nommé vice-président de la Cour en 2001, puis enfin président de la Cour depuis le 19 janvier 2007.

Françoise Tulkens

Juge et vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme

Docteur en droit, licenciée en criminologie et agrégée de l'enseignement supérieur, elle a été professeure à l'université de Louvain (Belgique) et a enseigné tant en Belgique qu'à l'étranger, comme professeure invitée aux universités de Genève, Ottawa, Paris I, Rennes, Strasbourg et à la Louisiana State University, le droit pénal général et spécial, le droit pénal comparé et européen, le droit de la protection de la jeunesse ainsi que les systèmes de protection des droits de l'homme. Elle est docteur honoris causa des universités de Genève, Limoges et Ottawa. Juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis le 1^{er} novembre 1998, Françoise Tulkens est présidente de section depuis janvier 2007 et vice-présidente de la Cour depuis le 1^{er} février 2011.



Dean Spielmann

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme, président de la 5^{ème} section

Licencié en droit de l'université catholique de Louvain (1988) et est titulaire d'une maîtrise en droit de l'université de Cambridge obtenue en 1990. Membre du Fitzwilliam College, Cambridge depuis 1989, il a été avocat au barreau de Luxembourg (1989-2004), avocat à la Cour (1992-2004), associé d'un cabinet juridique luxembourgeois (2001-2004), assistant en droit pénal à l'université de Louvain (1991-1997), chargé de cours associé et titulaire de plusieurs cours aux universités de Luxembourg (1996-2004) et Nancy (1997-2008), membre de la Commission consultative des droits de l'homme (Luxembourg, 2000-2004), membre du Réseau de l'Union européenne d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux (2002-2004). Il est également membre de l'Institut Grand-Ducal, agrégé (2002-2005), puis titulaire depuis 2005. Il est juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis le 24 juin 2004, président de section depuis le 1^{er} février 2011.

Elisabet Fura

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme, vice-président de la 3^{ème} section

Diplômée en droit à l'université de Stockholm (1979), a exercé les fonctions de juge en Suède. Au cours de sa carrière, elle est entrée comme associée dans un cabinet d'avocats suédois (1982) ; elle a également été bâtonnier de l'ordre des avocats suédois en 1999. Nommée chef de la délégation suédoise auprès du Conseil des barreaux de la Communauté européenne de 1998 à 2003, Elisabet Fura est aujourd'hui juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis le 2 avril 2003 et vice-présidente de la 3^{ème} section. Elisabet Fura enseigne également aux facultés de droit des universités de Stockholm et d'Uppsala, à l'École des sciences économiques de Stockholm, au Centre régional de formation professionnelle des barreaux à Paris et à l'Institut suédois pour le développement du droit depuis 1979.

Vincent Berger

Juriconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme

Docteur d'État en droit et titulaire d'un diplôme d'études supérieures de science politique (université Panthéon-Assas Paris II), et diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris. Il est attaché à la direction générale d'un groupe d'entreprises de travaux publics (1975-1977), puis chargé de mission à la délégation de l'emploi au sein du ministère du travail, avant d'être recruté en 1978 par le Conseil de l'Europe et affecté au greffe de la Cour européenne des droits de l'homme. Nommé greffier de section en 1998, il est depuis 2006 le juriconsulte de la Cour. Il est professeur au Collège d'Europe à Bruges (depuis 1991) ainsi qu'à Varsovie (depuis 1992).

Johan Callewaert

Greffier adjoint de la Grande Chambre à la Cour européenne des droits de l'homme

Licencié en droit de l'université de Louvain (Belgique), docteur en droit de l'université de Wurtzbourg (Allemagne). Greffier adjoint de la Grande Chambre à la Cour européenne des droits de l'homme. Professeur aux universités de Louvain et de Spire (Allemagne). Ancien chef de cabinet du président de la Cour européenne des droits de l'homme. Il a été observateur adjoint du Conseil de l'Europe à la Convention qui a rédigé la Charte des



droits fondamentaux de l'Union européenne. Il a également participé comme expert aux travaux du Comité directeur des droits de l'homme du Conseil de l'Europe sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Il est l'auteur de nombreuses publications, notamment dans le domaine des relations entre la Convention et le droit de l'Union.

Les membres de la Cour de justice de l'Union européenne

Jean-Claude Bonichot

Juge à la Cour de justice de l'Union européenne

Licencié en droit, diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, ancien élève de l'École nationale d'administration. Conseiller d'État, Jean-Claude Bonichot a été commissaire du Gouvernement, puis président de la sixième sous-section de la section du contentieux entre 2000 et 2006 au Conseil d'État. Référendaire à la Cour de justice (1987-1991), il a été nommé juge à la Cour de justice des Communautés européennes le 7 octobre 2006. Directeur du cabinet du ministre du travail et de l'emploi, puis du ministre d'État, ministre de la fonction publique et de la modernisation de l'administration (Jean-Pierre Soisson, 1991-1992) il a également assumé la fonction de chef de la mission juridique du Conseil d'État auprès de la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés de 2001 à 2006. Professeur associé à l'université de Metz (1988-2000), puis à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1) de 2000 à 2007. Jean-Claude Bonichot est l'auteur de plusieurs publications sur le droit administratif, le droit communautaire et le droit européen des droits de l'homme.

Allan Rosas

Juge à la Cour de justice de l'Union européenne

Docteur en droit de l'université de Turku (Finlande). Il a été professeur de droit à l'université de Turku (1978-1981) et à l'Åbo Akademi (Turku/Åbo) (1981-1996), puis directeur de l'Institut des droits de l'homme de celle-ci (1985-1995). Il a occupé divers postes universitaires de responsabilité, est membre de sociétés savantes et a participé à la coordination de plusieurs projets et programmes de recherche, nationaux et internationaux, notamment dans les domaines suivants : droit communautaire, droit international, droits de l'homme et droits fondamentaux, droit constitutionnel et administration publique comparée. Il a également été représentant du gouvernement finlandais en qualité de membre ou de conseiller des délégations finlandaises à diverses conférences et réunions internationales et a exercé la fonction d'expert de la vie juridique finlandaise, notamment dans des commissions juridiques gouvernementales ou parlementaires en Finlande, ainsi qu'auprès des Nations unies, de l'Unesco, de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) et du Conseil de l'Europe. Il était, depuis 1995, conseiller juridique principal au service juridique de la Commission européenne, chargé des relations extérieures, et depuis mars 2001, directeur général adjoint du service juridique de la Commission européenne. Il est juge à la Cour de justice depuis le 17 janvier 2002.



Le secrétaire général du Conseil constitutionnel

Marc Guillaume

Secrétaire général du Conseil constitutionnel, Conseiller d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'ENA, est nommé auditeur au Conseil d'État en 1991 puis maître des requêtes en 1994. Délégué puis directeur des affaires juridiques du ministère de la défense (1995) puis directeur des affaires civiles et du Sceau au ministère de la justice (2002), il est aujourd'hui le secrétaire général du Conseil constitutionnel depuis 2007. Il est également co-directeur de la Revue «Pouvoirs» et président de l'association des Amis de Jean Laronze. Enfin, Marc Guillaume est l'auteur de nombreuses publications, notamment dans le domaine des relations entre la Convention et le droit de l'Union.

Les membres du Conseil d'État

Jean-Marc Sauvé

Vice-président du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration. Il entre comme auditeur au Conseil d'État en 1977. Il est conseiller technique dans les cabinets de Maurice Faure et de Robert Badinter, ministres de la justice, de 1981 à 1983. Il occupe les postes de directeur de l'administration générale et de l'équipement au ministère de la justice de 1983 à 1988, puis de directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'intérieur de 1988 à 1994, date à laquelle il devient préfet de l'Aisne. Nommé maître des requêtes au Conseil d'État en 1983, il devient conseiller d'État et secrétaire général du Gouvernement en 1995. Depuis le 3 octobre 2006, il est le vice-président du Conseil d'État.

Bruno Genevois

Ancien président de la section du contentieux du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration. Au Conseil d'État, où il est entré en 1967, il a exercé les fonctions de rapporteur à la section du contentieux puis celles de Commissaire du Gouvernement avant d'être détaché comme directeur au ministère de l'Intérieur (1985-1986) puis en qualité de secrétaire général du Conseil Constitutionnel (1986-1992). Réintégré au Conseil d'État en 1993, il a été successivement assesseur, président de sous-section, président-adjoint de la section du contentieux, président de section (de l'intérieur, puis du contentieux). Au titre de son maintien en activité après la limite d'âge, il a été président adjoint des finances jusqu'en décembre 2009. **Il est le modérateur de la conférence n° 3 consacrée aux interférences entre les sources du droit européen et les influences croisées entre la Cour de justice de l'Union européenne et le Cour européenne des droits de l'homme.**



Yves Robineau

Président de la section de l'intérieur du Conseil d'État

Diplômé de droit public, de sciences politiques et de l'Institut d'études politiques de Paris, ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion Léon Blum), Yves Robineau intègre le Conseil d'État en 1975 comme auditeur. En 1978, il devient responsable du centre de documentation du Conseil d'État, avant d'être, en 1980, commissaire du Gouvernement à la section du contentieux. En 1983, il devient délégué interministériel à l'insertion professionnelle et sociale des jeunes en difficulté. commissaire du Gouvernement à la section du contentieux en 1986, puis directeur de l'éducation surveillée au ministère de la justice en 1988, il est nommé médiateur du cinéma en 1992 pendant 4 ans. Il devient président de la 2^{ème} sous-section du Conseil d'État en 1997, puis président adjoint de la section du contentieux en 2001 et vice-président du tribunal des conflits de 2002 à 2004. Il est depuis 2004, président de la section de l'intérieur. **Il est le modérateur de la conférence n°6 consacrée au droit européen de la propriété et à son influence sur le droit national.**

Bernard Stirn

Président de la section du contentieux du Conseil d'État

Nommé président de la section du contentieux en 2006. Licencié en droit, diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, ancien élève de l'École nationale d'administration, il a rejoint le Conseil d'État en 1976. Commissaire du Gouvernement, secrétaire général du Conseil d'État, président de la 7^{ème} sous-section de la section du contentieux, puis président adjoint de la section du contentieux, Bernard Stirn a également été rapporteur adjoint auprès du Conseil constitutionnel ainsi que commissaire du Gouvernement auprès du Tribunal des Conflits puis membre de ce Tribunal. A l'extérieur du Conseil d'État, il a exercé les fonctions de directeur du cabinet du secrétaire d'État auprès du ministre de l'Éducation nationale (1983-1984). Bernard Stirn est professeur associé à l'Institut d'études politiques de Paris et président du conseil d'administration de l'Opéra national de Paris. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages, en particulier *Les sources constitutionnelles du droit administratif* et *Les libertés en questions*. **Il est le modérateur de la conférence n° 2 consacrée au droit au recours et à la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme.**

Olivier Schrameck

Président de la section du rapport et des études du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, titulaire d'un diplôme d'études supérieures de droit public et ancien élève de l'École nationale d'administration. Il entre au Conseil d'État en 1977 en qualité d'auditeur. De 1981 à 1982 et de 1987 à 1988, il occupe les fonctions de commissaire du Gouvernement près l'assemblée du contentieux et les autres formations de jugement du Conseil d'État. Il est nommé conseiller d'État en 1995. Du 1^{er} septembre 2006 au 4 novembre 2009, il est président de la 6^{ème} sous-section de la section du contentieux. Depuis cette date, il est président de la section du rapport et des études. Autres fonctions principales : de 1982 à 1984, il est conseiller technique puis chargé de mission auprès du ministre de l'intérieur et de la décentralisation. De 1984 à 1985 : directeur du cabinet du secrétaire d'État chargé des enseignements supérieurs. De 1985 à 1986 : directeur des enseignements supérieurs. De 1988 à 1991 : directeur du cabinet du ministre d'État, ministre de l'éducation nationale,



de la jeunesse et des sports. De 1991 à 1993 : secrétaire général du Haut Conseil à l'intégration. De 1993 à 1997 : secrétaire général du Conseil constitutionnel. De 1997 à 2002 : directeur du cabinet du Premier ministre. De 2002 à 2004 : ambassadeur de France en Espagne. En 2007 : membre du comité de réflexion et de proposition, présidé par Edouard Balladur, sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République. **Il est le modérateur de la conférence n° 1 consacrée au principe de subsidiarité et à la protection européenne des droits de l'homme.**

Olivier Dutheillet de Lamothe

Président de la section sociale du Conseil d'État, ancien membre du Conseil constitutionnel

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration. Entré au Conseil d'État en 1975, Olivier Dutheillet de Lamothe a également exercé les fonctions de conseiller au sein de différents cabinets ministériels, de directeur des relations du travail, puis de conseiller social à la Présidence de la République. Secrétaire général adjoint de la présidence de la République de 1997 à 2000, Olivier Dutheillet de Lamothe a été nommé membre du Conseil constitutionnel le 26 février 2001, puis a réintégré le Conseil d'État en 2010. Il a également enseigné à l'Institut d'Études Politiques de Paris et été membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (« *Commission de Venise*») du Conseil de l'Europe. Il a enfin participé au *Global Constitutionalism Seminar* de la Faculté de droit de Yale ainsi qu'aux réseaux *Internationalisation du Droit* franco-américain et franco-chinois. **Il est le modérateur de la conférence n° 4 consacrée au contrôle de constitutionnalité et au contrôle de conventionalité.**

Gilles Bachelier

Président de la 8^{ème} sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État

Titulaire d'une maîtrise en droit et d'une maîtrise en sciences économiques (1974), ancien élève de l'École nationale d'administration (promotion, « Michel de l'Hospital », 1979). Il a été directeur de cabinet du préfet de l'Aveyron (1979-1980), directeur du cabinet du préfet de la région Poitou-Charentes, préfet de la Vienne (1980-1982), secrétaire général de la préfecture de l'Aude (1982-1983), conseiller au tribunal administratif de Nantes (1984-1992). Il a ensuite intégré la section du contentieux du Conseil d'État comme rapporteur (1992-1993 ; 2004-2006) et comme commissaire du Gouvernement (1993-2004), puis il a été affecté à la section des finances (2004-2008). Il a également exercé les fonctions d'assesseur à la section du contentieux (2006-2008). Il est président de la 8^{ème} sous-section de la section du contentieux depuis 2008.

Mattias Guyomar

Rapporteur public à la 6^{ème} sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration. Maître des requêtes au Conseil d'État, il a été nommé rapporteur public à la 6^{ème} sous-section de la section du contentieux. Par ailleurs, il exerce également les fonctions de professeur associé à l'université Paris-Sud 11. Il est l'auteur de deux ouvrages : *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, avec B. Stirn et D. Fairgrieve, Éd. Odile Jacob, 2006, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, avec J. Massot, avec O. Fouquet et J.-H. Stahl, Éd. Berger-Levrault, 2001. **Il est le modérateur de la conférence n° 5 consacrée au droit au droit européen de la détention et à son influence sur le droit national.**



Le contrôleur général des lieux de privation de liberté

Jean-Marie Delarue

Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Conseiller d'État

Ancien élève de l'École normale supérieure de Saint-Cloud (1966), agrégé d'histoire (1969), Jean-Marie Delarue devient auditeur au Conseil d'État à sa sortie de l'École nationale d'administration en 1979. De 1984 à 1985 il exerce les fonctions de conseiller technique au cabinet du ministre de l'économie, des finances et du budget puis au cabinet du ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle. Il devient ensuite chef du service des affaires sociales au commissariat général du plan, avant d'être nommé en 1988 directeur adjoint du cabinet du ministre des affaires sociales, de la santé et de la ville puis directeur adjoint du cabinet du ministre de l'équipement, du logement, des transports et de la mer. De 1991 à 1994, il est délégué interministériel à la ville et au développement social au ministère de la ville et de l'aménagement du territoire puis au ministère de l'équipement, du transport et du tourisme. Directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'intérieur de 1997 à 2001, il réintègre ensuite le Conseil d'État où il devient en 2007 président-adjoint de la section du contentieux. En 2008, Jean-Marie Delarue est nommé contrôleur général des lieux de privation de liberté.

Un président à la Cour de cassation

Alain Lacabarats

Président de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation

Entré dans la magistrature en 1975, Alain Lacabarats a exercé successivement les fonctions de substitut du procureur de la République (1975-1984), conseiller référendaire à la Cour de cassation (1984-1988), vice-président au tribunal de grande instance de Paris (1988-1999), président de chambre à la cour d'appel de Paris (1999-2004). Il a été nommé conseiller à la Cour de cassation au mois de juillet 2004 et a dirigé le service de documentation et d'études de cette Cour. Il a été, par ailleurs, maître de conférence associé à l'université de Paris XIII et est actuellement professeur associé à l'Institut d'études politiques de Paris. Il est, en outre, conciliateur au Comité national olympique et sportif français. Il a publié différents articles ou participé à la rédaction de plusieurs ouvrages en procédure civile, droit de la presse, droit du sport. Il a été président du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) de janvier 2004 à décembre 2005, et continue depuis janvier 2007 d'être membre du bureau de cette institution. Il est président de la 3^{ème} chambre civile à la Cour de cassation depuis 2009.



Les avocats

Bertrand Favreau

Avocat, ancien bâtonnier du barreau de Bordeaux et président de l'Institut des droits de l'homme des avocats européens

Bertrand Favreau est titulaire d'une licence de droit, d'un diplôme d'études supérieures de droit public et du diplôme de l'Institut d'études politiques de Bordeaux. Avocat au barreau de Bordeaux depuis 1969, il a été élu bâtonnier de l'Ordre des avocats en 1982. En 1986, il a fondé l'Union des avocats européens, rassemblement d'avocats européens dont le siège est situé à Luxembourg. Il en a été le président de 1986 à 1989 puis le président-fondateur à vie depuis 1989. Il a fondé en 2001 l'Institut des droits de l'homme des avocats européens - IDHAE (*European Bar Human Rights Institute*), dont il est le président. Il est le co-rédacteur avec Frédéric Sudre, Paul Tavernier, Gérard Cohen Jonathan, Christophe Pettiti et Michel Puechavy d'un ouvrage consacré à la protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme et publié en 2005 par l'IDHAE.

Didier Le Prado

Président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Diplômé de l'école supérieure de commerce de Paris, titulaire d'une licence de sociologie de l'université Paris IV René Descartes et d'une maîtrise de droit de l'université Paris II. Après avoir exercé des fonctions d'enseignant, de collaborateur d'un syndic de faillites et d'attaché commercial auprès de l'ambassade de France à Tunis, il a prêté serment comme avocat à la cour d'appel de Paris en 1980. Il a été secrétaire de la conférence du stage des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation en 1983/1984. Il est avocat aux Conseils depuis 1987 ; il a été membre du conseil de l'ordre de 2003 à 2005 et a exercé les fonctions de secrétaire trésorier en 2005. Il a été membre du bureau d'aide juridictionnelle de la Cour de cassation de 1997 à 2003. Il est membre de la Société de Législation Comparée et membre du comité de direction de l'Association Française de Droit Maritime. Il est président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation depuis le 1^{er} janvier 2009.

Patrice Spinosi

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Diplômé de l'université Panthéon-Assas (Paris II), il a prêté serment comme avocat au barreau de Paris en 1996. Il est avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation depuis 2000. Il enseigne, au sein de l'École de droit de l'Institut d'études politiques de Paris, le rôle des cours suprêmes et de leur jurisprudence ainsi que la méthodologie de lecture des décisions de la Cour de cassation, du Conseil d'État, de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union Européenne. Il est, depuis 2008, administrateur de l'Observatoire International des Prisons.



Claire Waquet

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Licenciée en droit à la faculté de Paris X (1972) et titulaire d'un diplôme d'études supérieures de droit privé (1973). Claire Waquet prête serment comme avocat au barreau de Paris en décembre 1974, et devient avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation en janvier 1980. Elle a été membre du Conseil de l'Ordre des avocats aux Conseils, et a participé à l'institut de formation de l'Ordre.

Les professeurs des universités et maîtres de conférences

Jacqueline Dutheil de la Rochère

Professeure émérite - université Panthéon-Assas (Paris II)

Docteur en droit et diplômée de l'Institut d'études politiques de Paris. Elle dirige le Centre de droit européen (CDE) à l'université Panthéon-Assas (Paris II). Elle enseigne le droit institutionnel de l'Union européenne, le droit de l'Union européenne et l'approche comparative du droit de l'Union européenne. Jacqueline Dutheil de la Rochère est l'auteur de publications sur le droit communautaire, la démocratie et les droits de l'homme. Elle est également membre de l'*Editorial Board* de la *Common Market Law Review*, Leyden (Pays Bas), du *Irish Journal of European Law*, et elle est membre de réseau *European Constitutional Law Network*, groupe européen de droit public.

Béatrice Pastre-Belda

Maître de conférences à l'université Montpellier I

Diplômée d'un DEA de droit public général en 2003 et d'un DEA de droit communautaire et européen en 2004. Elle obtient son doctorat en droit public en 2007. En 2008, Béatrice Pastre-Belda obtient le prix de thèse de la faculté de droit à l'université de Montpellier I, pour sa thèse intitulée « *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté. Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme* ». Depuis 2009, elle exerce les fonctions de maître de conférences de droit public à l'université de Montpellier I où elle enseigne les relations internationales, le contentieux communautaire, le régime juridique des droits et libertés fondamentales ou encore les questions européennes.



La directrice des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères et européennes

Edwige Belliard

Directeur des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères et européennes

Entrée au ministère des affaires étrangères en 1976, à la direction d'Europe, puis au service des affaires stratégiques et du désarmement. En 1983, au titre de la mobilité, elle rejoint par voie du détachement le Conseil d'État. En 1985, elle devient sous-directeur du droit international et économique et du droit communautaire à la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères. Au sein de ce même ministère, elle est nommée directeur-adjoint des affaires juridiques en 1990, puis directeur des ressources humaines en 1995. En 1998, Edwige Belliard est nommée membre du Conseil d'État au tour extérieur. Le 1^{er} avril 2003, elle devient rapporteur général à la section du rapport et des études du Conseil d'État. Depuis mars 2005, Edwige Belliard est le directeur des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères et européennes.



Première conférence

Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme

Cette première conférence aborde « *le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme* » : le système de la Convention est construit autour de ce principe. Il incombe aux États parties au premier chef de respecter les droits de l'homme, de prévenir les violations et de réparer celles qui sont commises. Comment les juridictions nationales appliquent-elles la Convention ? Quelle est la marge d'appréciation des États ? Cette conférence a offert l'occasion d'un dialogue privilégié entre le président de la Cour européenne des droits de l'homme et le vice-président du Conseil d'État.

Sommaire de la conférence

Introduction d'Olivier Schrameck,

Président de la section du rapport et des études du Conseil d'État

Modérateur de la conférence p. 26

Intervention de Jean-Paul Costa,

Président de la Cour européenne des droits de l'homme..... p. 28

Intervention de Jean-Marc Sauvé,

Vice-président du Conseil d'État p. 35

Témoignages p. 45

Echanges avec les participants p. 51

Documentation sur le thème du débat

Index des principaux arrêts et décisions cités dans les débats p. 271

Extrait des principaux articles des Traités cités dans les débats..... p. 285

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales .. p. 287

Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, « Déclaration d'Interlaken », 19 février 2010 p. 309



Actes - Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme

Introduction d'Olivier Schrameck

*Président de la section du rapport et des études du Conseil d'État
Modérateur*

Mesdames, Messieurs les présidents,
Professeurs,
Bâtonniers, avocats aux Conseils ou à la Cour,
Directeurs,
Chers collègues,
Mesdames et Messieurs,

Je voudrais tout d'abord exprimer l'honneur et le plaisir que j'ai d'accueillir, auprès du vice-président du Conseil d'État Jean-Marc Sauvé, Jean-Paul Costa, président de la Cour européenne des droits de l'homme, en cette salle symbolique parmi toutes du Conseil d'État, qu'est la salle d'Assemblée générale. Je puis dire de Jean-Paul Costa, sans solliciter aucunement les mots qu'il m'inspire une très profonde estime et une très chaleureuse amitié que notre vie antérieure au Conseil d'État et ailleurs a depuis longtemps forgées.

J'ai été impressionné mais nullement surpris qu'il ait accédé si rapidement à la présidence de la Cour où il a été, comme vous le savez, récemment renouvelé. Jean-Marc Sauvé et lui-même n'ont pas été pour peu dans le rapprochement des deux juridictions suprêmes, l'une à l'échelle nationale, l'autre au niveau européen, dont le dialogue s'est voulu, sur leur impulsion, à la fois constructif, attentif et confiant. Après la venue le 29 janvier dernier de Jean-Marc Sauvé en qualité d'invité d'honneur à la rentrée solennelle de la Cour européenne des droits de l'homme, où j'ai eu la chance de l'accompagner, la co-présidence qu'assume avec lui Jean-Paul Costa est un signe tangible et personnel de cet état d'esprit.

Pour introduire à ce niveau un tel dialogue, je ne peux me sentir véritablement à ma place sinon ès qualité de président de la section du rapport du rapport et des études, section à laquelle s'attachera toujours le nom de Guy Braibant. Outre le concours qu'elle apporte par ailleurs à l'exécution des décisions de justice, qui n'est pas sans lien avec notre sujet d'aujourd'hui, cette section s'attache à la coopération internationale et à la veille européenne.

C'est dans le même esprit d'ouverture de l'institution qu'est le Conseil d'État qu'elle multiplie les occasions de rencontre et de réflexions pour débattre avec l'ensemble de nos interlocuteurs - responsables économiques et sociaux, universitaires, représentants du monde judiciaire, experts - de toutes les évolutions de la société que le droit a vocation à saisir et à accompagner. C'est l'objectif des séminaires, des entretiens thématiques et des conférences sur de grandes problématiques sectorielles ou transversales, que nous organisons régulièrement.



Cela participe d'ailleurs d'une orientation générale voulue par notre vice-président puisque depuis deux ans les formations consultatives du Conseil d'État peuvent entendre des personnalités extérieures pour éclairer leur avis. Plus récemment encore le décret du 22 février 2010² permet d'entendre, cette fois dans la procédure menée au contentieux, des personnalités extérieures, des amis de la Cour (« *amici curiae* ») comme l'on dit en français désormais, pour des affaires présentant des enjeux éthiques, sociétaux, économiques ou environnementaux importants³.

Nous entamons aujourd'hui un ensemble de six rencontres consacrées au droit européen des droits de l'homme, centrées autour du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme, conçu et organisé en étroit partenariat avec elle, ce à quoi nous sommes évidemment extrêmement sensibles.

A l'heure où la question de constitutionnalité traduit l'apparition dans notre système juridique d'un contrôle *a posteriori* qui constituait jusqu'à présent un angle mort dans notre contrôle de droit, nous ne devons pas pour autant oublier les acquis et les potentialités du contrôle de conventionnalité, au premier rang duquel, le contrôle au regard de la Convention.

Dès lors, à un moment où la Cour est confronté aux conséquences quantitatives de ses immenses succès, c'est tout naturellement que nous nous sommes accordés pour aborder d'abord le thème de la subsidiarité, notion à la fois moins précisément cernée que d'autres parce qu'elle comporte beaucoup d'acceptions diverses, juridiques et philosophiques, mais notion capitale car, comme nous le verrons, indispensable pour assurer l'effectivité des droits et garanties du justiciable, et parce qu'elle est au cœur de la coopération et des échanges juridiques, ainsi que des échanges institutionnels dont la conférence d'Interlaken⁴ a permis de franchir une étape importante.

Avant de passer, sans plus attendre, la parole à Jean-Paul Costa et à Jean-Marc Sauvé qui éclaireront tous les aspects et toute la richesse de ce thème, je voudrais remercier ma collègue Martine Jodeau, adjointe au délégué au droit européen, qui a très efficacement et très énergiquement contribué, au premier plan, à la préparation de cette réunion.

Je voudrais enfin vous indiquer, et je terminerai par là, les prochains thèmes : le deuxième, abordé dès le 28 juin prochain sous la présidence de Bernard Stirn, président de la section du contentieux, sera consacré aux techniques procédurales propres au droit au recours.

² Décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives.

³ Article R. 625-3 du code de justice administrative, créé par l'article 46 du décret n°2010-164 du 22 février 2010 : « *La formation chargée de l'instruction peut inviter toute personne, dont la compétence ou les connaissances seraient de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige, à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine. / L'avis est consigné par écrit. Il est communiqué aux parties. / Dans les mêmes conditions, toute personne peut être invitée à présenter des observations orales devant la formation chargée de l'instruction ou la formation de jugement les parties dûment convoquées.* ».

⁴ Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, réunie à Interlaken, les 18 et 19 février 2010, à l'initiative de la Présidence suisse du Comité des ministres du Conseil de l'Europe (v. *infra* page 309).



La troisième sera dévolue aux interférences entre les sources de droit européen et aux influences croisées de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme. Bruno Genevois nous a déjà fait l'amitié d'accepter d'y participer, et ce sera d'autant plus important à l'heure où la Charte européenne des droits de l'homme aura fait sentir ses premiers effets directs obligatoires.

La quatrième aura trait aux rapports entre le contrôle de conventionalité et le contrôle de constitutionnalité sans doute à peu près un an après l'entrée en vigueur de la réforme de la question prioritaire de constitutionnalité le 1^{er} mars dernier. Les cinquième et sixième seront consacrées respectivement au droit européen de la détention et au droit européen de la propriété, où les échanges de jurisprudence entre le Conseil d'État et la Cour européenne des droits de l'homme sont particulièrement fournies.

J'espère que ce programme sollicitera particulièrement votre intérêt tout au long des mois qui viennent et c'est avec autant de bonheur que d'intérêt que je passe la parole à Jean-Paul Costa.

Intervention de Jean-Paul Costa

Président de la Cour européenne des droits de l'homme

M. le vice-président,
M. le président de la section du rapport et des études,
Mesdames et Messieurs,
Chers amis,

Au début de cette année, la rentrée solennelle de la Cour européenne des droits de l'homme a été marquée, M. le vice-président, par votre présence en qualité d'invité d'honneur. Vous y avez prononcé un discours important et apprécié sur le système européen de protection des droits de l'homme, notamment dans ses relations avec les systèmes nationaux.

Je me réjouis de pouvoir vous rendre cette visite et d'inaugurer ce soir, en votre compagnie, ce deuxième cycle des conférences du Conseil d'État, cycle auquel la Cour européenne des droits de l'homme s'est associée et dont je me réjouis qu'il soit consacré au droit européen des droits de l'homme. Plusieurs membres de la Cour me succéderont d'ailleurs à cette tribune au cours des prochaines séances.

Je suis heureux et un peu ému que cette manifestation du dialogue des juges se déroule au Conseil d'État, où j'ai été en fonction plus de trente ans et où je retrouve de nombreux amis et d'amis du Conseil d'État. Je salue tout particulièrement le président Olivier Schrameck qui, avec l'assistance précieuse de Mme Martine Jodeau, pilote ce cycle avec le talent que nous lui connaissons tous et qui animera le débat de ce soir, et je les remercie de ses paroles chaleureuses et élogieuses.

L'un des principes fondamentaux sous-tendant tout le système de la Convention est celui de subsidiarité. Il signifie que la tâche d'assurer le respect des droits consacrés



par la Convention incombe en premier lieu aux autorités des États contractants, et non à la Cour. Ce n'est qu'en cas de défaillance des autorités nationales que cette dernière peut et doit intervenir.

Ce principe a été clairement affirmé depuis fort longtemps dans plusieurs arrêts de la Cour.

Déjà, dans la très ancienne affaire linguistique belge de 1968⁵, la Cour avait indiqué qu'elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective des droits instauré par la Convention. Elle siégeait alors en séance plénière, sous la présidence d'un homme emblématique, René Cassin, votre prédécesseur ici, et le mien à Strasbourg ! Cette année là, il reçut le Prix Nobel de la Paix (mais cela n'a pas valeur de précédent...).

Depuis cet arrêt, le principe a été réexprimé maintes fois, et on peut citer, par exemple, l'affaire *Scordino c. Italie* de 2006⁶, dans laquelle la Cour a jugé qu'en vertu de l'article 1^{er} de la Convention, la mise en œuvre et la sanction des droits et libertés garantis par la Convention revient au premier chef aux autorités nationales et que le mécanisme de plainte devant la Cour revêt donc un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme.

On peut également évoquer l'affaire *Varnava et autres c. Turquie* de 2009⁷, où la Cour a indiqué que « conformément au principe de subsidiarité, il est préférable que les investigations au sujet des faits de l'affaire et l'examen des questions qu'ils soulèvent soient menés dans la mesure du possible au niveau national et qu'il est dans l'intérêt du requérant et de l'efficacité du mécanisme de la Convention que les autorités internes, qui sont les mieux placées pour ce faire, prennent des mesures pour redresser les manquements allégués à la Convention ».

Ainsi, il est avant tout attendu des États qu'ils ne portent pas atteinte – ou le moins possible – à ces droits et libertés. Autrement dit, qu'ils s'acquittent des obligations négatives, mais aussi positives qu'ils ont souscrites en adhérant à la Convention. S'ils ont manqué à ces obligations, c'est encore aux États, avant tout, d'y remédier dans les meilleurs délais.

La tâche d'assurer le respect des droits consacrés par la Convention incombe en premier lieu aux autorités des États contractants, et au sein de ces autorités, les juridictions nationales ont une responsabilité particulière, en raison du rôle des tribunaux dans l'État de droit. Mais l'exécutif et le législateur ont naturellement des mesures à prendre.

Pour ne parler que de l'article 6-1 de la Convention⁸, relatif au procès équitable, qui est de loin la disposition la plus invoquée devant nous, le respect du délai

5 CEDH, plén., 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64.

6 CEDH, 29 mars 2006, *Scordino c. Italie*, n°36813/97.

7 CEDH, 18 septembre 2009, *Varnava et autres c. Turquie*, n° 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90.

8 Article 6 de la Convention : v. *infra* page 289.



raisonnable des procès, par exemple, pourrait être beaucoup mieux garanti par les autorités nationales, pour peu qu'elles en aient la volonté et qu'elles s'en donnent les moyens. En France, tant devant les juridictions judiciaires qu'administratives, la situation s'est beaucoup améliorée depuis une dizaine d'années et des indemnités sont désormais accordées aux justiciables par le juge interne en cas de dépassement du délai raisonnable⁹. Dans de tels cas, on peut considérer que la subsidiarité est correctement assurée. De manière plus générale, un grand nombre de requêtes, souvent répétitives, perdent leur raison d'être et n'ont pas à être présentées à Strasbourg, lorsqu'il existe des mécanismes efficaces pour prévenir les violations des droits de l'homme et remédier à celles constatées.

La situation idéale serait celle dans laquelle – sauf quelques procéduriers impénitents – notre Cour ne serait plus guère saisie par les justiciables soit parce que leurs droits n'auraient pas été violés, soit, en cas de violation, parce ce qu'ils auraient reçu une réparation satisfaisante devant les juridictions internes.

Mais cela reste aujourd'hui un objectif inatteignable, ainsi que le prouve le nombre de requêtes qui arrivent à Strasbourg. Et il ne faut pas oublier que, malheureusement, la Cour constate encore des violations graves des droits de l'homme, y compris pour les articles 2 et 3¹⁰, ou des manquements qui ne sont pas purement procéduraires, mais touchent aux droits matériels. Ceci est inégalement vrai selon les pays, mais demeure vrai pour tous les pays.

Devant la Cour, le principe de subsidiarité se traduit par un certain nombre de règles à respecter.

Premièrement, l'obligation faite aux requérants d'épuiser les voies de recours internes avant de saisir la Cour apparaît comme le corollaire naturel et indispensable du principe de subsidiarité. En ce sens, deux articles de la Convention se répondent en écho : l'article 13 institue un droit au recours effectif, et l'article 35 exige, pour que la requête soit recevable, que le requérant ait saisi les juridictions internes et invoqué devant elles les dispositions de la Convention, afin de leur permettre de remédier à la violation alléguée. Cette obligation est loin d'être toujours respectée, et de nombreuses requêtes sont irrecevables pour non-épuisement.

Toutefois, la Cour n'exige que les voies de recours internes aient été épuisées que si elles sont effectives. Il ne faudrait pas, par exemple, que des requérants se voient imposer l'exercice de voies de recours vouées à l'échec.

Pour que des recours soient effectifs, ils doivent être accessibles, adéquats, suffisants. Ils ne doivent pas non plus être trop lents et je pourrais citer à cet égard l'affaire *Selmouni c. France*¹¹, dans laquelle cinq ans après les faits, aucune mise en examen n'était intervenue suite à des accusations de mauvais traitements pendant une garde à vue. Ce manque de diligence démontre l'absence d'effectivité d'un recours. Dans cette affaire, où la France a été condamnée pour torture, l'arrêt a commencé par rejeter l'exception de non-épuisement soulevée par le Gouvernement.

9 CE, Ass., 28 juin 2002, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ M. Magiera*, n°239575.

10 Article 2 de la Convention: v. *infra* p. 288.

11 CEDH, 28 juillet 1999, *Selmouni c. France*, n° 25803/94.



A l'inverse, si les recours sont effectifs, le requérant doit impérativement les épuiser, ce qui veut dire non seulement saisir l'instance compétente, mais également soulever au moins en substance, devant elle le grief qu'il entend soumettre à la Cour ; sinon, la subsidiarité serait en échec, l'autorité nationale n'ayant pas été mise en mesure de remédier à la violation alléguée. Il y aurait une sorte de court-circuit des mécanismes naturels.

En second lieu, la Cour n'est pas une juridiction d'appel, de cassation ou de révision par rapport aux juridictions des États parties à la Convention. La compétence de la Cour se limite au contrôle du respect, par les États contractants – y compris leurs juridictions –, des engagements en matière des droits de l'homme qu'ils ont pris en adhérant à la Convention (et à ses protocoles). La Cour ne peut pas outrepasser les limites des compétences générales que les États, par leur volonté souveraine, lui ont déléguées. Elle doit respecter l'autonomie des ordres juridiques des États contractants, plus encore que la Cour de Justice, qui interfère davantage avec eux, du fait du renvoi préjudiciel.

Surtout, notre Cour n'est pas une quatrième instance : elle ne peut apprécier elle-même les éléments de fait ayant conduit une juridiction nationale à adopter telle décision plutôt que telle autre, ni en principe établir ou évaluer les preuves, ni même interpréter elle-même le droit interne.

La doctrine dite « de la quatrième instance », se fonde aussi sur la subsidiarité. La démarche de la Cour est plus celle du *self-restraint* (la « retenue judiciaire »). Pourtant, il est fréquent que les requérants s'adressent à elle en lui demandant de jouer un tel rôle. Cela procède d'une conception erronée.

Malgré son importance, la doctrine de la quatrième instance n'est cependant pas absolue : en effet, le principe de subsidiarité n'est pas le seul principe fondamental de la Convention. Il existe un deuxième « pilier » sur lequel repose également le système de Strasbourg, celui de l'effectivité des droits : la Convention vise à protéger des droits concrets et effectifs, et non théoriques et illusoires¹².

Or, dans certains cas, une retenue absolue ou excessive de la Cour quant à l'appréciation des éléments de fait et à la pertinence de la décision de la juridiction interne confinerait au déni de justice, rendant inopérantes les garanties des droits fondamentaux consacrées par la Convention. Par exemple, lorsqu'une décision interne est entachée d'arbitraire, la Cour peut et doit la remettre en cause.

Il me faut ici apporter une précision sur le rôle de contrôle européen de la Cour. Celle-ci peut être conduite à apporter un correctif à l'interprétation de la Convention par les autorités nationales. Un exemple suffit à expliciter mon propos : en matière de liberté d'expression, la jurisprudence impose normalement une interprétation extensive du paragraphe 1 de l'article 10, et restrictive du paragraphe 2¹³. Souvent, le juge national (notamment en France les cours d'appel car le contrôle de « cassation » est minimum) fait l'inverse : d'où des constats de violation (malgré la marge nationale d'appréciation). Car la liberté doit demeurer la règle et les

12 CEDH, 13 mai 1980, *Artico c. Italie*, n° 6694/74.

13 Pour les articles de la Convention, v. *infra* page 287.



limitations à la liberté, l'exception. La première audience de la « nouvelle » Cour a été consacrée à l'affaire *Fressoz et Roire c. France*¹⁴, où tel avait été le cas.

En somme, la subsidiarité ne saurait déboucher ni sur un déni de justice, ni non plus sur une trop grande liberté interprétative laissée aux autorités et juridictions des 47 États : l'harmonisation opérée par la jurisprudence de Strasbourg est indispensable. La subsidiarité consiste d'ailleurs parfois, pour un juge national, à anticiper une jurisprudence éventuelle de Strasbourg. Nous pourrions en indiquer des exemples au cours de la discussion, mais puisque nous sommes au Conseil d'État, je citerai l'arrêt *Ministre de la défense c. Diop* de 2001¹⁵ qui concernait les pensions des militaires des ex-colonies. Par cette décision qui figure aux « Grands arrêts de la jurisprudence administrative », le Conseil, tout en s'inspirant de notre jurisprudence, a fait application de la Convention européenne des droits de l'homme sans qu'il y ait eu un précédent de Strasbourg qui soit parfaitement topique.

Aujourd'hui, au delà de la mise en œuvre nécessaire du principe de subsidiarité, nous pouvons parler d'une véritable complémentarité des autorités nationales, au premier rang desquelles les juridictions internes, et de la Cour. Le système européen de protection des droits de l'homme s'enrichit en combinant le rôle essentiel desdites autorités nationales et le contrôle européen qui, en dernière analyse, incombe à la Cour. Ce système ne peut être pleinement efficace que si toutes ses composantes fonctionnent mais il ne faut jamais perdre de vue que la jurisprudence de la Cour évolue et comme elle l'a d'ailleurs indiqué dès ses premiers arrêts, la Convention est un instrument vivant qu'il faut interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles.

Comment améliorer et renforcer la subsidiarité ? A cet égard, la Cour a son rôle à jouer.

La Cour n'a pas le pouvoir d'abroger des lois, de casser ou d'annuler des décisions nationales, mais ses arrêts ont force obligatoire, en vertu de l'article 46 de la Convention. Il appartient à l'État « condamné » d'adopter les mesures individuelles ou générales propres à exécuter l'arrêt mais aussi à prévenir de nouvelles condamnations en remédiant au problème constaté.

Or, dans certains cas, pour assurer une conformité du droit national à la Convention européenne des droits de l'homme, c'est au législateur ou au pouvoir réglementaire qu'il appartient d'intervenir pour modifier la loi (ou le règlement) et la rendre « euro-compatible ». Une collaboration constructive avec les gouvernements et les parlements est indispensable. En effet, le juge interne n'est pas le seul acteur dont la Cour attend qu'il intervienne. Un exemple simple est celui de l'arrêt *Association Ekin c. France* de 2001¹⁶, où la France avait désigné Guy Braibant comme juge *ad hoc* (je m'étais déporté) et où la Cour a jugé, contrairement d'ailleurs au Conseil d'État lui-même¹⁷, que le décret-loi du 6 mai 1939 sur l'interdiction des publications étrangères était contraire à l'article 10 de la Convention. Il a fallu ensuite que le Premier ministre

14 CEDH, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, n° 29183/95.

15 CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la défense et Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ M. Diop*, n°212179.

16 CEDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, n° 39288/98.

17 CE, Sect., 9 juillet 1997, *Association Ekin*, n°151064.



abroge ce texte. Il l'a fait sur injonction du Conseil d'État, saisi d'une requête du GISTI¹⁸.

De plus en plus, des solutions à des problèmes structurels qui engorgeaient notre Cour doivent être trouvées au plan national. C'est là que la collaboration avec les exécutifs et les Parlements prend son importance.

Parfois, le législateur intervient à titre préventif, pour éviter une condamnation à Strasbourg ; parfois et peut-être plus souvent, c'est pour tirer les conséquences de notre jurisprudence, s'agissant soit d'une affaire concernant directement l'État en cause, soit d'une affaire concernant un autre État défendeur connaissant des problèmes analogues (ce qu'on pourrait appeler un effet « *erga omnes* de fait » de nos arrêts). A cet égard, mais nous pourrions y revenir lors de la discussion, lors de la Conférence qui a eu lieu à Interlaken, les 18 et 19 février dernier, sur l'avenir de la Cour, dans la déclaration finale, les ministres présents se sont engagés à tirer les conséquences non seulement des arrêts qui les concernent directement, mais de ceux qui tranchent des questions analogues, dans des affaires où un autre État est défendeur. Cette autorité de la chose interprétée va incontestablement faciliter la mise en œuvre du principe de subsidiarité. A terme, l'article 46 de la Convention pourra même être modifié pour mettre sa lettre en conformité avec son esprit, mais celui-ci peut précéder celle-là... Faut-il rappeler que l'article 53 de la Convention, qui n'est pas le plus connu, encourage les États à aller plus loin que les standards minimaux résultant de la Convention et de la jurisprudence de Strasbourg ?

Les choses, du reste, vont dans la bonne direction. De plus en plus, législateurs et chefs de hautes juridictions sont convaincus de la nécessité de modifier les textes et la jurisprudence pour les mettre en conformité avec les arrêts de notre Cour, évitant de cette façon de nouveaux arrêts de celle-ci, de caractère répétitif.

La réforme judiciaire, processus d'ailleurs permanent tant les besoins de justice explosent partout, est également partout à l'ordre du jour, en particulier du fait des enseignements que les États tirent de notre jurisprudence.

Dans votre allocution, M. le vice-président, vous disiez avec justesse que le système européen de protection des droits de l'homme avait su s'imposer comme source d'inspiration pour les juges mais aussi les législateurs. Je l'ai également constaté et j'ai apprécié votre formule selon laquelle la Convention européenne des droits de l'homme « *irrigue tout le droit public français et aiguillonne le contrôle de l'administration, donnant lieu à une véritable dialectique dans la protection des droits de l'homme* ».

Un dialogue renforcé entre la Cour et les parlements nationaux est également loin d'être inutile. Le dialogue de notre Cour se fait aussi avec les Parlements, et je peux citer à titre d'exemple l'invitation que m'a faite le Parlement lituanien de prononcer un discours en son sein le 11 mars 2008, lors d'une cérémonie solennelle.

En tout état de cause, des mécanismes de veille sur la jurisprudence de la Cour devraient être mis en place dans les parlements pour réagir aussi efficacement et rapidement que possible aux « condamnations » de Strasbourg. De même, lorsque

¹⁸ CE, 7 février 2003, *Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI)*, n°243634.



dans un État il existe des instances de codification, il serait très utile de pouvoir y intégrer la connaissance de la Convention et de notre jurisprudence.

Le renforcement de la subsidiarité implique également une coopération des États avec le Conseil de l'Europe et avec la Cour pour mieux faire connaître celle-ci et sa jurisprudence, afin de mieux former les juges, les procureurs, les avocats. Des efforts ont déjà été accomplis et ils doivent être poursuivis.

Nous attendons de la part des États qu'ils privilégient, dans la formation des professions judiciaires, la connaissance de la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'agit bien sûr de former les juges pour qu'ils appliquent mieux la Convention et les avocats pour qu'ils préparent des requêtes ayant plus de chance d'être accueillies à Strasbourg. En France, la situation est satisfaisante et l'université, l'École nationale de la magistrature et les écoles d'avocat jouent un rôle très utile. L'École nationale d'administration, par laquelle sont « normalement » recrutés les membres des juridictions administratives, devrait aussi jouer un rôle accru à cet égard, même s'il n'est déjà pas négligeable.

Si la formation des juges doit être assurée au niveau interne, la Cour y prend sa part et accueille volontiers des magistrats et des avocats en provenance de toute l'Europe, pour qu'ils se familiarisent avec notre système. Pour ne citer que la France, nous organisons de telles sessions pour tous les nouveaux membres du Conseil d'État et de la Cour de cassation, et chaque année pour de très nombreux magistrats judiciaires et administratifs.

La Cour accueille également des défenseurs des droits de l'homme dont le rôle est essentiel. A cet égard, bien que la « société civile » soit par définition indépendante de l'État, les attentes vis-à-vis de celui-ci englobent également les ONG et les acteurs non-étatiques. Dans de nombreux pays, comme la France, les commissions consultatives des droits de l'homme jouent un rôle précieux en faveur de la protection des droits de l'homme et de son renforcement. Les médiateurs et *ombudsmans* y contribuent, eux aussi, fortement. Il existe même maintenant, un réseau des *ombudsmans* européens.

La Cour européenne des droits de l'homme est aujourd'hui la plus grande Cour du monde en matière de droits de l'homme, avec quarante-sept juges et un greffe de quelque 650 personnes hautement qualifiées. La Cour connaît, vous le savez, des difficultés, dues précisément à sa grande attractivité, mais sans elle, la situation des droits de l'homme en Europe serait à coup sûr moins bonne ou plus mauvaise, même beaucoup plus mauvaise.

Pour conclure, il me semble que des initiatives telles que celles qui nous réunit aujourd'hui et qui permettent de mieux faire connaître la Convention européenne des droits de l'homme et la Cour sont les bienvenues pour renforcer la subsidiarité et permettre un dialogue entre les juges internes et la Cour. Mais comme toujours, le dialogue implique le débat. Pardonnez-moi d'avoir monologué trop longtemps, et soyez assurés que je passerai volontiers du registre de l'intervention à celui de la discussion.

Merci en tout cas de votre attention.



Intervention de Jean-Marc Sauvé¹⁹

Vice-président du Conseil d'État

M. le président de la Cour européenne des droits de l'homme,

Vous évoquiez il y a quelques instants ma présence lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour européenne des droits de l'homme, le 29 janvier dernier, et le privilège qu'il m'a été donné de prononcer un discours en qualité d'invité d'honneur. Je souhaite à mon tour vous faire part du plaisir et de l'honneur qui sont les miens de vous recevoir aujourd'hui pour l'inauguration de ce deuxième cycle des Conférences du Conseil d'État, consacré au droit européen des droits de l'homme.

Ce nouveau cycle revêt une importance particulière pour trois raisons.

D'abord - votre présence l'atteste - parce que son organisation est le fruit d'une volonté que partagent le Conseil d'État et la Cour européenne des droits de l'homme d'assumer pleinement leurs responsabilités respectives dans le système européen de protection des droits de l'homme et, partant, de travailler ensemble pour mieux faire connaître ce système auprès des professionnels qui concourent à son fonctionnement - représentants de l'université, de l'administration, avocats et membres des juridictions - mais aussi, plus largement de l'ensemble des citoyens. Ce cycle est à lui seul une traduction de la complémentarité des juridictions nationales et de la Cour que vous évoquiez à l'instant.

Ce nouveau cycle de conférences, ensuite, s'inscrit dans le cadre d'une évolution sensible de la protection des droits de l'homme en France et en Europe. En France, du fait du renforcement évident du rôle du juge administratif dans la protection des droits fondamentaux, notamment sous l'effet de la Convention européenne, mais également du fait de l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité le 1er mars dernier. En Europe, cette évolution est le fruit de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne qui donne à la Charte européenne des droits fondamentaux une portée juridique contraignante et permet à l'Union européenne d'adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme²⁰.

Ce nouveau cycle, enfin, s'ouvre dans le contexte d'une réflexion d'ensemble sur l'avenir du système européen de protection des droits de l'homme. Alors que la Convention célébrera à la fin de cette année son soixantième anniversaire, le constat d'un encombrement excessif de la Cour, qui enregistre plus de 50 000 nouvelles requêtes par an, conduit à s'interroger sur les mesures qui peuvent être adoptées pour préserver ce système. Tel a été l'objet de la Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme qui s'est tenue à Interlaken les 18 et 19 février dernier, dont les résultats doivent être salués : la conférence, qui réunissait les États parties à la Convention et le Conseil de l'Europe, a en effet exprimé son ferme attachement à la Convention et à la Cour, reconnu la contribution extraordinaire de cette dernière à la protection des droits de l'homme en Europe et établi un plan

19 Texte écrit en collaboration avec M. Timothée Paris, premier conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'État.

20 Article 6 du Traité sur l'Union européenne (v. *infra* page 285) et article 218 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.



d'action pour assurer l'efficacité à long terme du système de la Convention²¹.

Ce contexte rappelé, le thème retenu pour cette première conférence s'explique de lui-même. Pourquoi choisir d'évoquer en commun le principe de subsidiarité ?

La raison en est évidente : à côté du droit de recours individuel ce principe constitue la « clef de voûte »²² de l'ensemble du système européen de protection des droits de l'homme, « l'un des principes fondamentaux sous-tendant tout le système de la Convention » selon vos propres termes.

Vous avez ainsi rappelé à l'instant ce que représente ce principe pour la Cour que vous présidez, ses implications juridiques, tant au niveau procédural que sur le fond et vous avez envisagé des voies pour améliorer la subsidiarité.

Je souhaite, en ma qualité de représentant d'une juridiction nationale attachée à la pérennité du système européen de protection des droits de l'homme, rappeler ce que représente, de ce point de vue, le principe de subsidiarité.

Ce principe est avant tout, aujourd'hui, un facteur d'efficacité du système européen de protection des droits de l'homme (I). Il est également, cela doit être rappelé, une source de richesse pour la protection des droits de l'homme en Europe (II). Pour ces raisons, la juridiction administrative, d'une part, et la Cour européenne des droits de l'homme, d'autre part, se sont engagées dans la voie d'une application résolue de ce principe, afin de le rendre « pleinement opérationnel »²³ (III).

I. Le principe de subsidiarité est un facteur d'efficacité du système européen de protection des droits de l'homme.

Évoquant des solutions pour garantir l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, les contributions préparatoires à la conférence d'Interlaken et la déclaration finale ont particulièrement insisté sur la nécessité de réaffirmer le caractère subsidiaire du mécanisme de contrôle institué par la Convention²⁴.

Cela s'explique par le fait que le principe de subsidiarité, dont l'une des vocations essentielles est de guider la répartition des compétences entre les différents acteurs d'un système structuré est, de ce fait, un vecteur d'efficacité. Telle est bien la fonction de ce principe dans le système européen de protection des droits de l'homme. Il

21 Voir la déclaration d'Interlaken adoptée le 19 février 2010 par la conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme (v. *infra* page 309), notamment les points PP1 et PP2 ainsi que le plan d'action annexé à cette déclaration.

22 Voir sur ce point CEDH, gr. ch., 4 février 2005, *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, n° 46827/99 et 46951/99, qui affirme que le droit de recours individuel est « la clef de voûte du mécanisme de sauvegarde des droits » garantis par la Convention.

23 Expression tirée de l'avis du comité directeur des droits de l'homme du 1er décembre 2009, préparatoire à la conférence d'Interlaken.

24 Déclaration d'Interlaken, PP6 et point B.4. du Plan d'action (v. *infra* p 309 et 310). Voir également les remarques conclusives de la Conseillère fédérale Eveline Widmer Schlumpf, chef du département fédéral suisse de justice et police : « *Le renforcement du principe de subsidiarité joue un rôle central pour trouver des solutions à nos problèmes* ». Voir aussi l'avis du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) du 2 décembre 2009, « 10. Pour garantir l'efficacité à long terme du système de la Convention, le principe de subsidiarité doit être rendu pleinement opérationnel. Ce devrait être l'objectif central de la Conférence d'Interlaken ». Voir encore le discours de Thorbjørn Jagland, secrétaire général du Conseil de l'Europe : « *le principe de subsidiarité doit être mieux utilisé et de manière plus systématique* ».



garantit en effet que les premiers responsables de la protection des droits de l'homme – les États – soient les acteurs qui disposent à cette fin des pouvoirs les plus étendus. Ce principe est également un préalable à l'exercice efficace, par la Cour européenne des droits de l'homme, de sa fonction de Cour régulatrice.

A.- Le principe de subsidiarité est d'abord l'expression d'une « nécessité fonctionnelle »²⁵: les États, premiers responsables de la protection des droits fondamentaux, sont aussi à bien des égards les mieux à même d'assurer une protection complète et efficace de ces droits. C'est cette nécessité fonctionnelle qu'exprimait dès 1976, la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle considérait que, dans certaines circonstances, grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, « les autorités de l'État se (trouvaient) en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer »²⁶ sur le contenu des exigences de l'ordre public et la nécessité d'une restriction à une liberté.

A cela peut-on ajouter que les autorités et le juge nationaux sont également, dans le système de la Convention, ceux qui disposent des pouvoirs les plus importants pour assurer une protection directement efficace contre les atteintes qui peuvent être portées aux droits garantis par la Convention. Le législateur et le pouvoir réglementaire peuvent ainsi, avec un effet *erga omnes*, abroger ou modifier des dispositions incompatibles avec la Convention ou créer de nouveaux dispositifs permettant d'assurer pleinement le respect des droits qu'elle protège. La loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration²⁷ qui, à la suite de l'arrêt de la Cour *Gebremedhin c. France*²⁸, a créé une nouvelle voie de recours, suspensive, à l'encontre des décisions refusant l'entrée sur le territoire au titre de l'asile, en est un exemple.

Le juge national dispose aussi de pouvoirs importants lui permettant d'assurer directement la pleine effectivité des droits garantis par la Convention. L'on peut penser à cet égard aux pouvoirs d'annulation et d'injonction du juge administratif, qui ont conduit le Conseil d'État, par exemple, par l'arrêt *Gisti* du 7 février 2003²⁹, à annuler le refus du ministre de l'intérieur d'abroger le décret-loi du 6 mai 1939 relatif au contrôle de la presse étrangère et à lui enjoindre de procéder à cette abrogation³⁰. C'est l'intervention du juge national qui, faisant usage des pouvoirs dont lui seul dispose dans le système de la Convention, a permis d'assurer la pleine

25 F. Sudre, in Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, commentaire de l'arrêt *Handyside*, PUF Thémis, 5ème édition mise à jour, Paris 2003, p. 76.

26 CEDH, plén. 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, §48 ; CEDH, gr. ch., 19 février 2009, *A. et autres c. Royaume-Uni*, n° 3455/05 : « 154: La Cour est appelée à jouer un rôle subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de protection des droits de l'homme. Il est donc souhaitable que les tribunaux nationaux aient initialement la possibilité de trancher les questions de compatibilité du droit interne avec la Convention. Si une requête est néanmoins introduite par la suite devant la Cour, celle-ci doit pouvoir tirer profit des avis de ces tribunaux, lesquels sont en contact direct et permanent avec les forces vives de leurs pays ».

27 Loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, article 24, aujourd'hui codifiée à l'article L. 213-9 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

28 CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*, n°25389/05.

29 CE, 7 février 2003, *Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI)*, n°243634, Rec. p. 30.

30 La décision du Conseil d'État a reçu exécution par le décret n°2004-1044 du 4 octobre 2004 portant abrogation du décret-loi du 6 mai 1939 relatif au contrôle de la presse étrangère.



application de l'arrêt de la Cour qui avait révélé la contrariété du dispositif prévu par ce décret-loi à l'article 10 de la Convention³¹.

B.- Si le principe de subsidiarité garantit ainsi, dans le système de la Convention, que ceux qui portent la responsabilité primaire d'assurer la protection des droits de l'homme - les États et, en leur sein, notamment, le juge national - sont ceux qui disposent à cette fin des pouvoirs les plus étendus, ce principe a également pour vocation de permettre que la Cour européenne des droits de l'homme assume pleinement sa fonction de Cour régulatrice.

Le principe de subsidiarité est ainsi, dans le système européen de protection des droits de l'homme, l'expression d'une répartition claire des compétences et des responsabilités entre la Cour et les juridictions nationales. C'est ce que traduit la règle - rappelée par le président Costa il y a quelques instants - selon laquelle la Cour n'est pas un quatrième degré de juridiction. Ce principe peut également s'avérer un instrument efficace d'articulation entre la protection des droits qui résulte de la Convention européenne des droits de l'homme et celle qui résulte du droit de l'Union européenne. D'une part, le principe de subsidiarité permet au juge national, juge de droit commun à la fois de la Convention et du droit de l'Union européenne, d'assurer directement la cohérence et l'articulation des deux systèmes, ainsi qu'y a procédé le Conseil d'État, par exemple, dans sa décision *Conseil national des barreaux* du 10 avril 2008³². Dans cette décision, il a fixé la méthode lui permettant d'examiner le moyen tiré de la contrariété à la Convention européenne des droits de l'homme d'une directive de l'Union européenne. D'autre part, le principe de subsidiarité peut également s'avérer une voie pour « réaliser judicieusement [l'] articulation » entre la Charte et la Convention³³, en conférant à la Convention, par rapport à la Charte, une fonction normative supplétive. Par conséquent, la situation de la Cour de justice de l'Union européenne sera « comparable à celle des cours constitutionnelles ou suprêmes des États membres vis-à-vis de la Cour européenne des droits de l'homme » selon l'analyse récemment rendue publique de la Commission européenne³⁴.

Au-delà de la répartition des compétences, le principe de subsidiarité est aussi une voie pour remédier à l'encombrement la Cour. Il a pour effet de garantir que celle-ci ne connaîtra que des affaires les plus importantes, c'est-à-dire celles posant une question de principe ou d'interprétation de la Convention ou celles dans lesquelles un État est allé au-delà de sa marge nationale d'appréciation en violant les droits garantis par la Convention ou en permettant une telle violation. Ainsi que le soulignait à l'instant le président Costa et tel que cela résulte en particulier de la condition d'épuisement des voies de recours internes³⁵, « ce n'est qu'en cas de défaillance des autorités nationales que [la Cour] peut et doit intervenir ».

31 CEDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, n° 39288/98.

32 CE, Ass., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, n° 296845 ; 296907, Rec. p. 129.

33 M. Verdussen, Subsidiarité et circularité, in *Le principe de subsidiarité*, Bruylant/LGDJ, Paris 2002, p. 321.

34 La Commission européenne renforce le système de protection des droits fondamentaux de l'UE, communiqué de presse de la Commission européenne n° 48-2010, du 17 mars 2010.

35 Cette condition figure à l'article 35 de la Convention : v. *infra* page 294..



II. Vecteur d'efficacité, le principe de subsidiarité est aussi une source de richesse pour la protection des droits de l'homme en Europe.

Avant même d'être un facteur d'efficacité, le principe de subsidiarité ou, à tout le moins, l'idée qu'il recouvre, est l'un des « *fondements de l'histoire européenne* »³⁶. Principe ancien de « *philosophie sociale* »³⁷, il puise ses origines dans les écrits d'Aristote et de Saint Thomas d'Aquin. Il fut également au cœur de la doctrine sociale de l'Église catholique au XX^{ème} siècle³⁸. Il est, sous cet aspect, un principe protecteur de l'individu et de l'autonomie de la volonté et donc un garant de la diversité et du pluralisme, sans lequel il n'est pas de démocratie, ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme l'a maintes fois souligné³⁹.

A.- Cette fonction de garant du pluralisme, le principe de subsidiarité l'assume également dans le système de la Convention. Le caractère subsidiaire du mécanisme de protection qu'elle institue présuppose en effet que les principes qui figurent dans ce texte et l'interprétation qui en est donnée par la Cour constituent un socle de droits et libertés communs aux 47 États membres du Conseil de l'Europe mais que, dans le respect de ce socle commun, chaque État adapte la mise en œuvre de ces principes à sa propre culture juridique.

Le principe de subsidiarité a pour corollaire l'existence d'une marge nationale d'appréciation qui, si elle peut être différemment appréciée en fonction du droit ou de la liberté considérée et si elle ne peut servir de prétexte à une violation des droits garantis par la Convention, est, en elle-même, une traduction de la diversité des cultures européennes⁴⁰. Or cette diversité est une composante essentielle de l'humanisme européen, dont le système de la Convention est une traduction juridique. Je dirais même que cet humanisme est - en partie du moins - né du dialogue entre ces cultures, cultures dans lesquelles les droits de l'homme doivent s'enraciner pour devenir véritablement universels. C'est ce que rappelait Pierre-Henri Imbert en soulignant que « *chaque homme n'accède à l'humanité que par la médiation d'une culture particulière* »⁴¹.

36 Selon le titre d'un ouvrage de C. Millon-Delsol, *L'État subsidiaire: ingérence et non-ingérence de l'État : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, Paris, PUF, 1992.

37 F. Leurquin-de Visscher, *Existe-t-il un principe de subsidiarité ?*, in *Le principe de subsidiarité*, op. cit., p. 22.

38 Sur ce point, voir notamment l'encyclique de Pie XI, *Quadragesimo anno*, du 15 mai 1931 : « *Ce serait commettre une injustice, en même temps que de troubler d'une manière très dommageable l'ordre social, que de retirer aux groupements d'ordre inférieur, pour les confier à une collectivité plus vaste et d'un rang plus élevé, les fonctions qu'ils sont en mesure de remplir eux-mêmes* ».

39 Par ex. CEDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, n°19392/92, §43 : « *il n'est pas de démocratie sans pluralisme* ».

40 Voir sur ce point CEDH, plén. 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n°5493/72 : « *En particulier, on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la « morale ». L'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la « nécessité » d'une « restriction » ou « sanction » destinée à y répondre* ».

41 P.-H. Imbert, *L'apparente simplicité des droits de l'homme : réflexions sur les différents aspects de l'universalité des droits de l'homme*, contribution au colloque sur l'universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste organisé par le secrétariat général du Conseil de l'Europe du 17 au 19 avril 1989, RUDH, 1989, p. 24.



B.- Le principe de subsidiarité, garant de la diversité et du pluralisme, est de ce fait même une source d'enrichissement et de renforcement de la protection des droits fondamentaux dans le système de la Convention. Le pluralisme et l'hétéronomie des acteurs sont essentiels au dialogue entre juges - entre la Cour et les juridictions nationales, mais aussi entre les juridictions nationales entre elles -, dialogue dont naît un renforcement de la protection des droits.

Deux exemples, que j'évoquais il y a quelques jours lors d'un colloque consacré aux 60 ans de la Convention, me paraissent particulièrement à même de l'illustrer. Celui des réformes de la juridiction administrative, tout d'abord, en particulier celle tenant à la place et au rôle du rapporteur public. Nul ne niera que l'« aiguillon » de la Cour - pour prolonger la métaphore que semble avoir appréciée le président Costa - y a contribué et, à l'aune de la décision de la Cour *Mme Étienne c. France* du 15 septembre 2009⁴², la juridiction administrative avait, dès le décret du 1er août 2006, tiré les conséquences de l'arrêt *Martinie c. France*⁴³ du 12 avril 2006. Pourtant, le décret du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives⁴⁴ est allé plus loin, en modifiant l'ancien nom du commissaire du Gouvernement en celui de rapporteur public, en systématisant la communication du sens des conclusions aux parties avant l'audience et en permettant aux parties de répondre à ces conclusions lors de l'audience publique. Ces réformes, qui ont modernisé le procès administratif et renforcé les droits des justiciables, sous l'effet de la jurisprudence de la Cour mais sans en être des conséquences directes, sont un exemple de l'enrichissement de la protection des droits de l'homme dans un cadre national, qui résulte du dialogue propre au système de la Convention européenne des droits de l'homme, dont le principe de subsidiarité permet une pleine expression.

Le renforcement du contrôle exercé par le juge administratif sur les mesures prises par l'administration à l'encontre des détenus en est un second exemple. Cette évolution, initiée par la jurisprudence *Marie* en 1995⁴⁵, qui a trouvé un aboutissement dans les trois arrêts d'assemblée du 14 décembre 2007 *M. Boussouar, M. Planchenault et M. Payet*⁴⁶, a bien été le fruit, en partie du moins, d'arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme. L'on peut penser en particulier aux arrêts *Ramirez Sanchez c. France*⁴⁷ du 27 janvier 2005 et *Frérot c. France* du 12 juin 2007⁴⁸. Là encore, pourtant, les trois arrêts d'assemblée du 14 décembre 2007 ne se sont pas limités à modifier la jurisprudence du Conseil d'État sur les seuls points qui découlaient de constats de violation effectués par la Cour. Redéfinissant les critères de la notion de mesure d'ordre intérieur dans les établissements pénitentiaires et identifiant des catégories d'actes qui, bénéficiant d'une présomption irréfragable de justiciabilité, sont susceptibles d'être soumis au juge de l'excès de pouvoir, ces arrêts sont surtout les fruits d'une réflexion d'ensemble du juge sur son rôle dans la protection des droits et libertés des personnes détenues.

42 CEDH, 15 septembre 2009, *Mme Etienne c. France*, n° 11396/08 (décision sur la recevabilité).

43 CEDH, gr. ch., 12 avril 2006, *Martinie c. France* n° 58675/00.

44 Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions.

45 CE, Ass., 17 février 1995, *Marie*, n°97754, Rec. p. 84.

46 CE, Ass., 14 décembre 2007, *M. Boussouar* n° 290730 ; *M. Planchenault* n°290420 ; *M. Payet* n° 306432, Rec. p. 475.

47 CEDH, 27 janvier 2005, *Ramirez Sanchez c. France*, n° 59450/00.

48 CEDH, 12 juin 2007, *Frérot c. France*, n° 70204/01.



Le principe de subsidiarité est donc, dans le système européen de protection des droits de l'homme, tout autant un gage d'efficacité qu'une source d'enrichissement de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux.

III. Pour ces raisons, la juridiction administrative, d'une part, et la Cour européenne des droits de l'homme, d'autre part, se sont résolument engagées dans la voie d'un renforcement du principe de subsidiarité.

A.- Etre juge national dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme crée d'impérieux devoirs : celui de participer au réseau des juges européens et, partant, conformément au principe de subsidiarité, celui d'appliquer le droit national, y compris le droit constitutionnel, à la lumière des stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme, telles qu'elles sont interprétées par la jurisprudence ferme et établie de la Cour.

Le Conseil d'État et la juridiction administrative assument aujourd'hui pleinement cette responsabilité de juge primaire de la Convention. Au contentieux, j'évoquais à l'instant des évolutions de nos procédures ou de notre jurisprudence qui, inspirées par la Convention, vont au-delà des exigences qui découlent de son application même. De manière tout aussi fondamentale, la juridiction administrative tire également les conséquences des arrêts rendus par la Cour, qu'ils le soient à l'encontre de la France ou d'un autre État. En ce qui concerne les délais de jugement, par exemple, sujet qu'évoquait le président Costa il y a quelques instants, outre l'attention permanente que nous leur portons et qui conduit à des réformes organisationnelles et structurelles, l'on peut évoquer la jurisprudence issue de l'arrêt *Magiera* du 18 juin 2002⁴⁹ qui, en permettant le passage d'un régime de faute lourde à un régime de faute simple pour l'engagement de la responsabilité de l'État du fait des délais de jugement excessifs, a permis d'apporter une garantie effective au droit à être jugé dans un délai raisonnable. Cette évolution a d'ailleurs été prolongée par le décret du 28 juillet 2005⁵⁰, attribuant au Conseil d'État en premier et dernier ressort le jugement « des actions en responsabilité dirigées contre l'État pour durée excessive de la procédure devant la juridiction administrative », mais aussi par des jurisprudences ultérieures qui en ont précisé la portée⁵¹. Je puis également évoquer l'ordonnance du 30 juin 2009, par laquelle le juge des référés du Conseil d'État a considéré que, sauf exigence impérieuse d'ordre public, le Gouvernement français est tenu de respecter les mesures provisoires prescrites par la Cour sur le fondement de l'article 39 de son règlement⁵². De même, par une décision du 12 décembre 2007⁵³, le Conseil d'État a fait sienne l'évolution jurisprudentielle résultant de la décision *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*⁵⁴ par laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a modifié les critères d'application de l'article 6 de la convention aux agents publics.

49 CE, Ass., 18 juin 2002, *Garde des Sceaux, Ministre de la justice c/ Magiera*, n°239575, Rec. p. 247.

50 Décret n° 2005-911 du 28 juillet 2005 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative.

51 Voir ainsi CE, Sect., 17 juillet 2009, *Ville de Brest*, n°295653, Rec. p. 286.

52 CE, réf., 30 juin 2009, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales c/ Beghal*, n°328879, Rec. p. 240.

53 CE, 12 décembre 2007, *M. Siband*, n° 293301, Rec. T. p. 853.

54 CEDH, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, n° 63235/00.



La question théorique et âprement débattue de l'autorité de chose interprétée des arrêts de la Cour, le Conseil d'État paraît la trancher par la négative, puisqu'en l'état de sa jurisprudence il ne vise, ni ne cite, ni n'applique directement, au-delà du périmètre limité de l'autorité de la chose jugée, les arrêts de la Cour se rapportant aux questions sur lesquelles il prend position. Mais, en pratique, le Conseil se conforme, on le voit, à la jurisprudence de la Cour à laquelle il reconnaît *de facto* des effets *erga omnes*, voire même il l'anticipe, comme il l'a fait notamment, mais pas seulement, dans l'affaire Diop⁵⁵. Il va de soi que l'instauration d'un mécanisme de question préjudicielle dans l'économie de la convention ou la modification de son article 46 aurait un clair impact sur l'aspect théorique de la question : notre jurisprudence *Société de Groot En Slot Allium B.V.*⁵⁶ du 11 décembre 2006 sur l'autorité des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne pourrait en pareil cas difficilement ne pas être transposée à la CEDH.

Cette responsabilité primaire au sein du système de la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État l'assume également pleinement dans l'exercice de son activité consultative. Les formations consultatives du Conseil d'État attirent ainsi systématiquement l'attention du Gouvernement sur les questions qu'un texte est susceptible de poser au regard des droits garantis par la Convention, tels qu'ils sont interprétés par la Cour. L'on peut évoquer, sur ce point, l'examen, en 2008, du projet de loi relatif à la lutte contre les trafics de produits dopants qui, en matière de perquisitions et saisies, comportait des dispositions critiquables au regard de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le Conseil d'État s'étant explicitement référé, ainsi que le relève son rapport public de 2009, à l'interprétation qu'en donne l'arrêt *Ravon et autres contre France* du 21 février 2008⁵⁷. De la même manière, nous avons considéré en 2008 que, faute d'impérieux motif d'intérêt général, certaines dispositions de la loi de finances rectificative, validant rétroactivement les effets d'une décision du Conseil d'État statuant au contentieux, pouvaient être regardées comme étant contraires notamment à l'article 1er du protocole additionnel n°1 à la Convention – ce faisant, nous nous sommes approprié l'interprétation que fait la Cour de la notion de « bien » au sens de ces stipulations⁵⁸. Mais les exemples de pareilles critiques sont si nombreux qu'il est impossible de les citer tous.

La juridiction administrative va aussi renforcer sa contribution à l'application du principe de subsidiarité en concourant loyalement à la mise en œuvre de la procédure des questions prioritaires de constitutionnalité, telle qu'elle résulte de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2009⁵⁹ et de la loi organique du 10 décembre 2009⁶⁰. Les premières décisions rendues en la matière le 14 avril 2010 par le Conseil d'État⁶¹ manifestent clairement la volonté du juge administratif de faire jouer pleinement

55 CE, Ass., 30 nov. 2001, *Diop*, n°212179, Rec p. 605, concl. Courtial.

56 CE, 11 décembre 2006, *Société de Groot En Slot Allium B.V.*, n°234560, Rec. p. 512, concl. Séners.

57 Conseil d'État, Rapport public 2009, La Documentation française, p. 95.

58 *Ibid.*, p. 130.

59 Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

60 Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution ; CC, 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, n° 2009-595 DC.

61 CE, 14 avril 2010, *M. et Mme Labane*, n°6753, Rec. p. 110 ; CE, 14 avril 2010, *Mme Lazare*, n° 329290, Rec. p. 108 ; CE, 14 avril 2010, *Union des familles en Europe*, n° 323830, Rec. p. 107.



la protection constitutionnelle des droits fondamentaux dont la mise en œuvre est extrêmement rapide, afin d'éviter que cette protection ne soit trop systématiquement et souvent indûment recherchée à Strasbourg au regard de principes matériellement identiques. Au fond, le mécanisme de la question prioritaire que certains ont voulu bien à tort présenter comme un mécanisme national destiné à rendre vaine une protection européenne est bien plutôt une excellente illustration du principe de subsidiarité : la protection des droits fondamentaux doit s'exercer au premier chef au plan national, directement au regard de la Convention par les deux ordres de juridictions mais aussi au regard de la Constitution elle-même, certainement lue à la lumière de la Convention, telle qu'elle est interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme. C'est seulement après ces étapes nationales cumulées ou prises alternativement que la Cour européenne doit pouvoir être utilement saisie : dans un moins grand nombre de cas et, du moins peut-on l'espérer, avec des chances de succès plus réduites. Si tel n'était pas le cas, le principe de subsidiarité bégaierait plus qu'il ne triompherait !

B.- La Cour européenne des droits de l'homme, symétriquement, s'est résolument orientée dans la voie d'une pleine prise en considération de ses responsabilités, qui vont en se renforçant, de cour régulatrice de l'ensemble des juridictions européennes dans le domaine des droits de l'homme. L'effort en ce sens mérite d'autant plus d'être poursuivi que la Cour a vocation à assumer cette régulation en matière de protection des droits fondamentaux, vis-à-vis, non seulement des cours suprêmes nationales, mais aussi, à terme sans doute rapproché, des juridictions européennes elles-mêmes et, notamment, de la Cour de justice de l'Union européenne.

Avec le soutien des États réunis au sein du Conseil de l'Europe, la Cour européenne des droits de l'homme poursuit donc la réorganisation de ses procédures. L'entrée en vigueur du protocole n°14 va ainsi lui permettre de renforcer ses capacités de filtrage des requêtes dénuées de tout fondement, de ne pas se saisir des affaires les moins importantes et elle facilitera le traitement des affaires répétitives. De sa propre initiative, par ailleurs, la Cour s'est orientée vers des solutions jurisprudentielles innovantes qui, à bien des égards, facilitent le règlement des affaires portées devant elles, de même que l'office des juges nationaux. L'on peut penser à cet égard à la procédure dite des « arrêts pilotes », inaugurée par l'arrêt *Broniowski c. Pologne* du 22 juin 2004⁶², ou à l'annonce explicite faite par la Cour de ses revirements de jurisprudence.

Cette tendance au renforcement de la fonction régulatrice de la Cour européenne des droits de l'homme, la Conférence d'Interlaken l'a en quelque sorte « surlignée », en recommandant au comité des ministres d'examiner la mise en place d'un mécanisme de filtrage au sein de la Cour, allant au-delà de ce qui est déjà prévu, mais aussi en invitant la Cour à considérer d'autres possibilités d'appliquer le principe *de minimis non curat praetor*.

L'appel de la Conférence à assurer, au besoin en améliorant la transparence et la qualité des procédures de sélection aux niveaux national et européen, que les critères de la Convention relatifs aux conditions d'exercice des fonctions de juge à la Cour soient pleinement respectés s'inscrit également dans ce processus. J'observe d'ailleurs que la Cour de justice de l'Union européenne connaît actuellement une semblable évolution

62 CEDH, 22 juin 2004, *Broniowski c. Pologne*, n° 31443/96.



vers un renforcement des procédures de contrôle et d'évaluation de l'aptitude à exercer les fonctions de juge : l'article 255 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui institue un comité chargé d'apprécier cette aptitude s'est d'ailleurs inspiré des procédures elles-mêmes mises en place en application de la Convention pour la nomination des juges de la Cour de Strasbourg.

C'est que l'autorité des juges européens et, notamment, de ceux de la Cour européenne des droits de l'homme doit être incontestable : elle se doit d'être à la mesure du rôle et des responsabilités qui leur sont confiés. Ces juges dont les décisions vont s'imposer non seulement aux États, mais aussi à l'Union européenne, sur des enjeux majeurs de protection des droits fondamentaux doivent en effet, par les procédures gouvernant leur sélection, être mis à l'abri des critiques que l'exercice même de leurs responsabilités peut susciter. Tout fait donc système : l'autorité des arrêts des juridictions européennes et, en particulier, de la Cour européenne des droits de l'homme, l'application effective du principe de subsidiarité et la qualité des procédures de recrutement des juges. L'autorité des décisions juridictionnelles qui devraient être rendues en nombre restreint sur de grandes affaires de principe ou en cas de défaillance des États donne par conséquent une réelle importance aux recommandations de la Conférence d'Interlaken relatives aux juges européens.

Au regard du nombre de requêtes dont la Cour est aujourd'hui saisie – 57 100 requêtes en 2009 - et du nombre d'arrêts qu'elle rend – 1 625 en 2009 - ne peut-on aussi envisager, ainsi que ne semble pas l'exclure la Conférence, qu'elle puisse sélectionner elle-même les affaires qu'elle juge ? Elle pourrait alors à terme, après une évolution graduelle en ce sens, ne rendre que quelques centaines d'arrêts par an, dans ses formations de jugement les plus solennelles, et remplir ainsi de la manière la plus complète et la plus efficace qui soit sa responsabilité essentielle de régulateur ultime des droits de l'homme en Europe, conformément au principe de subsidiarité. La jurisprudence de la Cour qui est parfois critiquée en raison du nombre de ses arrêts et de ses formations de jugement pourrait être ainsi plus homogène, plus lisible, plus solennelle encore, et, partant, mieux comprise, mieux acceptée et mieux appliquée. Dans le même esprit de subsidiarité, l'instauration d'une procédure de renvoi préjudiciel par les juridictions nationales pourrait ajouter une touche ultime de marque de confiance réciproque entre ces dernières et « leur » Cour. De telles pistes, qui ne paraissent pas exclues par la Conférence, ne doivent selon moi, à tout le moins, pas être écartées d'emblée.

Je souhaite, pour achever ce trop long propos introductif, vous remercier une nouvelle fois, M. le président de la Cour européenne des droits de l'homme, de participer aujourd'hui à ce dialogue entre nos deux institutions, mais aussi entre celles-ci et l'ensemble des personnes ici rassemblées, que je remercie de leur présence. Je salue également et je remercie vivement la section du rapport et des études qui organise ce nouveau cycle de conférences, en particulier le président Olivier Schrameck et le conseiller d'État Martine Jodeau, pour l'énergie qu'ils ont déployée afin qu'il puisse voir le jour.



Témoignages

Bruno Genevois

Ancien président de la section du contentieux du Conseil d'État

Comme nous tous ici, je suis bien évidemment convaincu du bien-fondé du principe de subsidiarité dans sa double dimension, qui comprend l'épuisement préalable des voies de recours préalables internes avant la saisine de la Cour ainsi que le respect de la marge nationale d'appréciation. Ce qui peut toutefois poser problème au juge national, et je me tourne plus spécialement vers le président Costa, c'est l'existence d'un possible décalage entre le litige tel que le juge national l'appréhende et le litige tel que la Cour, lorsqu'elle statuera, l'appréhendera à son tour.

J'ai déjà pu constater deux manifestations de ce décalage.

Premièrement, il résulte de ce que la doctrine⁶³ a appelé le recours par la Cour européenne à « la globalisation des sources » dans l'interprétation donnée des articles de la Convention. L'exemple le plus typique est fourni par l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008⁶⁴ par lequel la Cour déduit de la liberté syndicale le droit à la négociation collective. Il s'agit d'une hypothèse dans laquelle la Turquie n'était même pas partie à la convention de l'Organisation internationale du travail à laquelle la Cour se référait pour fixer le droit existant au jour où elle a statué. Cette situation crée une gêne, car on imagine mal le Conseil d'État faire application d'une convention qui n'a pas été introduite dans l'ordre juridique interne ou, même s'il s'agit d'une convention introduite dans l'ordre juridique interne, d'une convention qui serait dépourvue d'effet direct. Il en résulte un déphasage entre ce que le juge national peut juridiquement faire et ce que la Cour estime être en droit de juger.

L'autre déphasage résulte de la durée des procédures. Le Conseil d'État en a connu un exemple à l'occasion d'affaires d'agrément en vue de l'adoption, lorsque le couple qui demandait à l'autorité administrative l'agrément est un couple homosexuel. Lorsque la question s'est posée pour la première fois, en 1996 dans une affaire *Fretté*⁶⁵, aux conclusions de Christine Maugüe, alors commissaire du Gouvernement, le Conseil d'État avait estimé qu'il n'y avait pas de contrariété avec la Convention européenne. Dans ses conclusions, Christine Maugüe avait soutenu que si une décision devait être prise en la matière, elle incombait au législateur. L'affaire a été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme qui a rendu un arrêt de non-violation⁶⁶. Au même moment, le Conseil d'État a eu à connaître d'un nouveau litige, cette fois aux conclusions de Pascale Fombeur, au début de l'année 2002. Dans ses conclusions et dans l'arrêt rendu⁶⁷, il y a eu application de la solution dégagée dans l'affaire *Fretté*,

63 Frédéric Sudre.

64 CEDH, gr. ch, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97.

65 CE, 9 octobre 1996, *Département de Paris c/ Fretté*, n° 168342.

66 CEDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*, n° 36515/97.

67 CE, 5 juin 2005, *Mlle B.*, n° 230533.



avec l'aval de la Cour. L'affaire a été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁸ qui a changé de jurisprudence. Les motifs invoqués sont des éléments de fait et de droit postérieurs à la décision administrative contestée, qui remontait à 1998, et plus encore à la décision du juge interne de 2002. La Cour a invoqué deux éléments : la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 et une résolution du Conseil de l'Europe de 2000.

Dans ces deux cas, il me semble que le principe de subsidiarité, qui est une excellente chose, peut être compromis dans sa mise en œuvre par une approche de la Cour en décalage avec ce que peut faire le juge national. Aussi, je sou mets cette réaction d'un ancien juge national au président de la Cour européenne des droits de l'homme, ici présent.

Jean-Paul Costa

Je me doutais qu'une question du président Genevois serait à la fois pointue et pertinente. Je m'empresse de dire que je vais essayer de répondre sur le fond et ne pas me retrancher derrière des astuces procédurales. Je ne siégeais pas dans l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie* et j'étais dissident dans l'affaire *E.B c. France*, mais je défendrai ici non pas mon point de vue, mais le point de vue de la Cour. Il est vrai qu'il existe un certain décalage et je vais répondre sur les deux points.

En ce qui concerne la globalisation des procédures, c'est la grande différence avec la tradition jurisprudentielle de la Cour de Strasbourg, qui est une juridiction internationale et considère que le droit national est un droit vivant, qui comporte certes des dispositions contraignantes, mais qui traduit aussi une évolution des instruments internationaux et, d'une certaine manière, de la conscience internationale. C'est particulièrement vrai dans le domaine social ou dans le domaine sociétal. Par exemple, pour faire changer sa jurisprudence sur les transsexuels, avec l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*⁶⁹, la Cour européenne des droits de l'homme a notamment invoqué la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne tout en sachant très bien qu'elle n'avait pas valeur contraignante comme l'a rappelé Jean-Marc Sauvé. Elle l'a acquise avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009.

Mais il est important de voir que dans le domaine international, il y a une évolution des concepts et un certain consensus qui se dégage. On pourrait citer des exemples, en matière d'adoption internationale d'enfants ou dans d'autres domaines de ce type. Pour revenir sur l'affaire *Demir et Baykara c. Turquie*, on sait que plusieurs acteurs de la doctrine ont critiqué cet arrêt, en s'étonnant que l'on puisse appliquer à un pays des conventions qu'il n'a pas ratifiées. Mais je pense que l'attitude de la Grande chambre dans cette affaire a consisté à dire que le droit social évolue sous l'influence de certains instruments (Charte de l'OIT, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ...) et qu'il faut en tenir compte. Il n'est pas interdit à la Cour, non pas d'appliquer ces instruments qui ne sont pas juridiquement contraignants, mais de s'en inspirer.

68 CEDH, 22 janvier 2008, *E.B c. France*, n° 43546/02.

69 CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95.



En ce qui concerne la durée des procédures, il est clair que si la Cour européenne des droits de l'homme était moins encombrée et pouvait statuer plus vite, cela serait mieux pour tout le monde. Toutefois, je crois que la durée des procédures n'est pas la seule cause de l'évolution ou des revirements de jurisprudence, comme cela a été le cas pour les agréments en vue de l'adoption par des homosexuels. Je crois que cela correspond aussi à une évolution assez importante des mentalités en Europe sur cette question. En outre, l'affaire est compliquée en France par la décentralisation, puisque les décisions d'accorder ou de refuser l'agrément ne sont pas prises par l'État mais par les présidents d'une centaine de conseils généraux, avec des politiques et des pratiques très différentes. La Cour a cependant essayé de se placer sur un plan aussi européen que possible. Elle a adopté une jurisprudence plus favorable à l'agrément en vue de l'adoption par des homosexuels. Cela pose des problèmes en France à cause de la décentralisation mais aussi à cause du fait que le code civil est évidemment muet sur l'homosexualité.

Mais il est vrai également que, avec la loi de 1996, les célibataires peuvent adopter. Ainsi, le code civil, tel qu'il est désormais depuis plusieurs années, permet à un célibataire d'adopter et donc d'obtenir l'agrément en vue de l'adoption. Sur le plan de la phase administrative, rien apparemment ne légitime, sauf disposition contraire du législateur, le fait de réserver cet agrément en vue de l'adoption à un célibataire ayant une orientation homosexuelle ou même vivant en couple avec une personne du même sexe. Pour terminer sur ces questions qui sont particulièrement pertinentes, je souhaiterais dire un mot sur la marge nationale d'appréciation, car cela constitue l'un des points sur lesquels je suis en désaccord, certes partiel, avec Jean-Marc Sauvé.

La marge nationale d'appréciation n'est pas nécessairement induite par la rédaction de certains articles comme les articles 8, 9, 10 et 11⁷⁰ de la Convention, dont les seconds paragraphes justifient les ingérences dans certains cas si elles visent un but légitime, si elles sont prévues par la loi et si elles sont nécessaires dans une société démocratique. On pourrait en principe admettre que la société démocratique est un facteur commun à 47 États défendeurs potentiels, et qu'il n'est donc pas question d'apprécier de façon différente en Russie, en Espagne ou en France. Mais si la jurisprudence de la Cour a développé cette théorie de la marge nationale d'appréciation, elle s'applique naturellement plus facilement pour des articles de ce type qui ont une structure exposant le principe et l'exception que pour des articles auxquels il n'est pas permis de déroger, comme l'article 3 qui interdit la torture ou l'article 4 qui prohibe l'esclavage⁷¹, puisqu'il est évident que ces notions ne peuvent pas être appréciées différemment en Russie, en Espagne ou en France.

Donc je ne suis pas entièrement d'accord avec l'identification de la marge nationale d'appréciation avec la rédaction de ces articles 8, 9, 10, et 11 mais en revanche la jurisprudence s'y applique plus facilement. Et pour approuver Jean-Marc Sauvé cette fois-ci, il y a eu dans le contrôle jurisprudentiel du Conseil d'État, bien avant que la Convention européenne ne soit rédigée et adoptée, des éléments qui ont influencé le texte même, ou en tout cas la technique de rédaction de la Convention. Certaines

70 V. *infra* p. 290.

71 Article 4 de la Convention : « 1. Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude. ».



influences sont plutôt anglaises ou nordiques, mais l'arrêt *Benjamin* de 1933⁷² par exemple est, en matière de liberté de réunion, extrêmement proche de la rédaction de l'article 11 de la Convention. La liberté est la règle, les exceptions sont restrictivement interprétées, et il doit y avoir une nécessité dans une société démocratique ou un besoin social impérieux pour renverser le principe par l'exception.

Jean-Marc Sauvé

J'ai dans mon exposé évoqué le contrôle de la marge nationale d'appréciation, en me concentrant sur le point de vue du juge national, au travers des interprétations en réalité favorables de la jurisprudence administrative française qui vont au-delà des standards de la Convention. Je n'ai en revanche pas approfondi la question de savoir jusqu'où peut aller la Cour dans l'admission d'une marge nationale d'appréciation, non pas de manière extensive, mais de manière restrictive, sujet qui a été traité avec une grande pertinence par le président Costa. Je me permettrai toutefois d'ajouter un élément à notre réflexion : il me semble que la jurisprudence de la Cour sur la marge nationale d'appréciation est, compte tenu, certes de la difficulté des sujets traités, mais également de ses méthodes de travail, parfois malaisée à suivre et à interpréter, notamment dans les domaines qui viennent d'être évoqués et qui touchent par exemple à la procréation ou à l'adoption. Sur ces sujets, il est en effet parfois difficile pour les juridictions nationales de tirer de la jurisprudence de la Cour des enseignements aussi clairs que les juges nationaux pourraient le souhaiter.

Jean-Paul Costa

Je suis d'accord pour dire qu'il y a également des dérapages et non pas seulement des décalages. On pourrait, sur les décalages, élaborer beaucoup à partir de cette remarque, car il existe notamment des décalages dus au fait que les recours à Strasbourg sont individuels, à part les recours interétatiques qui sont rares, et que nous ne sommes pas exactement dans la même situation que la Cour de Luxembourg dont les questions préjudicielles lui permettent de rendre, sinon un arrêt de règlement, du moins un arrêt qui résout bien des litiges individuels potentiels.

Il y a certes eu des dérapages dans la pratique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme et on voit apparaître, depuis quelques années, une application de la doctrine de la marge nationale d'appréciation dans le domaine du procès équitable de l'article 6-1, envers laquelle je suis défavorable. Elle me semble être une erreur car on ne voit pas pour quelle raison un juge se montrerait plus indépendant et impartial à Paris qu'à Moscou ou inversement. Je pense qu'il faut être très vigilant sur la marge nationale d'appréciation qui est une soupape de sûreté indispensable et un instrument du « *self restraint* », sans lesquels pourrait prévaloir une tendance au dogmatisme de la part de la Cour qui doit veiller à conserver un équilibre entre dogmatisme et pragmatisme.

⁷² CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, rec. Lebon p. 541.



Olivier Dutheillet de Lamothe,

*Président de la section sociale du Conseil d'État,
ancien membre du Conseil constitutionnel*

Je voudrais reprendre une discussion engagée il y a quelques mois avec le président Costa dans le cadre plus restreint d'une réunion au Conseil constitutionnel où était notamment présente une délégation de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle avait trait à la question de l'incidence de la question prioritaire de constitutionnalité sur le principe de subsidiarité. Le vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, avait énoncé que la question prioritaire de constitutionnalité était une excellente illustration du principe de subsidiarité, appréciation que je partage totalement.

La question qui se pose toutefois est de savoir si c'est un espoir ou si ce sera une réalité, parce que nous allons être confrontés à une situation nouvelle. La question de constitutionnalité est une question préjudicielle requalifiée de prioritaire dans la mesure où le législateur organique a souhaité que, dans une affaire où deux moyens sont identiques dans leurs contenus, la priorité soit donnée à l'examen de la conformité au Préambule de la Constitution sur l'examen de la conformité à la Convention européenne des droits de l'homme. Si donc la question est renvoyée devant le Conseil constitutionnel, celui-ci va rendre une décision sur la conformité ou non de la loi au Préambule de la Constitution de 1958.

Or, comme j'ai essayé de le démontrer, avec beaucoup d'autres, dans un article aux *Mélanges Genevois*⁷³, le Conseil constitutionnel s'est efforcé depuis longtemps d'interpréter, dans la mesure du possible, les principes constitutionnels français à *la lumière*, dirait le président Genevois, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, comme cela a été décrit par le vice-président Jean-Marc Sauvé concernant la jurisprudence du Conseil d'État tant à l'égard de la Cour européenne des droits de l'homme qu'à l'égard du Conseil constitutionnel. Et ce dernier le fait, non seulement par conviction et par respect vis-à-vis de la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi parce qu'il considère, comme le Conseil d'État et la Cour de cassation, que son premier devoir comme juge est d'assurer l'unité de l'ordre juridique français.

Avec aujourd'hui deux ordres de juridictions auxquels s'ajoute le Conseil constitutionnel, que je ne qualifierais pas comme tel mais qui me semble se rapprocher de plus en plus d'une juridiction, l'élément fédérateur majeur du système de protection des droits français est la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à laquelle les trois cours suprêmes, si je puis utiliser cette expression, sont conduites à se référer.

Lorsque le Conseil constitutionnel aura rendu une décision, la Cour européenne des droits de l'homme aura deux attitudes possibles.

Elle peut, d'une part, considérer que, formellement, le Conseil constitutionnel s'est prononcé uniquement sur la conformité de la loi à la Constitution française, ce qui n'est pas le sujet de la Cour, qui est la Convention européenne des droits de l'homme. Elle peut donc admettre très largement la recevabilité des recours qui postuleraient la non-conformité de la loi en cause à la Convention européenne des droits de l'homme.

73 O. Dutheillet de Lamothe, « *Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans paroles* » in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois, Le dialogue des juges*, Dalloz, 2008.



Mais, d'autre part, et c'est l'espoir que nous a permis de fonder l'exposé de Mme Tulkens, la Cour européenne des droits de l'homme pourrait alors, de façon implicite ou explicite, déclarer un tel recours comme non recevable, considérant que la question a déjà été tranchée par une juridiction nationale suprême qui aura interprété le Préambule de la Constitution à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg. Cela serait de nature à réduire sensiblement le nombre de recours dont elle est saisie, en ce qui concerne la France en tout cas.

Jean-Paul Costa

On peut répondre de deux façons : la première consiste à se fonder sur l'expérience d'autres pays et notamment, comme l'a dit Oliver Dutheillet de Lamothe, sur le nombre des recours. Il est clair que si l'on rapporte le nombre de requérants à la population du pays, il y a beaucoup moins de requêtes contre l'Allemagne ou contre l'Espagne que de requêtes contre la France. Cela s'explique par le fait qu'en Allemagne et en Espagne existe la possibilité de faire des recours en protection des droits fondamentaux devant la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe ou devant le Tribunal constitutionnel espagnol.

Les techniques ne sont pas identiques à celles utilisées dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. Cette dernière aura certainement pour objet, ou en tout cas pour conséquence, de raréfier quelque peu les recours contre la France. Il y a de grandes chances pour qu'il en soit ainsi. La question plus épineuse et sur laquelle il devient plus difficile de spéculer est celle de savoir si, dès lors que le Conseil constitutionnel se sera prononcé, la Cour européenne des droits de l'homme se sentira liée par sa jurisprudence.

Bien entendu, nul ne peut l'écrire, mais je me réfère à l'affaire *Zielinski et Pradal et Gonzales et autres c. France*⁷⁴ que Alain Bacquet connaît bien, car il était dans cette affaire le juge *ad hoc* français et a formulé une opinion concordante remarquée. Il s'agissait de la portée rétroactive des lois de validation. La Cour européenne des droits de l'homme a dit, dans cette affaire technique fort complexe portant sur l'assurance sociale en Alsace Moselle que, bien que le Conseil constitutionnel ait déclaré les dispositions législatives en question conformes à la Constitution, cela ne signifiait pas que l'article 6-1 de la Convention était respecté. Et la conclusion de l'arrêt, qui a été unanime, fut que l'article 6-1 avait été violé.

Mais on peut rappeler des situations similaires dans d'autres pays, par exemple l'Allemagne avec l'affaire *Karolin von Hannover c. Allemagne*⁷⁵ relative au droit à l'image de la princesse Caroline de Monaco, dans laquelle la Cour constitutionnelle de Karlsruhe avait été en partie désavouée par la Cour de Strasbourg, ce qui lui avait valu des commentaires acerbes.

74 CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzales et autres c. France*, n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96.

75 CEDH, 24 juin 2004, *Karolin von Hannover c. Allemagne*, n° 59320/00.



A partir du moment où différentes juridictions dégagent différentes jurisprudences, et tant que le droit international, le droit européen et le droit national ne coïncident pas complètement, il y aura toujours me semble-t-il des divergences, dont on ne peut qu'espérer qu'elles seront de moins en moins nombreuses.

Echanges avec les participants

Question à l'attention de Jean-Paul Costa - *Les observateurs extérieurs peuvent noter que la rapidité avec laquelle la Cour se prononce peut varier, et parfois de façon difficilement prévisible. Existe-t-il des éléments d'information ou d'appréciation qui peuvent sur ce point nous éclairer ? Cette question influe-t-elle sur le décalage précédemment évoqué ?*

Jean-Paul Costa

Nous connaissons une situation que nous allons nous efforcer d'améliorer mais qui est devenue difficilement gérable, comme l'a indiqué Jean-Marc Sauvé au travers des chiffres qu'il a donnés. Je me souviens de l'époque où le Conseil d'État avait plus de 30 000 affaires en instance et où la Cour de Cassation se trouvait confrontée à des chiffres de cet ordre de grandeur ; cela rendait la gestion des stocks de dossiers difficile. Ayant été pendant plusieurs années président d'une sous-section du contentieux, je reconnais que, même en tentant de traiter le plus rapidement les affaires les plus urgentes, il arrive un moment où le suivi des dossiers devient laborieux. Heureusement, cette situation pour la Cour de cassation et le Conseil d'État est aujourd'hui résolue, les ordres de grandeur et les délais de jugement étant devenus beaucoup plus raisonnables.

Depuis plus d'un an et demi, nous avons lancé à la Cour européenne des droits de l'homme une politique visant à définir différentes catégories d'affaires en fonction de leur degré de priorité. Bien sûr, cela se faisait déjà. On cite souvent le cas de l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*⁷⁶ où il était question d'une femme atteinte d'une grave maladie dégénérative qui souhaitait bénéficier de l'assistance au suicide de la part de son mari. Selon le droit britannique, cette assistance au suicide était assimilée à un homicide et le mari risquait théoriquement jusqu'à 13 ans d'emprisonnement. Ayant perdu ses recours effectués devant les juridictions internes, nous avons jugé en quelques semaines la requête de Diane Pretty, d'ailleurs en la rejetant car nous avons trouvé que ni l'article 2 sur le droit au respect de la vie, ni aucun autre article de la Convention ne pouvaient pousser à la conclusion que les juridictions britanniques avaient violé la Convention européenne des droits de l'homme. Mais nous avons rendu cet arrêt rapidement compte tenu de ses circonstances tragiques et nécessairement urgentes.

⁷⁶ CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02.



De même, dans des cas d'adoption d'enfants, notamment d'adoption internationale qui posent des questions souvent très difficiles sur le plan humain, nous essayons de juger l'affaire très vite pour que l'enfant ne soit pas devenu majeur lorsque l'arrêt sera rendu. Nous poussons désormais plus systématiquement cette analyse et ce traitement du stock de dossier, ce qui est bien entendu encouragé par la conférence d'Interlaken. Nous allons peut-être également donner plus de publicité et de transparence, ce que nous avons commencé à faire, Edwige Belliard⁷⁷ pourra en témoigner.

Nous allons également, rapidement je l'espère, pouvoir définir des critères plus rigoureux et plus transparents pour le traitement des arrêts pilotes. On a déjà rappelé le premier arrêt pilote, *Broniowski c. Pologne*, et il y en a désormais beaucoup plus. Les arrêts pilotes ont pour objet et pour effet de permettre de traiter un problème systémique ou structurel en rendant un premier arrêt ou un arrêt sur quelques affaires typiques, en gelant ainsi les autres affaires du même ordre, parfois très nombreuses, pour permettre à l'État défendeur de remédier à cette situation. Cela débouche idéalement soit sur des règlements amiables, soit en tout cas sur une satisfaction donnée aux autres requérants par l'État défendeur.

Tout ceci fait partie de ce que nous nommons dans notre jargon technique « le suivi d'Interlaken », c'est-à-dire ce qui permet de faire en sorte que la Cour puisse traiter plus rapidement les affaires les plus urgentes ou les plus graves et peut-être de façon moins rapide celles qui sont loin d'être prioritaires. Nous avons cependant un retard important pour le traitement des affaires en instance, ce que l'on appelle en anglais le « backlog » (l'arriéré). Il doit y être mis fin le plus rapidement possible. Cela n'est pas dramatique lorsqu'il s'agit d'affaires manifestement mal fondées ou irrecevables, encore que le justiciable soit toujours persuadé qu'il a une chance de succès. Lorsqu'il arrive, dans le cas notamment d'affaires turques ou d'affaires tchéchènes que les requérants, victimes ou leurs ayants droit, gagnent, il est regrettable que l'on attende plusieurs années pour leur donner satisfaction.

Question à l'attention de Jean-Marc Sauvé - *A propos de l'arrêt Dayanan c. Turquie*⁷⁸ en matière du droit à l'accès à l'avocat en phase interrogatoire, le ministère français de la justice a déclaré qu'un arrêt qui a été rendu contre un autre État ne lie pas les autorités judiciaires françaises, même si des initiatives de réformes ont été prises, en France, en matière pénale. Le Conseil d'État peut-il être amené dans un cas d'espèce à prendre en considération un arrêt rendu à l'encontre d'un autre État ? Quelle est sa position sur cette question ?

Jean-Marc Sauvé

Comme je l'ai indiqué, si le Conseil d'État reconnaît l'autorité de la chose jugée par la Cour européenne des droits de l'homme, il ne reconnaît toutefois pas, du moins formellement, l'autorité de la chose interprétée par ses arrêts. Ce n'est néanmoins

⁷⁷ Edwige Belliard, conseillère d'État, est directrice des affaires juridiques au ministère des affaires étrangères et européennes.

⁷⁸ CEDH, 13 octobre 2009, *Dayanan c. Turquie*, n° 7377/03.



pas le néant ou l'impasse dans les cas similaires à ceux que vous mentionnez. En effet, sans que notre jurisprudence reconnaisse l'autorité de la chose interprétée par la Cour, nous arrivons à un effet équivalent, et cela sinon depuis que la France a ratifié la Convention européenne des droits de l'homme en 1974, du moins depuis la fin des années 1980 ou le début des années 1990, du fait de ce que je nommerais la force persuasive de la jurisprudence de la Cour.

Ainsi, sans que soient cités ou visés les arrêts de la Cour rendus dans d'autres espèces, dans les faits, le Conseil d'État s'inspire de la jurisprudence de la Cour ou la met directement en œuvre, parce qu'il a par-dessus tout le souci de la correcte application de la convention dans l'interprétation qu'en donne la Cour et qu'il ne tient pas particulièrement à ce que ses arrêts puissent donner lieu à des constats ultérieurs de violation de la Convention. Dans un certain nombre de cas, le Conseil d'État anticipe même la jurisprudence européenne, car il est des hypothèses dans lesquelles il n'y a certes pas encore d'arrêt de la Cour, mais où il peut toutefois être raisonnablement présumé que la Cour, lorsqu'elle sera saisie d'un cas similaire, statuera dans le sens de la non-conformité d'une législation nationale à telle ou telle stipulation de la Convention. Il suffit, à cet égard, de lire les conclusions des rapporteurs publics pour se convaincre de l'influence de la jurisprudence de la Cour. Certains commissaires du Gouvernement, très tôt, ont ainsi soutenu qu'il n'était pas concevable, indépendamment des hypothèses dans lesquelles nous pouvions être confrontés à l'autorité de la chose jugée, que le Conseil d'État prenne le contre-pied de jurisprudences parfaitement claires, fermes et établies de la Cour européenne des droits de l'homme.

Cette position n'est propre à la section du contentieux, bien entendu, mais elle est également celle des formations administratives du Conseil d'État, ici même dans cette salle d'Assemblée générale où le Conseil ne juge jamais mais où il rend des avis dans ses formations les plus solennelles. Il est ainsi régulièrement conduit à souligner l'incompatibilité de telle ou telle disposition d'un avant-projet de loi avec des stipulations de la Convention telles qu'interprétées par la Cour. Sans reconnaître formellement l'autorité de la chose interprétée, nous donnons donc, en réalité, un effet *erga omnes* aux arrêts de la Cour.

La position du Conseil d'État vis-à-vis des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme n'est en cela pas radicalement étrangère à sa position vis-à-vis des décisions du Conseil constitutionnel. Le Conseil d'État a toujours interprété la loi conformément au sens qu'en donne le Conseil constitutionnel et, dans l'interprétation de la loi et des principes constitutionnels, il n'a jamais, en l'état, divergé de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Mais il s'est à ce jour abstenu de reconnaître formellement à cette jurisprudence une autorité allant au-delà de celle de la chose jugée.

Pour conclure, je dirais enfin qu'il n'est toutefois pas nécessaire de citer ou de viser les décisions du Conseil constitutionnel pour interpréter conformément la jurisprudence constitutionnelle la loi ainsi que les principes constitutionnels. Je renvoie à cet égard à deux arrêts de section et d'assemblée du Conseil d'État : l'arrêt *Lesourd* de juin 2007⁷⁹ et l'arrêt *Commune d'Annecy* d'octobre 2008⁸⁰.

79 CE, Sect., 22 juin 2007, *M. Lesourd*, n° 288206, Lebon p. 253.

80 CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931, Lebon p. 322.



Question à l'attention de Jean-Paul Costa - Selon vous, a-t-il été bien raisonnable de prévoir, dans le cadre du traité de Lisbonne, d'une part, un corpus juridique qui se rapproche, sans en être identique, de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme et, d'autre part, un mécanisme d'adhésion de l'Union européenne à cette Convention ?

Je vais prendre pour exemple concret celui dans lequel le Conseil d'État poserait une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne relative, par exemple, à la perquisition domiciliaire des inspecteurs de la Commission européenne en matière de pratiques anti-concurrentielles. Est-il certain que la Cour de Justice de l'Union européenne, alors qu'il n'existe pas actuellement de système de question préjudicielle entre cette Cour et celle que vous présidez, répondra dans un sens tel qu'elle prendra en compte l'ensemble des éléments de la jurisprudence Ravon⁸¹ ?

Ne faudrait-il donc pas prévoir simultanément des mécanismes de coordination, peut-être sous forme de questions préjudicielles liantes ou non, pour être certain de respecter l'impératif de sécurité juridique ?

Jean-Paul Costa

En tant que représentant de la Cour européenne des droits de l'homme, je suis à la fois passionné par cette question et embarrassé pour y répondre. En effet, ce n'est pas la Cour européenne des droits de l'homme qui a demandé l'insertion, d'abord dans le traité constitutionnel et ensuite dans le Traité de Lisbonne, de la clause stipulant que l'Union européenne adhèrera à la Convention européenne des droits de l'homme. C'est une vieille idée qui remonte aux années 1970 ou 1980.

C'est une question qui a été longtemps freinée et qui a ressurgi. Et cela d'ailleurs de façon quelque peu imprévue, puisque quelques mois avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, alors que le second référendum irlandais n'avait pas encore eu lieu, le président Klaus était hostile à une telle adhésion toute comme le regretté président Kaczyński. Aussi cela a-t-il fini par prendre de court tous les observateurs, quand bien même ces derniers étaient conscients qu'il y aurait un jour ou l'autre adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Or, aujourd'hui, le projet est sur le point voir le jour.

Je ne peux répondre en disant si cette démarche est raisonnable ou non. Je pense que nous allons devoir gérer une complexification qui devrait avoir pour conséquence d'unifier ou d'harmoniser davantage la protection des droits fondamentaux des citoyens de l'Union européenne. Mais je voudrais aussi vous faire remarquer, et peut-être mon âge m'y autorise-t-il, que les choses étaient beaucoup plus simples il y a un demi-siècle. Il y avait, en France, le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Tribunal des conflits. Il n'y avait pas, avant 1958, de Conseil constitutionnel, ni de Cour de justice au niveau communautaire, celle-ci ayant rendu son premier arrêt aux temps de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), en 1954, le premier arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme datant pour sa part de la fin de l'année 1959.

⁸¹ CEDH, 21 février 2008, *Ravon et autres c. France*, n° 18497/03.



La complexification, la création de nouvelles juridictions nationales ou internationales a rendu la situation à la fois plus complexe mais aussi plus riche et, je l'espère, plus protectrice pour les droits des citoyens.

Question à l'attention de Jean-Paul Costa - *Le vice-président du Conseil d'État a mentionné dans son exposé l'idée d'une transposition du dispositif des questions préjudicielles, tel qu'il existe actuellement entre les juridictions des États membres de l'Union européenne et la Cour du Luxembourg, au dispositif de protection européen des droits de l'homme. Vous-même, répondant à une question, avez souligné que cette transposition soulèverait des difficultés dès lors que les affaires ne se présentent pas exactement de la même manière et qu'il y a effectivement davantage de prise en compte de la situation personnelle d'un individu, eu égard au degré d'atteinte à ses droits fondamentaux.*

Pour autant, estimez-vous qu'il n'y ait aucune place pour une éventuelle réforme de cette nature dans le dispositif européen de protection des droits de l'homme ? Serait-il possible que les juridictions nationales soient à même de présenter les questions de manière suffisamment générale afin de permettre une réponse utile de la part de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment pour déterminer si telle législation nationale, indépendamment des conditions de son application, est ou n'est pas dans les limites de l'épure.

Croyez-vous à cette transposition ou considérez-vous qu'elle n'aura jamais droit de cité ?

Jean-Paul Costa

Il ne faut jamais dire jamais, mais je pense qu'il faut distinguer ce qui est souhaitable de ce qui est réalisable. Je pense personnellement qu'il serait souhaitable et idéalement utile qu'il y ait un mécanisme d'avis consultatif élargi ou de question préjudicielle posée à la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois, avec 120 000 affaires en instance, cela n'est pas envisageable en deçà d'un horizon de dix ans. La déclaration d'Interlaken fixe des objectifs à court terme, à moyen terme et à long terme, le long terme correspondant à une dizaine d'années. Il n'est donc pas impossible que mes successeurs envisagent la mise en place d'un tel mécanisme.

En attendant, la solution est peut-être, et la Cour européenne des droits de l'homme a commencé à l'esquisser dans sa jurisprudence, de donner à des recours, même individuels, des réponses plus générales. Je reprendrai l'exemple qui est bien connu dans cette salle, du domaine de la liberté de la presse et de la liberté d'expression. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il y a des réponses individuelles à des requêtes individuelles.

En ce qui concerne la diffamation par exemple, il y a pu y avoir ou ne pas y avoir, selon les cas, disproportion entre la condamnation pour diffamation d'une personne et le principe de la liberté de la presse ou de la liberté d'expression. Ce sont là des réponses individuelles et évidemment casuistiques à des requêtes individuelles. Mais, il existe



des cas dans lesquels des pans entiers de la législation, par exemple la loi française de 1881 sur la liberté de la presse, ont été considérés comme incompatible avec la Convention dans notre jurisprudence, non pas à cause de la disproportion *in concreto* mais du fait que, *in abstracto*, cette disposition législative paraissait incompatible.

On a cité l'affaire *Association Ekin*⁸², on pourrait citer l'affaire *Colombani et Journal le Monde c. France*⁸³. Le délit d'offense envers les chefs d'État étrangers a été considéré comme incompatible avec l'article 10 de la Convention qui protège la liberté d'expression. Le droit français s'y est d'ailleurs adapté depuis. Je pense aussi au commissaire du Gouvernement dans les procédures d'expropriation, au sujet duquel la Cour de cassation nous avait tendu une perche dans son rapport public. Sur dernier point, l'arrêt *Yvon c. France*⁸⁴ est un arrêt, d'ailleurs retransposé deux ou trois mois plus tard par la Cour de cassation, qui dit très clairement que le dispositif en soi est incompatible avec l'article 1^{er} du Protocole additionnel n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme.

Je ne voudrais pas lancer un appel public à la tribune mais peut-être que les avocats et les justiciables peuvent nous aider dans cette démarche en ne limitant pas trop le problème à leur cas personnel, mais en tâchant de mettre en évidence des caractères généraux dont l'importance dépasse l'espèce. Certes, ce n'est pas une question préjudicielle posée dans le cas d'un litige national et dont le juge de renvoi applique la réponse, mais c'est aussi une façon de déjouer ce piège de la casuistique et de la multiplication considérable des requêtes individuelles. Encore une fois, la Cour l'a beaucoup esquissée mais elle ne peut l'appliquer dans tous les cas. Elle n'a pas été jusqu'à dire qu'il ne fallait, dans aucune législation européenne, interdire les procès en diffamation car le respect des droits d'autrui constitue aussi une des dispositions du paragraphe 2 de l'article 10.

Il existe des palliatifs, mais je ne pense pas qu'il soit possible, en l'état actuel du volume d'affaires de la Cour, de parvenir à une transposition de ce type. Mais je ne l'exclut pas d'emblée et, reprenant les propos de Jean-Marc Sauvé, je pense que cela se fera un jour, d'une manière ou d'une autre, et peut-être aussi dans le cadre de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention.

Olivier Schrameck

Il y a un point qui a été évoqué *in fine* par le vice-président Sauvé dans son intervention, qui pour l'instant n'a pas fait l'objet de réaction. Il s'agit de l'idée selon laquelle la Cour européenne des droits de l'homme pourrait, en quelque sorte, sélectionner telle ou telle affaire, ce qui serait l'approche extrême des mécanismes de filtrage qui s'opéraient de manière de plus en plus draconienne.

82 CEDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, n° 39288/98.

83 CEDH, 25 juin 2002, *Colombani et autres c. France*, n° 51279/99.

84 CEDH, 24 avril 2003, *Yvon c. France*, n° 44962/98.



Actuellement nous rendons énormément de décisions d'irrecevabilité. Il y a les 1 600 arrêts sur le fond qui ont été cités précédemment, mais en 2009 nous avons rendu, il me semble, 32 000 décisions d'irrecevabilité, dont beaucoup en comités composés de 3 juges, et un certain nombre en chambres de 7 juges. Ce nombre de décisions d'irrecevabilité, d'abord, ne diminuera pas, à cause de, ou grâce au protocole n° 14.

Ce constat traduit aussi le fait que le droit de recours individuel, qui est la pierre angulaire du système comme l'a réaffirmé très nettement Interlaken, conduit à un paradoxe dans lequel il apparaît qu'il est plus facile de faire un recours à Strasbourg que devant les juridictions suprêmes nationales, cours de cassation ou juridictions administratives suprêmes des 47 États. C'est un paradoxe, et comme il n'y a actuellement pas de ministère d'avocat obligatoire, beaucoup d'affaires qui en sont privées sont vouées à l'échec. Certaines affaires sans avocat réussissent bien entendu, mais il y a cependant de très nombreuses requêtes qu'il faut quand même examiner, parfois longuement lorsque, au détour d'une phrase, on trouve un grief justifié par lequel on ne peut présumer que la requête est irrecevable.

Ce problème va s'améliorer, je pense, avec l'entrée en vigueur le 1^{er} juin prochain du protocole n° 14, dans la mesure où l'on va pouvoir mettre en application vis-à-vis des 47 États la formation du juge unique à la place du comité de 3 juges, ce dernier comité pouvant rendre des décisions sur le fond et sur des requêtes répétitives à la place des chambres de 7 juges.

Mais ce n'est pas malgré tout un problème que l'on pourra évacuer facilement car cela fait partie du mécanisme de filtrage que nous avons le devoir de mettre en place, en tentant de trier les affaires irrecevables et les affaires qui méritent d'être examinées sur le fond.

Il existe une double façon de sélectionner les affaires.

Il convient tout d'abord de donner une certaine priorité aux arrêts pilotes car ils traduisent un dysfonctionnement du système structurel et, souvent, non seulement pour le pays concerné, mais pour d'autres pays. Ils ont connu un succès dans certaines affaires, notamment dans des affaires polonaises, *Broniowski c. Pologne* en matière de droit de la propriété ou *Hutten Czapska c. Pologne*⁸⁵ en matière de législation sur les loyers. Nous espérons qu'ils continueront à donner des résultats satisfaisants prochainement dans des affaires contre l'Ukraine ou la Russie, en matière de non exécution des jugements internes. Le bilan complet n'est pas encore réalisé, mais cela fait partie de ce que le Comité des ministres du Conseil de l'Europe demande à la Cour d'effectuer en termes de suivi, conformément à ce qui a été défini lors de la conférence d'Interlaken. En dehors des arrêts pilotes, il y a cette fameuse politique des priorités que j'ai évoquée, et qui consiste aussi à traiter soit les affaires les plus graves, à savoir détentions arbitraires, tortures, mauvais traitements, soit les affaires juridiquement nouvelles et qui par conséquent sont importantes pour

85 CEDH, 19 juin 2006, *Hutten Czapska c. Pologne*, n° 35014/97.



l'ensemble des États européens, comme les thèmes de société liés à la biologie, à l'adoption, au mariage, au divorce, etc.

Cela étant dit, sélectionner peut vouloir dire aussi, ce qui a été pour le moment écarté à Interlaken, faire ce que fait la Cour suprême des États-Unis qui choisit ses cas. Elle rend une centaine d'arrêts chaque année sur un total de 12 000 ou 13 000 requêtes. Mais ce système existe depuis très longtemps et les Américains l'acceptent. Les Européens, notamment ceux qui ont une tradition démocratique récente, n'accepteraient pas facilement que la Cour européenne des droits de l'homme ne sélectionne que certaines affaires. Là encore la voie est étroite et il faudra arriver à trouver des solutions équilibrées qui ne soient pas celles du « *pick and choose* » aux États-Unis avec les ordonnances de « *certiorari* », mais sans forcément traiter sur un pied d'égalité toutes les requêtes. Il faut traiter de façon prioritaire et plus urgente celles qui posent les problèmes soit les plus graves, soit les plus nouveaux, soit les plus importants.

Question à l'attention de Jean-Paul Costa - *Ma première question concerne les recours internes qui doivent avoir été épuisés. Je souhaiterais savoir si on doit avoir posé, devant les juridictions internes, la question de la compatibilité de la Convention et de son applicabilité à chaque degré interne de juridiction ou si cela peut n'avoir été posé ou soulevé qu'à l'un des degrés, quitte à avoir été éventuellement abandonné à un autre moment.*

Ma seconde question concerne la situation du juge qui, ayant à appliquer la loi interne, résout le problème qui lui est soumis en appliquant cette loi interne alors même qu'il lui est signalé que cette loi interne et l'application qu'il peut en faire sont de nature à être contraires à la Convention européenne des droits de l'homme. Peut-il donc se contenter de ne rien répondre du tout et de n'évoquer en aucune façon la Convention et ses stipulations ou doit-il dire pourquoi il n'estime pas avoir à en faire état ou à y répondre ?

Jean-Paul Costa

Ces questions appellent deux remarques.

La première est qu'il est nécessaire que le grief tiré de la violation de la Convention européenne des droits de l'homme ait été au moins invoqué clairement devant la dernière juridiction interne saisie.

La seconde est que si le juge interne, qui a le choix des moyens, donne satisfaction au requérant en se fondant sur le droit d'origine interne et non sur le droit d'origine européenne, le requérant ne pourra pas s'en plaindre parce qu'il n'aura plus la qualité de victime.

Cela est dit de façon quelque peu simpliste pour ne pas rentrer dans des détails trop techniques mais, autrement dit, si vous gagnez devant une juridiction nationale mais que vous vous plaignez que le juge interne n'a pas répondu à telle question précise, la qualité de victime vous sera refusée pour former un recours supplémentaire devant la



Cour. Cette question de la qualité de victime a d'ailleurs été très bien étudié dans l'affaire *Association Ekin*⁸⁶, mentionnée plus haut, qui concernait la question des publications étrangères. Mais il a été étudié sous un autre angle.

En défense, le Gouvernement arguait, face aux prétentions de l'association requérante, que, de toutes façons, la publication en question avait été autorisée *in fine*, postérieurement à l'arrêt du Conseil d'État qui avait statué sur sa requête. L'association requérante a fait valoir que tant que le décret-loi du 6 mai 1939 ne serait pas déclaré incompatible avec la Convention, toutes les publications futures pourraient faire l'objet d'une interdiction par un arrêté du ministre de l'intérieur. La Cour européenne des droits de l'homme a accepté cette argumentation et a appliqué un raisonnement auquel elle avait déjà eu recours dans une affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*⁸⁷ qui concernait la répression de l'homosexualité entre adultes consentants. M. Dudgeon avait conservé la qualité de victime car, bien que n'ayant pas fait l'objet de sanctions pénales, il aurait pu ultérieurement être poursuivi à nouveau sur le fondement de la loi en question.

Jean-Marc Sauvé

Le sujet de la conférence d'aujourd'hui porte sur le principe de subsidiarité et je voudrais souligner que cette réflexion s'impose d'autant plus qu'à la relative simplicité a succédé la complexité, qu'à la pyramide a succédé le réseau⁸⁸.

Le système juridictionnel actuel est caractérisé par une multiplicité de juges : en France, outre les deux ordres de juridiction, le juge constitutionnel intervient dorénavant non seulement *a priori*, avant la promulgation de la loi, mais également *a posteriori*, dans le cadre de la procédure des questions prioritaires de constitutionnalité, et la Cour de justice de l'Union européenne ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme assument, depuis maintenant plusieurs décennies, un rôle central.

On ne peut parler de hiérarchie entre ces juridictions mais uniquement d'articulation et de coordination ; le système n'est en effet pas vertical comme il l'est dans un État fédéral avec une cour suprême au sommet. Je crois d'ailleurs que, vu d'Amérique du Nord, un tel système juridique est difficile à comprendre. L'existence des ordres juridiques nationaux, de celui de l'Union européenne et de celui de la Convention européenne des droits de l'homme, créent pour les juges une responsabilité particulière : celle, non pas d'opposer, mais d'articuler, de coordonner et de concilier ces ordres entre eux, ce qui implique un véritable dialogue entre les différents juges. A tout moment, les juges nationaux en Europe peuvent provoquer le clash, le conflit, la contradiction. Dans le respect des ordres juridiques dont ils relèvent et sans exclure dans certains cas exceptionnels des oppositions frontales entre, par exemple, un ordre constitutionnel national et le droit de l'Union ou de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est au contraire leur honneur,

⁸⁶ CEDH, 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, n° 39288/98.

⁸⁷ CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, n° 28957/95.

⁸⁸ Pour reprendre le titre d'un ouvrage des professeurs Ost et Van de Kerchove (*De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publication des facultés universitaires de Saint-Louis Bruxelles, 2002).



leur mission et presque leur raison d'être de prévenir de telles oppositions. Les cours européennes doivent aussi être attentives à ne pas mettre à néant sans motif grave et sérieux des interprétations données du droit national par des juridictions nationales suprêmes dont l'autorité et le crédit sont solidement établis.

Dans cette perspective, que fait le Conseil d'État ? Il s'inspire, tout d'abord, de la jurisprudence *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* du Conseil constitutionnel de 2004⁸⁹, tout en l'adaptant à son propre office. Il met ensuite en œuvre le principe d'équivalence de protection, que la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe a conçu et forgé il y a quelques années. Le Conseil d'État cherche alors à établir si, dans l'ordre communautaire, est adéquatement protégé le principe dont la violation est alléguée en droit interne. Si tel est le cas, et qu'un réel problème juridique d'interprétation du droit originaire ou du droit dérivé se pose, il est possible au juge administratif de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. L'arrêt *Conseil national des barreaux*⁹⁰ a permis au Conseil d'État d'aller encore plus loin, en interprétant le droit de l'Union européenne à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, comme elle se nommait à l'époque, mais également au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Je crois donc que nous pouvons évoquer sans nostalgie les charmes du temps passé où le juge national vivait dans une solitude absolument orgueilleuse. Les systèmes juridiques actuels se caractérisent par des réseaux de normes et des réseaux de juges. Une telle architecture permet, j'en suis convaincu, et même si elle comporte des risques d'accident et de confrontation, d'assurer la protection la plus efficace des droits fondamentaux. La Cour de Strasbourg, celle de Luxembourg ainsi que les cours suprêmes nationales promeuvent en effet une réelle synergie, ce qui est d'autant plus remarquable que si nous devions aujourd'hui inventer un tel système, nous ferions sans doute montre d'une grande défiance à son égard et douterions de son efficacité.

Nous, juges nationaux, contribuons aussi pleinement à la protection des droits fondamentaux et au dialogue des juges, par exemple lorsque le Conseil d'État interprète la règle nationale à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, comme je l'ai rappelé en évoquant précédemment les affaires *Commune d'Annecy* et *Lesourd*. Le Conseil constitutionnel lui-même, lorsqu'il se prononce sur la conformité des lois à la Constitution, est attentif à l'interprétation que donne la Cour européenne des droits de l'homme des stipulations matériellement identiques de la Convention.

Sans nier qu'il y ait pu avoir des accroc, voire des contradictions, dans l'édifice progressivement bâti, je crois possible d'affirmer que les différents juges ont fait preuve d'un grand sens des responsabilités dans le passé et qu'ils continueront à agir de même dans l'avenir. C'est en tout cas le vœu que je forme.

89 CC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n°2004-496 DC.

90 CE, Ass., 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*, n°296845,296907, Lebon p. 130.



Je suis très heureux et très touché par cette invitation, ainsi que des termes du débat et je vous remercie toutes et tous d'y avoir participé et contribué. Ce que je voudrais dire pour conclure ne se fera pas sur une note discordante mais sur une note « relativisante ».

Nous avons eu un débat qui est tout de même très franco-français, et si on regarde les 47 États qui sont parties à la Convention européenne des droits de l'homme, il y a malheureusement encore certains États où ce débat serait irréaliste, surréaliste ou peut-être même futuriste. Il y a encore en Europe des situations de conflits : nous avons deux requêtes interétatiques pendantes devant la Cour, qui vont donner lieu à une audience après l'été, *Géorgie c. Russie*, qui touchent aux violations des droits de l'homme, la Géorgie accusant la Russie et vice-versa. Nous avons des affaires *Arménie c. Azerbaïdjan* concernant le Haut-Karabagh, qui vont aussi donner lieu à des audiences devant la Grande Chambre de la Cour. Nos prédécesseurs ont eu depuis 1974, et nous continuons d'avoir, les affaires chypriotes opposant Chypre du Sud et Chypre du Nord.

Il existe plusieurs brûlots dans plusieurs zones du continent européen entendu au sens large. Et même dans les cas où la situation n'est pas contaminée par ces conflits internationaux ou internes, il existe beaucoup de pays où la justice ne fonctionne pas comme fonctionnent les juridictions administratives, judiciaires et constitutionnelles françaises. Dans de nombreux cas, les procès sont instruits par des juridictions qui ne sont ni indépendantes ni impartiales, et quand elles le sont il y a encore des interventions de l'exécutif pour anéantir les jugements.

Je dis cela parce qu'on a tendance à l'oublier, et non pas que je considère la situation française idyllique - il existe encore des zones d'ombres dans des domaines concernant les prisons, le racisme ordinaire etc. - mais dans l'ensemble notre système est à la fois complexe, sophistiqué et de haut niveau, du point de vue de l'état de droit.

Croyez-moi, dans mon expérience quotidienne de président de la Cour européenne des droits de l'homme, où je ne suis plus le juge français que pour les affaires françaises mais où je me sens investi d'une responsabilité à l'égard des 47 États, la situation est loin d'être aussi favorable qu'en France. La sophistication et la complexification ont donc du bon mais il ne faut pas oublier les cas dans lesquels la réalité des droits et des libertés sur le terrain est vraiment très problématique.

La France et les pays qui ont atteint le niveau de développement juridique de la France ont des responsabilités vis-à-vis de ces autres pays. Je sais que le Conseil d'État en ce qui le concerne, et les juridictions judiciaires françaises aussi en sont tout à fait conscientes et qu'il existe des efforts d'échanges, de formation où interviennent également les barreaux et l'université.

Mais les 47 États européens ne sont pas toujours, et pas encore tous, des sociétés démocratiques au sens des paragraphes 2 des articles 8, 9, 10 et 11.

Encore une fois merci.





Deuxième conférence

Le droit au recours et la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme

Cette deuxième conférence aborde les questions relatives aux règles de saisine, notamment la condition de l'épuisement des voies de recours interne et celles relatives à la procédure. En ce qui concerne la France, la Cour est saisie chaque année en moyenne de 1 500 requêtes. Plus de 95% de ces requêtes sont rejetées comme manifestement irrecevables. Les 5% restant donnent lieu actuellement à quelques dizaines de condamnations par an (20 en 2009). Cette conférence sera l'occasion pour les trois intervenants de faire partager leur expérience et leur point de vue sur les règles de saisine et de procédure devant la Cour européenne et d'examiner les apports du protocole n° 14 à la Convention.

Sommaire de la conférence

Introduction de Bernard Stirn,

Président de la section du contentieux du Conseil d'État

Modérateur de la conférence p. 64

Intervention de Claire Waquet,

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation p. 65

Intervention de Vincent Berger,

Jurisconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme p. 67

Intervention d'Edwige Belliard,

Directrice des affaires juridiques au ministère des affaires étrangères

et européennes p. 70

Témoignages p. 73

Échanges avec les participants p. 75

Documentation sur le thème du débat

Index des principaux arrêts et décisions cités dans les débats p. 271

Convention de sauvegarde des droits de l'homme

et des libertés fondamentales p. 287



Actes - Le droit au recours et la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme

Introduction de Bernard Stirn

Président de la section du contentieux du Conseil d'État

Nous sommes réunis ce soir dans le cadre du deuxième cycle de conférences du Conseil d'État portant sur le droit européen des droits de l'homme. Ce cycle s'inscrit dans l'année suivant le cinquantième anniversaire de la Cour européenne des droits de l'homme.

Après avoir traité, le 19 avril dernier, en présence des présidents Jean-Paul Costa et Jean-Marc Sauvé, du principe de subsidiarité et de la protection européenne des droits de l'homme, nous aborderons les questions relatives au droit au recours et à la procédure devant la Cour, que l'on connaît assez mal quand on n'a pas été requérant, défendeur, juge ou collaborateur d'un juge devant la Cour.

Cette deuxième conférence donne l'occasion aux trois intervenants de faire partager leur expérience et de donner leur point de vue. Maître Claire Waquet, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, exposera les questions préalables à la décision de saisir la Cour et à la présentation de la requête. Vincent Berger, juriste de la Cour, nous fera connaître la manière dont la Cour procède à l'examen et au traitement des dossiers. Edwige Belliard, directeur des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères et européennes, nous éclairera sur l'organisation de la défense du Gouvernement français devant la Cour.

Trois séries de questions seront abordées.

Les premières concernent la recevabilité des actions devant la Cour. Nous nous interrogerons sur les conditions de recevabilité des pourvois, les règles de forme, l'appréciation de l'épuisement des voies de recours internes, la signification exacte du rejet de la requête comme irrecevable.

Le deuxième groupe de questions porte sur l'instruction des affaires. Au-delà de la simple lecture d'un arrêt de la Cour, aboutissement d'un long processus, il est intéressant de connaître la manière dont les affaires sont instruites et réparties, le travail du greffe et des juges, les mesures d'instruction qui peuvent être ordonnées, les règlements amiables qui sont préparés, les satisfactions équitables qui peuvent être mises au point, les mesures provisoires que la Cour prend parfois avant le jugement définitif de l'affaire.

Enfin, le dernier point, le plus inédit, sera relatif aux premières mises en application du protocole n° 14, entré en vigueur le 1^{er} juin de cette année. Ce protocole apporte de nouvelles voies juridiques ou améliore celles qui étaient peu utilisées : les pouvoirs du juge unique, les irrecevabilités manifestes qu'un juge seul pourra désormais opposer, les modalités de jugement des affaires répétitives par des comités de trois juges, la procédure plus ancienne des arrêts pilotes. Sur ces différents aspects, les trois exposés qui vont nous être présentés s'annoncent très instructifs.



Intervention de Claire Waquet

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Ratifiée par la France en 1974, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme n'a connu son véritable essor qu'en 1981 lorsque la France a admis le principe du droit au recours individuel. Ce n'est qu'à partir du moment où elle a eu son juge que cette norme est montée en puissance. Le chemin parcouru depuis 30 ans appelle quelques réflexions, notamment sur l'esprit dans lequel l'avocat introduit une requête auprès de la Cour de Strasbourg.

Avant même de se poser la question de la recevabilité de la requête, l'avocat doit garder à l'esprit le fait que le taux de recevabilité, de l'ordre de 5 %, constitue un véritable cap à franchir et qui exige un tri. De surcroît, le délai au terme duquel le requérant obtiendra une décision définitive est en moyenne de cinq ou six ans. On ne saisit donc pas la Cour sans prendre les moyens de réussir. Au-delà de ces réflexions préalables qu'il faut obligatoirement se faire, l'on s'adresse aisément au juge de Strasbourg, qui témoigne, à l'instar d'un juge d'instance, d'une grande plasticité.

De fait, le juge de la Convention est le juge national. Il revient donc à l'avocat d'accomplir un important travail de persuasion en vue de faire évoluer les interprétations et les textes internes. Devant le juge de Strasbourg, la conviction que les faits de la cause devraient aboutir à une transformation du droit est réelle, si bien que l'avocat doit être particulièrement attentif à l'accueil que recevra sa requête, et soucieux de passer le cap de la recevabilité.

Le passage devant la Cour européenne des droits de l'homme commande un double ajustement intellectuel. D'une part, l'avocat doit changer de système de normes, sortant d'un contrôle très juridique fondé sur des règles de droit interne pour entrer dans un système où la Cour contrôle son propre système. D'autre part, l'avocat doit adapter le contrôle : il sort généralement d'un contrôle de cassation, dont l'étendue est plus réduite, pour aller vers un contrôle de la Cour, plus général et factuel.

Devant la Cour, la procédure est à la fois drastique et plastique. Le code de procédure de la Cour n'est pas très dense quantitativement mais la Cour a une très grande maîtrise de ses dossiers, donnant l'impression d'une certaine souplesse mais aussi d'une grande rigueur. Dans leur ensemble, les gouvernements s'attellent à rassembler tout ce qui est susceptible d'empêcher que la Cour puisse juger le fond *in fine*, soulevant par là même les questions importantes de recevabilité, par exemple, sur la notion de victime. C'est en effet le défendeur qui oppose les fins de non-recevoir.

Parmi les difficultés potentielles que peut rencontrer l'avocat dans l'introduction de sa requête, quatre points pratiques méritent d'être évoqués.

S'agissant tout d'abord du délai, il est de 6 mois à compter de la date de la décision interne définitive. Mais qu'est-ce qu'une décision interne définitive ?



Selon la jurisprudence de la Cour, la décision interne définitive est celle qui a été rendue sur le dernier recours effectif et efficace. Au regard de la règle du délai, cette jurisprudence peut entraîner des considérations parfois compliquées. L'exemple de l'article 575 du code de procédure pénale, actuellement soumis au Conseil constitutionnel dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, témoigne de cette difficulté. Cet article limite les ouvertures du pourvoi en cassation pour les parties civiles lorsqu'elles se pourvoient contre les arrêts de chambres de l'instruction. Il édicte un principe d'irrecevabilité assorti de plusieurs exceptions. A priori, le recours en cassation est un recours que l'on épuise en France. Mais dans le cas présent, l'appréciation de la chambre criminelle est telle que la proportion d'irrecevabilité est très forte.

C'est pourquoi le Gouvernement a fait valoir que ce recours en cassation n'était pas une voie efficace en la matière. La Cour a suivi ce raisonnement. Par conséquent, dans cette affaire, le délai était à calculer à compter de l'arrêt de la chambre de l'instruction. Or le délai de 6 mois étant expiré, la requête était irrecevable. Cet exemple montre donc qu'il existe des recours qui ne sont pas toujours à épuiser pour aller devant la Cour.

Ensuite, en ce qui concerne la requête elle-même, il doit s'agir d'un document écrit, le plus fourni possible afin d'éviter les problèmes d'enregistrement. A cette fin, la Cour met à disposition des parties un modèle comprenant les questions auxquelles le requérant doit répondre aux termes de la Convention. La requête doit être motivée.

En outre, le protocole n° 14 a ajouté aux conditions de recevabilité une condition nouvelle dont il est difficile de faire une appréciation à ce jour. La requête peut être déclarée irrecevable si le requérant n'a subi aucun « *préjudice important* »⁹¹, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses protocoles exige un examen de la question ou bien si l'affaire n'a fait l'objet d'aucune décision par un tribunal interne. Ce nouveau critère sera sans doute un important outil de tri pour la Cour, ce qui devra être anticipé par les avocats.

Enfin, la règle de l'épuisement des voies de recours internes est une question non seulement procédurale mais aussi substantielle. La Convention doit avoir été invoquée devant les juges du fond, au moins en substance. Il faut de plus avoir épuisé les recours efficaces. Mais quid de la question prioritaire de constitutionnalité ? Fait-elle partie des recours à épuiser ? Le juge de la Convention étant le juge interne qui doit résoudre les litiges à l'aune de la Convention, il serait logique que la question prioritaire de constitutionnalité ne fasse pas partie des voies de recours internes à épuiser.

Le résultat de la requête peut être un arrangement amiable, qui n'est pas toujours facile à obtenir car les parties ne tombent pas fréquemment d'accord, ou bien la satisfaction équitable⁹². Tous les arrêts de la Cour, lorsqu'ils constatent un dysfonctionnement des juridictions suprêmes, se bornent à dire que la satisfaction équitable résulte de la constatation de la violation de la Convention.

91 Article 35 de la Convention : v. *infra* p. 294.

92 On n'agit pas contre le défendeur auquel le requérant était confronté en droit interne mais contre l'État qui n'a pas assuré pour telle ou telle raison une protection suffisante, par exemple dans un procès.



Enfin, si la célérité n'apparaît pas comme la marque d'excellence de la Cour, les articles 39, 40 et 41 du règlement permettent à celle-ci de traiter des affaires urgentes. A titre d'exemple, dans certains cas impérieux où est en cause la vie même du requérant, la Cour peut ordonner très rapidement des mesures provisoires, dans la journée même si cela s'avère nécessaire. Lorsque des mesures provisoires ont été ordonnées, la décision définitive de la Cour sur l'affaire en cause est souvent rendue plus vite qu'en moyenne dans les autres espèces (dans les deux ans environ). Pour la Cour, le non-respect des mesures provisoires constitue une violation de l'article 34 de la Convention⁹³, ce qui peut entraîner une condamnation de l'État.

Intervention de Vincent Berger

Jurisconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme

Héritière de l'ancienne Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme, l'actuelle Cour européenne des droits de l'homme est née du protocole n°11 entré en vigueur en 1998. Elle a en outre hérité des compétences juridictionnelles du comité des ministres du Conseil de l'Europe. La Convention étant silencieuse en matière procédurale, la Cour a défini elle-même, dans une approche classique et relativement conservatrice, la procédure applicable devant elle.

La procédure trouve ainsi ses sources dans trois instruments distincts.

Particulièrement prolix, le règlement de la Cour comporte notamment un titre III dont les quelque 70 articles ont été étoffés au cours des années.

Deuxième source, l'annexe au règlement concerne en particulier les missions d'enquête, peu fréquentes en pratique.

Enfin, des instructions pratiques sont adoptées par le président après consultation de la formation plénière. Au nombre de six, elles concernent les demandes de mesures provisoires, l'introduction de l'instance pour les requêtes individuelles, les observations écrites, les demandes de satisfaction équitable, l'envoi électronique sécurisé de documents et les demandes d'anonymat. S'y ajoutent les directives de la plénière et du bureau de la Cour ainsi que les instructions du greffier, documents qui ne sont pas publics.

Les maîtres de la procédure sont le président de la Cour pour les affaires de grande Chambre -une vingtaine par an- et les présidents de section, qui font office de présidents de chambre. Ils consultent généralement le juge-rapporteur (lorsqu'un point sort de l'ordinaire) ainsi que le juge national (lorsque juge-rapporteur et juge national sont deux personnes distinctes).

Le rôle des greffiers de section et de leurs adjoints est non moins négligeable : ils déchargent leur président des tâches répétitives et ne consultent ce dernier que lorsqu'un cas nouveau se présente, exigeant un feu vert. Les greffiers contrôlent par ailleurs les juristes qui travaillent pour le traitement des requêtes, notamment les chefs de division.

⁹³ Article 34 de la Convention : v. *infra* p. 294.



A ce jour, environ 126 000 requêtes sont pendantes devant la Cour ; elles seront probablement 140 000 à la fin de l'année. Les difficultés auxquelles la Cour est susceptible d'être confrontée dans le cadre de ce contentieux de masse sont notamment l'absence fréquente d'avocat et le grand nombre de langues (37 langues officielles).

Il existe deux types de procédure selon que celle-ci est contradictoire ou non.

1. La procédure non contradictoire, qui concerne l'immense majorité des requêtes (environ 90 %), débouche uniquement sur une décision, soit d'irrecevabilité soit de radiation du rôle (moins fréquent). L'affaire est traitée sans communication à l'État défendeur.

2. Sinon, deux cas de figure sont possibles :

- dans le cas de l'examen sans juge-rapporteur (plus de 80 % des affaires), depuis le 1^{er} juin dernier et consécutivement à l'entrée en vigueur du protocole n°14, les affaires sont jugées par un juge unique et non plus par un comité de trois membres. Les vingt juges uniques nommés sont assistés de rapporteurs non judiciaires, juristes du greffe connaissant la langue et le système juridique de l'État mis en cause. Le juge national est tenu informé au préalable de tout ce qui a été dirigé contre son État d'appartenance.

- dans le cas de la procédure avec juge-rapporteur, à laquelle il est fait appel pour les affaires plus sérieuses, très souvent le juge national est le juge rapporteur. Deux mécanismes coexistent. Les comités de trois membres, saisis surtout en cas de désaccord entre le juge unique et le rapporteur non judiciaire, bénéficient d'une plénitude de juridiction : pouvoirs de communiquer la requête au Gouvernement, de prendre un arrêt sur le fond, d'accorder une satisfaction équitable à la victime de la violation.

Ces comités ont également vocation à s'occuper de toutes les affaires répétitives mais bien fondées. Pour les affaires les plus importantes, les chambres seules sont saisies et traitent de la recevabilité et du fond. Dans le cadre de la procédure contradictoire, utilisée pour les affaires les plus importantes et qui débouche sur une décision ou un arrêt, la requête est communiquée à l'État défendeur.

L'auteur de la communication est désormais presque toujours le président de la chambre, après aval du juge national et du juge-rapporteur. Souvent les griefs communiqués ne sont que ceux que la Cour juge a priori recevables. La naissance du contradictoire rend obligatoire la représentation du requérant par un avocat, avec toutefois la possibilité d'une assistance judiciaire, financée par la totalité des États membres du Conseil de l'Europe.

La tierce intervention est de droit pour les États, lorsque le requérant a la nationalité de cet État, et pour le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, depuis le 1^{er} juin. Elle est facultative pour les ONG, les associations ou encore les simples particuliers.

S'agissant de l'examen de la recevabilité et du fond, le protocole n°11, qui avait maintenu une séparation de la recevabilité et du fond, a été contourné par la Cour. Dans l'immense majorité des cas, cette dernière fait un examen simultané,



notamment pour gagner du temps. Dans le cas d'un examen séparé, la Cour a des doutes sur la recevabilité et juge préférable de se prononcer d'abord sur elle. Depuis l'entrée en vigueur du protocole n°14, l'examen simultané est devenu le principe, l'examen séparé l'exception.

La créativité de la Cour s'est manifestée à l'occasion des aménagements apportés à la procédure en vue d'une plus grande équité et effectivité. Le système des dossiers provisoires, qui consistait en l'envoi par le secrétariat de la Commission au requérant d'une lettre d'avertissement (en fait de découragement), a été abandonné dès l'entrée en fonction de la nouvelle Cour.

La renonciation au juge-rapporteur dans les affaires de comité, devenue effective dans les années 2000-2003, le recours systématique aux comités, la communication par le président, la politique de priorité et celle consistant à donner un coefficient d'importance aux affaires ont permis d'accélérer le traitement des affaires. Il en va de même, en direction de l'extérieur, de l'assistance judiciaire, désormais exclue pour toute une série d'affaires, des demandes de mesures provisoires, de la tierce intervention et du gel des affaires avec la procédure des arrêts pilotes.

S'agissant des caractéristiques de la procédure au regard du respect de l'article 6-1⁹⁴, le nouveau critère du « *préjudice important* » pose problème. Il va falloir non seulement ajouter un chapitre dans le formulaire de requête mais aussi établir une annexe confidentielle dans laquelle le requérant devra indiquer sa situation personnelle (revenus, patrimoine, etc.). Le bilan est contrasté en ce qui concerne le « *délai raisonnable* » : les affaires les plus anciennes datent des années 1990 (affaires de Chypre) ; quelques affaires ont été très rapidement traitées, comme dans le cas de la décision *Pretty c. Royaume-Uni* de 2002⁹⁵ qui concernait l'assistance au suicide.

En ce qui concerne les pistes évoquées pour l'avenir de la Cour, le rapport Woolf⁹⁶ a proposé en 2006 une définition plus stricte de la requête ainsi que la mise en place de bureaux satellites du greffe dans les pays le plus souvent en cause devant la Cour en vue de faire face à l'engorgement de celle-ci. En effet, la Cour n'exige pas nécessairement *ab initio* un formulaire de la requête dûment rempli, ce qui peut apparaître comme une approche assez laxiste. Les préconisations du rapport Woolf n'ont toutefois pas été retenues.

Le rapport des Sages de 2006 a, quant à lui, recommandé l'institution d'un comité judiciaire, organe de filtrage interne à la Cour qui serait chargé à la fois du contrôle de recevabilité et du traitement des affaires répétitives bien fondées. La déclaration d'Interlaken de février 2010 a poursuivi dans cette voie en prévoyant un mécanisme de filtrage interne qui ne serait pas qu'une simple résurrection de la Commission des droits de l'homme. Par ailleurs, les gouvernements souhaitent que la Cour soit plus précise s'agissant de la procédure des arrêts pilotes. Enfin, la question de savoir ce que deviendra la procédure en cas d'adhésion de l'Union européenne à la Convention fait partie des chantiers qui s'ouvriront à l'avenir.

94 Article 6 de la Convention : v. *infra* p. 289.

95 CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02.

96 Étude des méthodes de travail Cour européenne des droits de l'homme, remis par Lord Woolf à la Cour et aux autorités du Conseil de l'Europe en décembre 2005.



Intervention d'Edwige Belliard
Directrice des affaires juridiques
du ministère des affaires étrangères et européennes

En 2009, un peu moins de 2 500 affaires pendantes devant la Cour concernaient la France, sur un total de plus de 100 000. La majorité des affaires, soit un peu moins de 95% d'entre elles, font l'objet de décisions d'irrecevabilité sans être communiquées au Gouvernement français. En 2009, 111 affaires ont été portées à la connaissance du Gouvernement.

S'agissant du nombre de condamnations, on constate un recul ces dernières années : en 2003, 76 arrêts de violations ont été prononcés contre la France, qui arrivait ainsi en deuxième position des pays les plus condamnés, ex-æquo avec la Turquie et derrière l'Italie. En 2005, avec 51 arrêts de condamnation, la France était en 6^{ème} position, et en 2009, avec 21 condamnations, en 11^{ème} position.

Cela étant, l'aléa tenant au nombre de requêtes portées devant la Cour ne permet pas d'avoir de certitudes quant à la tendance pour l'avenir. On peut noter que plus d'un tiers des arrêts constatant une violation concernent des exigences découlant de l'article 6-1 relatif au droit à un procès équitable.

La question de l'organisation de la défense de la France ne s'est véritablement posée qu'à partir du moment où la France a reconnu la compétence de la Cour pour les recours individuels en 1981. C'est le ministère des affaires étrangères qui est le ministère pilote, et au sein de celui-ci, la direction des affaires juridiques qui comporte une sous-direction des droits de l'homme. C'est cette dernière qui gère le contentieux, de l'arrivée des requêtes jusqu'à l'exécution des décisions.

La sous-direction des droits de l'homme est actuellement dirigée par une magistrate de l'ordre judiciaire mais c'est une structure composite, qui comprend des diplomates ainsi que des magistrats de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire.

Cette diversité des origines est précieuse pour un traitement satisfaisant des dossiers consultatifs et contentieux. Ce sont des agents de la direction des affaires juridiques du Quai d'Orsay, le plus souvent le directeur, le directeur adjoint ou le sous-directeur, qui sont les agents du Gouvernement devant la Cour et qui vont plaider en cas de procédure orale.

La préparation de la défense française donne lieu à une intense concertation interministérielle. Généralement écrite, la consultation peut également nécessiter des réunions interministérielles, voire des réunions d'arbitrage à Matignon s'il y a des divergences d'approche quant à la façon de se défendre ou bien pour tenter un règlement amiable.

La direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères élabore ensuite un mémoire qu'elle transmet à la Cour. Ce mémoire peut comprendre d'importantes contributions des autres ministères, la plus-value importante de la direction des affaires juridiques étant notamment son analyse de la jurisprudence



de la Cour. Les administrations les plus souvent concernées sont le ministère de la justice et le ministère de l'intérieur, mais aussi, et de plus en plus, les ministères de la santé, de la défense, des finances, voire l'équipement, l'agriculture, la culture, et même l'aviation civile. Lorsque les juridictions suprêmes françaises sont directement concernées par une affaire ou que leur jurisprudence est directement impliquée, elles sont associées à la défense de la France.

Les enjeux de défense de la France sont à la fois financiers, jurisprudentiels, législatifs et institutionnels. S'agissant des enjeux financiers, les affaires dans lesquelles la Cour juge que le constat de violation vaut satisfaction équitable sont de plus en plus rares. Le montant moyen de la satisfaction équitable a par ailleurs augmenté et la rigueur qui prévalait autrefois sur les frais et dépens est aujourd'hui souvent remplacée par une évaluation en équité plus favorable au requérant.

Certains contentieux coûtent très cher à l'État français. Ce dernier a eu à verser 3 millions d'euros dans une affaire d'expropriation en 2002. Dans l'affaire *Campoloro*⁹⁷, l'État a dû verser 15 millions d'euros pour ne pas avoir exécuté une condamnation prononcée par les tribunaux administratifs à l'encontre d'une commune totalement insolvable. La conception très large adoptée par la Cour de la notion de bien, prévue à l'article 1 du protocole n°1, contraint souvent l'État à assumer des charges dans des hypothèses où il n'a été ni à l'origine ni le bénéficiaire de la violation reprochée.

Par exemple, la loi de validation sur les emprunts immobiliers posait le problème de la communication des tableaux d'amortissement par les banques mais l'État n'était pas le bénéficiaire de cette loi. Les demandes présentées au titre de la satisfaction équitable par le requérant sont souvent sans commune mesure avec ce qui est accordé par la Cour *in fine*.

La jurisprudence de la Cour n'est pas toujours facile à interpréter, notamment pour le requérant, ce qui peut donner lieu à des espoirs un peu démesurés dans certains cas.

S'agissant des enjeux institutionnels, la jurisprudence de la Cour a pour effet, dans certaines affaires, de rendre impérative une modification législative ou jurisprudentielle, dont les autorités françaises savaient qu'elle devrait intervenir. Il en va ainsi de la jurisprudence en matière de transsexualisme, intervenue à la suite de l'arrêt *B. c. France* en 1992⁹⁸, ou bien de l'adoption de la législation sur les écoutes téléphoniques après les arrêts rendus en 1990.

Il existe d'autres affaires pour lesquelles il n'existe pas, au sein de la société française, de consensus sur la nécessité d'une modification législative. Le Gouvernement se montre alors plus combatif. C'est le cas pour certains sujets sensibles comme l'accouchement sous X qui demeure un sujet délicat. C'est également le cas des contestations des procédures applicables devant nos juridictions suprêmes, qui ont généralement fait l'objet d'une défense très combative lorsque le Gouvernement était convaincu que les procédures en cause étaient nécessaires à la qualité du travail de ces juridictions et donc conformes à l'article 6.

97 CEDH, 26 septembre 2006, *Société de gestion du port de Campoloro et Société fermière de Campoloro c. France*, n° 57516/00.

98 CEDH, 25 mars 1992, *B. c. France*, n° 13343/87.



Mais l'on constate en outre une évolution importante, comme devant toutes les cours internationales au demeurant : les enjeux peuvent dépasser le droit interne et poser des questions de droit international public et de relations internationales. Il en allait par exemple ainsi de l'arrêt *SOS Attentats*, qui concerne l'immunité pénale d'un chef d'État⁹⁹, de l'affaire *Behrami et Saramati*¹⁰⁰ ou bien encore de la récente affaire *Medvedyev*¹⁰¹. Ce type d'affaires dépasse largement le strict cadre national et peut conduire certains autres États à intervenir, ou à rechercher une défense commune.

S'agissant plus précisément des mesures provisoires, la procédure est délicate : les critères de recours à ce dispositif ne sont pas énoncés, ce qui en rend la perception difficile. L'État membre est uniquement informé par l'intermédiaire du greffe que la Cour a ordonné des mesures provisoires. Il n'existe pas de procédure contradictoire préalablement à la décision des mesures provisoires. Or bien souvent cette décision vient contredire ce qu'a décidé le juge national. Le plus souvent, les décisions portent sur des mesures d'éloignement entraînant un risque au regard de l'article 3. En 2008, on dénombre 101 mesures provisoires, après une inflation progressive dans les années 2000 (6 mesures en 2006).

La procédure du règlement amiable peut éviter à l'État l'affichage d'une condamnation et les problèmes d'exécution. Elle peut être plus rapide et plus sûre pour le requérant. Elle contribue à réduire l'encombrement de la Cour. Cependant en France, contrairement à d'autres pays, des progrès restent à faire.

Bien souvent les administrations et les requérants sont peu enclins au règlement amiable qui reste ainsi étranger à notre culture juridique. La Cour s'est en outre engagée depuis quelques années dans la procédure de la déclaration unilatérale qui permet à un État, lorsqu'un requérant refuse un règlement amiable sans réel fondement, de maintenir sa proposition tout en reconnaissant la violation. La Cour procède alors à la radiation de l'affaire. Cette procédure mériterait d'être mieux connue et inscrite au moins dans le règlement intérieur.

La direction des affaires juridiques tente pour sa part de mieux diffuser la jurisprudence de la Cour notamment en attirant l'attention sur cette dernière à l'occasion de l'élaboration de textes réglementaires.

Deux points méritent enfin d'être évoqués :

- le protocole 14 : la France a beaucoup travaillé pour que ce protocole voie le jour et entre en vigueur. Les mécanismes qu'il prévoit (meilleur filtrage des requêtes, traitement plus efficace des requêtes répétitives et renforcement des critères de recevabilité) devraient contribuer au désengorgement de la Cour.

- l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, qui conduit à s'interroger sur le champ de l'adhésion (quid des

99 CEDH, 4 octobre 2006, *Association SOS Attentats et de Boëry c. France*, n° 76642/01.

100 CEDH, 2 mai 2007, *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, n° 71412/01 ; 78166/01.

101 CEDH, 10 juillet 2008, *Medvedyev et autres c. France* puis CEDH, Gr. ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, n° 3394/03.



protocoles et des réserves et déclarations), sur sa portée (quels actes de l'Union européenne ?), sur le traitement des requêtes (faut-il un statut de codéfendeur ?), sur les compétences respectives des Cours (avec le problème du monopole d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne) et sur la participation des États membres aux instances du Conseil de l'Europe. Ces questions devront être tranchées dans le cadre d'une négociation entre l'Union européenne et les 47 États membres du Conseil de l'Europe.

Bernard Stirn

Président de la section du contentieux du Conseil d'État

S'agissant des mesures provisoires, le juge des référés du Conseil d'État a jugé que l'État était tenu de respecter ces mesures ordonnées par la Cour et que, dans le cadre d'un référé liberté, leur méconnaissance constituait une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Ceci confère, dans le droit interne, une grande efficacité aux mesures provisoires décidées à Strasbourg.

Témoignages

Didier Le Prado

Président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Vous avez évoqué le classement, mis en place par la Cour européenne, pour déterminer l'ordre de priorité de traitement des dossiers selon un critère allant de 1 à 7. Les modalités qui prévalent à ce classement sont toutefois méconnues. On constate cependant régulièrement le souhait des parties d'être mieux informées des délais de jugements. Dès lors, la communication des informations relative aux critères retenus pourrait être utilement améliorée en vue d'assurer une meilleure visibilité pour le justiciable.

Vincent Berger

A ma connaissance, les parties ne sont pas informées, pour ne pas créer de faux espoirs. Pour l'instant, cette procédure est interne au greffe. A l'origine, le but visé n'était pas tant d'aller plus vite pour les affaires les plus importantes. La réalité était bien plus simple et prosaïque : il s'agissait de quantifier la charge de travail et d'améliorer la productivité du greffe. On est donc assez loin d'un classement se fondant sur des considérations en matière de droits de l'homme. Il était beaucoup plus important de pouvoir, dès l'enregistrement, organiser un suivi efficace, quitte à faire évoluer, dans un sens ou un autre, l'ordre de priorité des affaires. L'objectif était que toutes les affaires abusives ou répétitives ne détournent pas la Cour de



l'essentiel, à savoir les affaires importantes comme celles qui concernent le droit à la vie, l'interdiction de la torture, le droit à la liberté et à la sûreté, etc.

Le classement est réalisé par le greffe. Toutefois, ce classement pourra être réévalué, notamment lorsqu'un juge rapporteur sera nommé ou lorsque le projet sera réexaminé par un greffier de section, lors du « contrôle de qualité ». Cette procédure est peu connue du public, en tout cas pour l'instant.

Anne-Françoise Tissier

*Sous-directrice des droits de l'homme
au ministère des affaires étrangères et européennes*

Dans certains cas, comme pour les mesures d'éloignement, sur le fondement de l'article 39 du règlement de la Cour, la procédure est prioritaire, et son engagement est communiqué au Gouvernement, sans que cela donne pour autant aux parties d'indications claires sur le rythme d'avancement de l'affaire.

Claire Waquet

Même lorsque le Gouvernement en est informé, le requérant, pour sa part, ne sait rien de l'avancement de son cas, si ce n'est par l'indication indirecte du fait qu'on lui demande des écritures dans des délais plus courts qu'à l'habitude. En dehors de cela, il demeure en effet dans l'ignorance.

Vincent Berger

En effet, il arrive bien évidemment que les délais soient raccourcis pour la présentation des mémoires. Les avocats doivent alors être informés que leur affaire présente une certaine urgence aux yeux de la Cour. Mais il peut arriver aussi, et c'est un peu paradoxal, qu'une fois la décision d'octroi de la mesure provisoire adoptée, on considère, dans le cadre de la procédure, qu'il n'y a plus, en quelque sorte, « *péril en la demeure* ». Cela avec le risque de voir les mauvaises habitudes reprendre le dessus. Il y a eu des cas de ce genre, malheureusement.

Jean-Marc Sauvé

J'ai la conviction que le protocole n° 14 est une chance pour la Cour européenne des droits de l'homme. En revanche, il pose à cette juridiction suprême tout un ensemble de questions essentielles sur la qualité de la justice et la cohérence de la jurisprudence. En effet, à l'heure actuelle, la Cour est confrontée à un double défi, dont les enjeux ne sont pas inconnus des juridictions nationales : il s'agit tout d'abord du défi posé par la masse des recours ainsi que de leur impact sur les délais de jugement ; il s'agit ensuite du défi de l'unité de la jurisprudence.



Comment la Cour de Strasbourg envisage-t-elle pour sa part de s'organiser et de travailler pour éviter - avec la mise en place du comité de trois juges ayant plénitude de juridiction - que la jurisprudence ne diverge ? Comment la Cour va-t-elle appréhender le fonctionnement d'un tel comité ? C'est une chance, indiscutablement, mais il ne faudrait pas que cela devienne, justement, un risque ou une difficulté.

Vincent Berger

La Cour a pour principe de ne confier à ces comités que les affaires où il y a une jurisprudence bien établie, à savoir les affaires clones ou répétitives présentant des questions sur lesquelles la jurisprudence est claire (durée de procédure, durée de détention provisoire, non-exécution de jugement). La situation sera similaire à celle des chambres avant l'entrée en vigueur du protocole n° 14. Le dispositif est comparable à une espèce de « pilotage automatique » dans lequel on bénéficie, grâce à l'informatique, de supports sous forme de parties d'arrêts pré-rédigées. Le principal problème que l'on peut entrevoir n'est pas tant celui de la divergence de jurisprudences, mais se trouve sur le terrain de la satisfaction équitable. Ces comités vont travailler dans une certaine obscurité, et il est craindre que, sur le terrain de la satisfaction équitable, les juges s'écartent des barèmes, qui ne sont pas publics mais que certains connaissent, pour évaluer le dommage moral. Il s'agit de notre seule réelle préoccupation pour le moment. Il y a moins de soucis à se faire sur le cadre jurisprudentiel car tous les cas qui se révéleront hors normes, et qui auront tendance à sortir des sentiers battus, iront devant les chambres.

Échanges avec les participants

Question - *La France n'a encore jamais été condamnée en matière de garde à vue, la Cour ayant cependant rendu de nombreuses décisions sur l'assistance du prévenu par un avocat en cas de privation de liberté contre d'autres États. Ne peut-on considérer que ces décisions sont applicables au cas de la garde à vue en France ? Dès lors, le code de procédure pénale ne pourrait-il évoluer sur cette question ?*

Edwige Belliard

Les arrêts de la Cour ne sont pas des arrêts dirigés contre la France, mais ils tranchent une affaire donnée et ils apportent des réponses au cas par cas. En France, la question de la réforme de la garde à vue se pose en effet, mais à ce stade, en termes de perspectives d'évolutions de la législation.



Claire Waquet

Cette question est transmise au Conseil constitutionnel dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité. Les deux contrôles ne sont d'ailleurs pas les mêmes : le contrôle de constitutionnalité consiste à dire, *in abstracto*, si un texte, de façon rigide, est conforme ou non aux droits de la défense. En revanche il peut y avoir une approche beaucoup plus réaliste dans le cadre d'une affaire jugée par la Cour, qui consiste à déterminer, *in concreto* si, dans telles circonstances données, avec tel type de garde à vue qui s'est déroulée de telle façon, il y a eu une violation de la Convention, quand bien même les textes ne sont pas si critiquables en soi.

Vincent Berger

Pour revenir de façon générale sur la portée des arrêts, on ne peut pas attendre que le même problème soit soulevé dans les 47 États membres, et qu'il y ait 47 arrêts de condamnation différents, pour en tirer des conclusions sur la volonté de la Cour.

Un exemple très simple suffira. En 1978, la Cour a condamné la République fédérale d'Allemagne, parce qu'elle faisait demander aux accusés, une fois condamnés, les frais d'interprète. Trois personnes étaient en cause : un travailleur immigré turc, un travailleur immigré algérien et un soldat britannique de l'armée du Rhin. Ils ne se connaissaient pas entre eux et furent condamnés dans des endroits complètement différents. Or il s'en est suivi que, depuis 1978, on ne peut imposer le paiement des frais d'interprète à un condamné qui a bénéficié de l'assistance d'un interprète à l'audience (il n'est pas question ici de la procédure écrite, des mémoires, etc.).

La France a attendu 8 ou 9 ans pour modifier une disposition réglementaire similaire dans son code de procédure pénale. Pendant cette période, aucune requête de ce type n'est parvenue à Strasbourg ; mais si des affaires de ce type étaient parvenues, la France aurait très certainement été condamnée. On ne se trouve pas ici dans la logique de la subsidiarité. Il s'agit pour les États de prendre loyalement les devants lorsqu'il y existe une jurisprudence très claire. Fort heureusement, certains tribunaux français, certains procureurs, notamment à Quimper, lorsqu'ils avaient affaire à des pêcheurs espagnols pêchant dans les eaux bretonnes, ont dispensé ces personnes du paiement des frais d'interprète, sans attendre la modification du code de procédure pénale. Il s'agit d'un exemple fort simple dans lequel les États n'ont pas attendu 47 arrêts identiques sur la même question pour modifier leur législation.

La même question s'est posée avec la Cour de cassation de Belgique, qui a montré des réticences durant un certain temps en matière de procédure disciplinaire concernant les médecins. Son procureur général avait argué que la jurisprudence n'était pas encore fixée et qu'un arrêt, même de cour plénière, était insuffisant pour marquer la position générale de la cour de Strasbourg. C'est lorsque la Cour a condamné la Belgique dans une affaire pratiquement similaire que les choses sont rentrées dans l'ordre.



Question à l'attention de Vincent Berger - *Serait-il souhaitable et possible dans un avenir proche d'instaurer auprès de la Cour européenne des droits de l'homme un mécanisme de question préjudicielle sur le modèle de celui qui existe déjà auprès de la Cour de justice de l'Union européenne ?*

Vincent Berger

A titre purement personnel, je n'y suis pas favorable. Nous ne sommes pas du tout dans la même logique qu'à Luxembourg car il ne s'agit pas d'interpréter un droit uniforme commun pour tous (quotas laitiers, tarif extérieur douanier commun, etc.), mais de faire, en quelque sorte, du sur mesure. D'où cette impression parfois de flottement, d'hésitation de la jurisprudence. On pourrait concevoir ce mécanisme pour certaines stipulations très techniques comme celles des articles 5 et 6. Mais en ce qui concerne les articles 8 à 11 ou l'article 1 du protocole additionnel n° 1 sur le droit de propriété, un tel système ne pourrait pas fonctionner car il serait trop généralisateur, trop uniformisant. Il ne s'agit pas, à Strasbourg, d'un droit d'intégration. Il existe certes, « mécaniquement », une sorte d'harmonisation des droits nationaux, mais la Cour n'a pas pour objectif de donner le jour à un code de procédure civile ou à un code de procédure pénale européens. Ce n'est pas là son ambition, même si on s'achemine vers une certaine convergence des systèmes qui est la conséquence normale, quasiment mécanique, des arrêts de Strasbourg.

Question - *La question de l'appréciation du degré de gravité du préjudice a été introduite par l'article 35 de la Convention qui autorise la Cour à déclarer irrecevable toute requête individuelle si elle estime que le requérant n'a subi aucun préjudice important.¹⁰² On évoquera à ce titre l'affaire Gebremedhin c. France¹⁰³. En l'espèce, l'Office français de protection des réfugiés et apatrides avait rejeté la demande d'asile du requérant, manifestement infondée, dans des délais très courts. Le requérant n'ayant pas eu accès en zone d'attente à un recours de plein droit suspensif, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France estimant qu'il y avait eu violation de l'article 13 de la Convention qui garantit un droit à un recours effectif. Reconnu comme réfugié quelques mois après que la Cour de Strasbourg ait ordonné des mesures provisoires, le requérant n'a finalement pas subi de préjudice important. N'a-t-on pas le risque, avec l'entrée en vigueur du protocole additionnel n°14, d'occulter les préjudices importants, précisément parce que des mesures provisoires ont été ordonnées par la Cour de Strasbourg ? Ensuite, cette gravité du préjudice est-elle appréciée au moment des faits, lorsque la demande de mesure provisoire a été déclenchée, ou également plus tard, si la procédure sur le fond persiste ? La seconde question qui est en lien avec ce type de procédure concerne plus précisément l'exécution des arrêts de condamnation des États et le rôle du Comité de suivi des ministres du Conseil de l'Europe. Faut-il attendre que plusieurs affaires similaires soient portées devant la Cour de Strasbourg, toutes donnant lieu à des condamnations qui n'interviendront que dans plusieurs années, ou bien existe-t-il une manière efficace d'agir, en amont, auprès du Comité des ministres du Conseil de l'Europe ?*

102 V. *infra* p. 294.

103 CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*, n° 25389/05.



Bernard Stirn

C'est délibérément que les questions d'exécution n'ont pas été abordées car il semblait que les questions de procédure étaient déjà suffisamment vastes. La question du préjudice important a été mise en avant par Maître Waquet comme condition nouvelle appelant des interprétations de la part de la Cour pour mesurer comment elle s'apprécie et quel est le degré d'importance exigé.

Vincent Berger

La première décision faisant application du protocole n°14 est la décision *Ionescu c. Roumanie*¹⁰⁴, qui a été adoptée dès le 1^{er} juin 2010, la troisième section de la Cour ayant mis un point d'honneur à utiliser ce nouveau critère dès le jour d'entrée en vigueur de ce protocole. Il s'agissait d'un conflit civil impliquant un citoyen roumain réclamant à un transporteur routier qui l'avait emmené à Madrid une somme équivalant à 40% du salaire moyen mensuel roumain (90 euros), en compensation des désagréments subis lors du voyage. La 3^{ème} section a rejeté la requête comme irrecevable estimant que le préjudice financier allégué était réduit et qu'aucun élément du dossier n'indiquait que le requérant se trouvait dans une situation économique telle que l'issue du litige aurait eu des répercussions importantes sur sa vie personnelle, que les tribunaux roumains avaient considéré l'affaire au fond et que le respect des droits de l'homme n'exigeait pas d'en poursuivre l'examen.

D'autres affaires du même ordre ont été communiquées à des gouvernements européens afin ceux-ci puissent donner leur sentiment sur cette notion de gravité qui demeure difficile à cerner. D'autant que la Cour peut dès maintenant, en vertu du protocole n°14, appliquer ce protocole à des requêtes qui ont été introduites antérieurement, parfois il y a plus de cinq ans, et ce à une époque où les requérants ne pouvaient pas s'attendre à une entrée en vigueur rapide de ce protocole. Il est néanmoins vraisemblable que dans les prochains temps d'autres sections tenteront de creuser la question et d'élaborer des directives, sans même attendre, dans certains cas, les réponses des gouvernements.

Claire Waquet

Il y aura probablement lieu d'interpréter le préjudice important mais aussi les deux exceptions à ce principe, notamment la deuxième exception qui veut qu'on ne puisse rejeter aucune affaire sur la base du critère du préjudice important lorsqu'elle n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne. Cela est également étendu à certains cas de recours totalement inefficaces. Il y a eu notamment des arrêts concernant les expulsions par l'Italie d'immigrés tunisiens alors que l'Italie n'attendait pas que les recours aboutissent. Ces recours étaient donc privés d'effectivité et on n'a pas appliqué, a priori, cette condition d'irrecevabilité reposant sur le préjudice important, considérant qu'il n'y avait pas eu d'examen effectif par les juridictions internes.

104 CEDH, 1^{er} juin 2010, *Adrian Mihai Ionescu c. Roumanie*, n°36659/04 (décision sur la recevabilité).



Question à l'attention d'Edwige Belliard - *S'agissant des mesures provisoires, vous avez indiqué qu'il y avait lieu de regretter l'absence de développement des procédures de règlement amiable qui permettraient aux requérants d'obtenir une meilleure indemnisation et au Gouvernement de réduire sa charge de travail. Peut-on cependant mettre sur le même plan la question de l'indemnisation financière et celle des libertés fondamentales ?*

Edwige Belliard

Très souvent, on constate que, pour une longueur de procédure par exemple, il devient inutile de vouloir faire condamner l'État alors que, *in fine*, une indemnisation financière peut être versée au requérant, d'un montant bien souvent supérieur à celui obtenu après 3 ou 4 ans de procédure devant la Cour.

Le propos ne vise pas tant à alléger la charge de travail du Gouvernement qu'à désengorger la Cour, car si la justice consiste non seulement à aller au fond des choses, elle exige aussi que l'on juge vite.

Question à l'attention d'Edwige Belliard - *Concernant les procédures provisoires encore une fois, vous avez mentionné qu'elles avaient particulièrement augmenté en matière de droit des étrangers ces dernières années, dans le prolongement d'ailleurs de l'arrêt Gebremedhin¹⁰⁵ de 2005, qui constitue une des premières mesures provisoires contre la France. La France ne devrait-elle pas essayer d'anticiper les risques de contrariété entre sa législation nationale et la Convention européenne des droits de l'homme dans ce type de procédure notamment en matière de demande d'asile ?*

En effet, le nombre de mesures provisoires augmente considérablement devant la Cour car il existe en France, et dans de nombreux autres pays européens, des procédures dans lesquelles il n'y a pas de recours suspensif. On pourrait évoquer la récente ordonnance Diakité¹⁰⁶ du président Stirn concernant la non transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité sur l'absence de recours suspensif puisque le Conseil constitutionnel aurait, semble-t-il, déjà tranché la question. Mais cette affaire sera finalement portée devant la Cour.

Il y a, dans de nombreux pays n'offrant pas de recours suspensif, des demandeurs d'asile, des étrangers, ainsi que des expulsions, d'où le grand nombre de mesures provisoires ordonnées par la Cour. Il revient donc aux états, et à l'État français en particulier, d'anticiper la chose. Le même raisonnement peut être transposé sur de nombreux sujets. On a parlé de la garde à vue, et dans ce domaine, la condamnation de la France est quasiment assurée si la loi n'est pas modifiée. En matière de contrôle d'identité, des condamnations sont également assurées car la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que ces contrôles ne sont pas objectifs mais arbitraires. On pourrait penser à l'interdiction de la dissimulation du visage sur la voie publique où

105 CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*, n° 25389/05.

106 CE, réf., 16 juin 2010, *Mme Assetou Diakité*, n°340250.



le risque de condamnation a même été mentionné par le Conseil d'État dans son avis.

Il existe un certain nombre de questions dans lesquelles il serait possible d'appréhender, et donc d'éviter, les condamnations futures. Mais les législations ne sont pas révisées car on ne prend pas en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Edwige Belliard

Il faudrait que les statistiques puissent être abordées sous un autre angle. On peut mentionner le nombre de mesures provisoires ordonnées par la Cour, mais il conviendrait aussi de prendre du recul afin de mieux prendre en considération le nombre de ces mesures, qui sont finalement levées par la Cour elle-même. Il y en a un certain nombre, relativement important. La difficulté réside dans ce que, souvent, le recours n'existe même plus car le requérant n'a pas poursuivi son action, la mesure ayant été levée.

Il ne faut pas uniquement prêter attention au nombre de recours à l'article 39. Le recours à des mesures provisoires n'indique pas systématiquement que le Gouvernement est en tort mais révèle simplement qu'il n'y a pas eu encore d'examen au fond puisque, comme je l'indiquais, il n'y a pas d'examen contradictoire quand on édicte une mesure provisoire. Le Gouvernement ne peut donc pas se défendre en manifestant son désaccord. Ensuite, bien souvent, la mesure est levée dans un délai plus ou moins important.

Sur l'application, on ne peut pas dire d'un côté que la Cour fait du *sur mesure*, et de l'autre dire que nous devons systématiquement appliquer tous les arrêts visant un autre État. Nous sommes 47 États différents avec des procédures différentes qui forment un ensemble sous l'égide du Conseil de l'Europe. Certaines choses sont certainement critiquables mais il faut considérer les choses de manière globale. On ne peut pas juger toute la procédure pénale française ou tout le système de garde à vue uniquement sur un aspect particulier. Chaque État doit pouvoir se défendre en explicitant le système national en vigueur. On ne peut pas par exemple comparer systématiquement sur un point le système de *common law* et celui de *civil law*. Il est des cas dans lesquels la prise de position de la Cour est claire, mais d'autres où cela ne l'est pas.

Question - *Au vu de ce que vient de dire Mme Belliard sur la dimension casuistique de la jurisprudence de la Cour, on comprend d'autant plus difficilement ce qu'a dit Maître Waquet en qualifiant la Cour de juge constitutionnel du droit européen. A votre avis, qu'est-ce qui justifie cette dénomination ?*

Claire Waquet

C'est une expression que d'autres ont employé et que je n'ai fait que citer. Je pense personnellement qu'il s'agit plutôt d'un juge d'instance, qui serait un « juge de base ». Incontestablement une telle appellation peut être réfutée.



On peut donner un exemple dans lequel la jurisprudence française a longtemps résisté : celui des écoutes téléphoniques. Une autre question récurrente à l'heure actuelle est celle de la motivation des arrêts de cours d'assises, même si la jurisprudence en la matière est un arrêt belge dont la portée est en vérité fortement limitée au cas particulier de la Belgique¹⁰⁷.

Il faut avoir à l'esprit que nous sommes face à du *sur mesure* et que pour chaque situation particulière chaque dossier s'attache à des circonstances précises. On n'exige pas toujours, lors de nos plaidoiries, que soient instaurées de grandes règles. On a simplement un requérant qui souhaite obtenir réparation d'une violation particulière de « ses » libertés.

Vincent Berger

En vérité, les choses dépendront fortement du domaine dans lequel la Cour se positionne. En matière de durée de garde à vue par exemple, lorsque la Cour a estimé, dans un cas d'espèce particulier, qu'une durée de garde à vue équivalant à quatre jours et trois heures était excessive, cela valait pour tous les États du Conseil de l'Europe. Et la Turquie a été à maintes reprises condamnée, des dizaines, voire même des centaines de fois, jusqu'à ce qu'elle reconnaisse qu'une garde à vue de deux semaines sans l'assistance d'un avocat était excessive.

Il est d'autres domaines dans lesquels il est en revanche nécessaire de nuancer, notamment pour les cas ayant trait à la violation de l'article 6 de la Convention, et où il faut tenir compte de l'ensemble d'un procès. Il existe des situations très claires dans lesquelles la Cour accepte d'apprécier les délais. Récemment, dans une affaire bulgare, la Cour a estimé qu'une garde à vue dont la durée dépassait trois jours et vingt-trois heures emportait violation de la Convention, car l'infraction reprochée à la personne ayant fait l'objet de cette mesure était tout à fait bénigne. La Cour a condamné la Bulgarie, faisant dans ce cas précis du *sur mesure*. Certes on peut reprocher à la Cour de commettre des incohérences ou d'être trop byzantine, elle ne se prononce que sur les affaires dont elle est saisie. Aussi, certains à Strasbourg aimeraient volontiers, comme c'est le cas pour la Cour suprême des États-Unis, sélectionner certaines affaires, en ne considérant que les points de droit qui suscitent son intérêt pour ensuite rendre de grands arrêts, mais nous ne sommes pas encore dans ce système-là.

Question - *S'agissant de la recherche, depuis dix ans, d'une réponse juridique applicable aux difficultés des enfants autistes en France, une plainte au pénal datant de 2006 n'a pas connu pas de progression. Plusieurs recours ont été engagés dont un contentieux devant le Conseil d'État sur le sujet de la scolarisation des enfants autistes. Nous souhaitons nous tourner également vers la Cour européenne des droits de l'homme. Sur ce point, aura-t-on demain la possibilité d'effectuer devant cette Cour des « class action » ? Car il ne s'agit pas en la matière d'un cas précis, mais d'une multitude de cas allant du défaut de soin au délaissement en passant par la mise en danger etc.*

107 CEDH, 13 janvier 2009, *Taxquet c. Belgique* ; CEDH, Gr. ch., 19 novembre 2010, *Taxquet c. Belgique*, n° 926/05.



Vincent Berger

A ma connaissance, rien n'est prévu dans cette optique. Pour l'instant la Cour s'en tient à sa jurisprudence sur la notion de victime : un intérêt direct et personnel est toujours exigé. Des choses vont peut-être changer avec le nouveau critère introduit par le protocole n°14, mais on peut douter qu'il y ait dans l'immédiat des changements, sauf interventions de gouvernements, qui sont les véritables législateurs de la Convention. La Cour se contente, au niveau procédural, d'examiner ensemble des requêtes considérées comme voisines et de joindre des requêtes. Elle tient compte aussi du très grand nombre de requérants mais ne peut appliquer à tous exactement les mêmes critères, comme elle l'a rappelé récemment dans des affaires grecques d'indemnisation de propriétaires. Cependant, il est peu probable de voir la Cour s'engager sans l'aval des gouvernements dans la direction des « *class action* ».

Bernard Stirn

Il s'agit en effet d'un sujet très important qui touche aussi le droit national, avec des projets concernant aussi bien le juge judiciaire que la juridiction administrative, qui a établi l'an passé un rapport ouvrant des pistes de réflexion sur ce qui pourrait être des recours collectifs devant le juge administratif, au moins pour certains types de contentieux ouverts à des associations ou à des organismes présentant un certain nombre de garanties.

Question à l'attention de Vincent Berger - *Quelles sont les différentes étapes de fabrication de la décision juridictionnelle au sein de la Cour, lorsque l'affaire va être examinée au fond.*

S'agissant de l'affaire des crucifix dans les salles de classe en Italie, la Cour s'est déjà prononcé dans un arrêt le 3 novembre 2009¹⁰⁸ et devrait se prononcer à nouveau¹⁰⁹. S'agirait-il là d'une forme d'appel ? Dans quelle proportion d'affaires la Grande Chambre peut-elle marquer une position divergente par rapport aux chambres ? Enfin, peut-on dire que le greffe assume en quelque sorte le rôle de gardien de la jurisprudence ?

Vincent Berger

Concernant l'élaboration des décisions - S'il s'agit d'une affaire communiquée, l'affaire va être instruite ou mise en état par un juriste du greffe, une fois que l'on aura reçu la requête, le mémoire du requérant et éventuellement le mémoire du gouvernement de l'État défendeur. Très souvent, lorsque l'affaire n'est pas excessivement complexe, le juriste va travailler lui-même. Il va préparer un projet de décision ou d'arrêt le cas échéant qu'il va soumettre au « contrôle de qualité ». Il y

108 CEDH, 3 novembre 2009, *Lautsi c. Italie*, n° 30814/06.

109 CEDH, Gr. ch., 18 mars 2011, *Lautsi et autres c. Italie*, n° 30814/06.



aura plusieurs contrôles. Le chef de la division des requêtes à laquelle appartient ce juriste va examiner le projet sauf s'il s'agit d'un juriste déjà expérimenté qui connaît bien la Convention et qui possède une certaine ancienneté. Le greffier de section va ensuite apporter son visa. Il n'est pas seulement question d'effectuer un contrôle formel, mais de vérifier si la ligne de la jurisprudence de la Cour est bien suivie.

Ensuite seulement, l'affaire, si elle n'est pas complexe, ira devant le juge-rapporteur qui va la signer. Ce n'est qu'à ce moment-là que l'affaire sera inscrite au rôle de la section qui l'examinera quelques jours plus tard. Les membres de la chambre vont pouvoir, par écrit avant la réunion, ou oralement au cours de la réunion, faire part de leurs observations. C'est là le cas de figure le plus fréquent.

Si l'on se trouve face à une affaire qui sort de l'ordinaire ou qui pose des questions nouvelles, insolites voire très sensibles, le juge-rapporteur demandera à consulter lui-même le dossier, puis convoquera le juriste du greffe pour lui donner des instructions.

C'est sur la base de ces instructions que le juriste traitera l'affaire. Si le juriste se rend compte qu'il y a un risque important de divergence de jurisprudence ou si, par ignorance ou pour d'autres raisons, le juge-rapporteur veut orienter l'affaire dans un sens qui n'est pas conforme à la jurisprudence, le juriste devra alors en aviser son chef de division et surtout son greffier de section. Ce dernier ira ensuite voir le juge pour lui indiquer que son projet n'est pas tout à fait dans la ligne de la jurisprudence, en lui proposant, soit d'envisager un dessaisissement au profit de la Grande Chambre, soit de prévoir des alternatives ou différentes solutions dans le projet, etc.

En outre, le jurisconsulte se doit d'alerter toute la Cour, par des observations communiquées à tous les juges, à tous les greffiers et à tous les chefs de division, lorsque le projet inscrit à l'ordre du jour lui semble soulever une difficulté sérieuse. Cela se produit chaque semaine avec des incidences plus ou moins importantes. Un cas assez fréquent est celui d'un problème juridique nouveau pendant devant la Grande Chambre. Une audience devant la Grande Chambre vient d'avoir lieu et pourtant des chambres veulent adopter des décisions qui risquent de préjuger la décision de la Grande Chambre. On doit alors prier les chambres de patienter quelques semaines ou mois d'autant que l'on se trouve face à une difficulté pour laquelle on a décidé de saisir la Grande Chambre, et ce afin de ne pas brûler les étapes et de ne pas couper l'herbe sous le pied de celle-ci.

Concernant l'affaire des crucifix - Le Collège de la Grande Chambre a accueilli la demande du gouvernement italien en vue d'un réexamen par la Grande Chambre. Dix gouvernements européens, ce qui est assez exceptionnel, ont demandé à intervenir, six sont de tradition orthodoxe, quatre de tradition catholique.

Concernant l'idée d'une forme d'appel - Il est vrai que cela a été critiqué lors de l'élaboration du protocole n° 11 mais il s'agissait d'un compromis auquel beaucoup de gouvernements étaient attachés. On voulait bien une cour unique travaillant à temps plein, mais on a voulu se ménager une seconde chance. Ce système dans les faits ralentit la procédure, mais donne des résultats relativement satisfaisants. Si la Grande Chambre reprend la même solution que la chambre, elle le fait en général



avec un arrêt plus fouillé, plus approfondi, plus développé, voire plus pédagogique.

La Grande Chambre désavoue les chambres dans environ un tiers des affaires. Mais il faut aussi noter, ce qui est fâcheux, qu'un certain nombre de gouvernements, en particulier la Turquie dans les grandes affaires la concernant, se sont systématiquement opposés au dessaisissement des chambres et, une fois condamnés à Strasbourg, ont obtenu le renvoi de l'affaire à la Grande Chambre.

Sur le rôle du greffe - On peut dire que l'une de ses responsabilités essentielles est d'être un gardien, certes sans agressivité, de la jurisprudence. La jurisprudence a déjà changé mais ce qui est nouveau avec la nouvelle Cour, c'est son souci pédagogique. Très souvent, on l'a vu dans l'affaire *Vilho Eskelinen*¹¹⁰ par rapport à la jurisprudence *Pellegrin*¹¹¹, dans l'affaire *Perez c. France*¹¹² aussi ou encore dans l'affaire *Mamatkulov c. Turquie*¹¹³. On a laissé derrière nous le temps où l'ancienne Cour escamotait les décisions en opérant des virages de jurisprudence subreptices qui ne trompaient cependant personne.

110 CEDH, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen c. Finlande*, n° 63235/00.

111 CEDH, Gr. ch., 8 décembre 1999, *Pellegrin c. France*, n° 28541/95.

112 CEDH, Gr. ch., 12 février 2004, *Perez c. France*, n° 47287/99.

113 CEDH, Gr. ch., 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n° 46827/99 et 46951/99.



Troisième conférence

Les interférences entre les sources de droit européen et les influences croisées entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme

Cette troisième conférence aborde les questions relatives à la coexistence des différentes normes européennes de protection des droits de l'homme, aux mécanismes de contrôle exercés par les juridictions européennes et à leur harmonisation. Les conséquences de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention Européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur les mécanismes de contrôle seront examinées. Après avoir évoqué le contenu de ces normes européennes, les intervenants présenteront leur conception des mécanismes de contrôle exercés par le juge européen ainsi que le rôle du juge national face à leur abondance et leur diversité.

Sommaire de la conférence

Introduction Bruno Genevois,

Ancien président de la section du contentieux du Conseil d'État

Modérateur de la conférence p. 86

Intervention p. 103

Intervention de Jacqueline Dutheil de la Rochère,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)..... p. 87, 106

Intervention de Johan Callewaert,

Greffier adjoint de la Grande chambre

de la Cour européenne des droits de l'homme p. 94, 109

Intervention de Jean-Claude Bonichot,

Président de la 4^{ème} chambre de la Cour de justice de l'Union européenne .. p. 97, 103

Intervention de Mattias Guyomar,

Maître des requêtes au Conseil d'État p. 102, 112

Échanges avec les participants p. 117

Propos conclusifs p. 121

Documentation sur le thème du débat

Index des principaux arrêts et décisions cités dans les débats p. 271

Convention de sauvegarde des droits de l'homme

et des libertés fondamentales..... p. 287



Actes - Les interférences entre les sources de droit européen et les influences croisées entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme

Introduction de Bruno Genevois

*Ancien président de la section du contentieux du Conseil d'État
Modérateur*

Je suis heureux de vous accueillir au Conseil d'État pour cette troisième conférence d'un cycle consacré au droit européen des droits de l'homme. Le thème que nous avons à traiter aujourd'hui devant vous est délicat.

Il porte sur les interférences entre les sources du droit européen des droits de l'homme, ce qui conduira à examiner les influences croisées de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

Pour en débattre, nous allons bénéficier du concours de personnalités qu'il n'est pas nécessaire de présenter, mais que l'on introduira tout de même.

Jacqueline Dutheil de la Rochère, professeur émérite de l'université Panthéon-Assas (Paris II), ancienne présidente de cette université, spécialiste reconnue, entre autres, du droit communautaire et qui a siégé, comme membre suppléant du regretté président Braibant, à la Convention qui rédigea en 2000 la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Nous avons aussi parmi nous Jean-Claude Bonichot, conseiller d'État, présentement détaché à la Cour de justice de l'Union européenne où, après quelques mois d'exercice de ses fonctions, il a déjà été promu président de chambre.

Nous bénéficierons également du concours de Johan Callewaert, greffier adjoint de la Cour européenne des droits de l'homme, et nous savons tous l'importance du greffe de la Cour européenne. Si on tente une comparaison avec certaines institutions françaises, son influence peut paraître comparable à celle du secrétariat général du Conseil constitutionnel.

Enfin, participera à notre discussion Mattias Guyomar, brillant rapporteur public devant les formations contentieuses du Conseil d'État. Il a attaché son nom à des arrêts de section ou d'assemblée qui ont fait date. Il est resté commissaire du Gouvernement près le Tribunal des conflits, ce qui fera plaisir à ceux qui sont demeurés attachés à l'ancienne dénomination. Il est également professeur associé à l'université de Paris-Sud 11, ce qui montre l'existence de liens entre le Conseil d'État et l'université, ce dont je me félicite.

Notre réflexion portera essentiellement sur deux points, qui sont classiques quand on compare des instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Le premier à l'avoir mis en évidence fut le professeur Cohen-Jonathan quand il



examina le Pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques, d'une part, et la Convention européenne des droits de l'homme, d'autre part.

Il s'agit d'opérer une comparaison des catalogues respectifs des droits fondamentaux garantis, d'un côté, par la Convention européenne des droits de l'homme, de l'autre, par la Charte de l'Union européenne. Y a-t-il avec la Charte une réelle valeur ajoutée ou bien sommes-nous en présence de doubles emplois, ou encore la conclusion doit-elle être plus nuancée ?

Le deuxième point, qui est peut-être le plus délicat, est celui de l'articulation des mécanismes de contrôle à un moment où la vieille idée, remontant à avril 1979, de l'adhésion de la Communauté européenne, devenue Union européenne, à la Convention européenne des droits de l'homme est devenue une réalité.

Je rappelle en effet, mais est-il besoin de le faire, que, depuis le Traité de Lisbonne entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a acquis une valeur positive identique à celle des traités fondateurs de l'Europe ; en outre, le Traité de Lisbonne a posé le principe de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention.

Nous avons choisi dans un premier temps, de donner un éclairage sur *le contenu* des deux instruments de protection des droits de l'homme. Prendra la parole en premier Mme Dutheil de la Rochère, qui insistera sur l'originalité de la Charte. Ensuite, s'exprimera Johan Callewaert qui donnera le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme. Jean-Claude Bonichot traitera de la place de la Charte parmi les instruments de protection des droits fondamentaux au sein de l'Union. Et Mattias Guyomar, réagira de manière spontanée à ces interventions.

Dans un deuxième temps, nous examinerons *les mécanismes de contrôle* liés à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention. Jean-Claude Bonichot exprimera les préoccupations d'un juge à la Cour de justice de l'Union européenne. Mme le professeur Dutheil de la Rochère recensera les questionnements de la doctrine à propos de cette adhésion. Jonathan Callewaert nous livrera quelques exemples pratiques pour ne pas laisser le sujet sur un plan théorique. Et enfin, avant de donner la parole à l'assistance, Mattias Guyomar dira comment un juge national s'y retrouve face à cette abondance de biens en matière de droits fondamentaux.

Intervention de Jacqueline Dutheil de la Rochère
Professeur émérite à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

On a pu observer l'émergence progressive de la référence aux droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne afin d'étayer la suprématie du droit de l'Union européenne par rapport au droit des États membres, y compris constitutionnel. Le juge de l'Union européenne a eu le réflexe de se référer à la Convention européenne des droits de l'homme comme à un catalogue disponible de droits fondamentaux. Il ne s'en est pas vraiment expliqué, n'a pas utilisé la référence à la Convention à titre exclusif. Il mentionne aussi les traditions constitutionnelles



communes aux États membres et utilise la Convention indirectement, comme expression des principes généraux du droit¹¹⁴. Cette jurisprudence est bien connue et a été consolidée dans des textes de droit primaire faisant référence aux droits fondamentaux (Acte unique européen 1986), puis à la Convention européenne des droits de l'homme (Traité de Maastricht, Amsterdam, Nice).

On ne relève pas de contradiction patente entre la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et celle de la Cour européenne des droits de l'homme, bien qu'il y ait des nuances. L'idée de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention avait été depuis longtemps envisagée¹¹⁵ mais selon la Cour de justice de l'Union européenne, il n'existait pas de base juridique suffisante dans les traités¹¹⁶. Dans l'ensemble, il se manifeste un souci de prise en compte réciproque des systèmes de droit européen, dans le respect mutuel¹¹⁷, même si l'affaire *Matthews*¹¹⁸ exprime une tonalité différente.

Pourquoi la Charte, puisque la protection des droits fondamentaux était finalement assurée dans l'Union de façon relativement satisfaisante et non conflictuelle ? On peut déceler plusieurs facteurs. L'Union européenne s'est mise à la recherche de son identité politique propre, au moment où ses compétences s'élargissent (2^{ème} et 3^{ème} piliers) et où les pays d'Europe centrale et orientale (PECO) frappent à la porte et où on leur impose les critères de Copenhague (juin 1993). Le besoin s'est également fait sentir de sécuriser le citoyen quant à la consistance de ses droits, de faire valoir à ses yeux la valeur ajoutée de l'Union européenne par rapport à l'entreprise exclusivement économique qu'était à l'origine la Communauté économique européenne. La formulation des droits fondamentaux de l'Union correspond enfin à une revendication ancienne de l'Allemagne : pas de transfert supplémentaire de compétences sans garantie juridique du respect des droits fondamentaux. La Charte (mandat de Cologne, juin 1999) est une réponse stratégique à cette revendication essentiellement allemande.

Habiletés stratégiques - La rédaction de la Charte « comme si » elle devait revêtir une valeur juridique obligatoire fut une initiative habile du président allemand de la Convention, Roman Herzog. Ce mode de rédaction a imposé la rigueur dans la préparation d'un document dont il n'a pas été nécessaire de revoir la substance quand il s'est avéré qu'il pouvait accéder au statut de droit primaire contraignant.

114 CJUE, 14 mai 1974, *Nold et autres c/ Commission*, affaire 4/73 ; CJUE, 28 octobre 1975, *Rutili*, affaire 36/75 ; CJUE, 21 septembre 1989, *Hoehchst*, affaires jointes 46/87 et 227/88, 2859.

115 Déclaration conjointe du 5 avril 1977 du Parlement européen, du Conseil et de la Commission concernant le respect des droits fondamentaux et de la CEDH (Luxembourg, 5 avril 1977) : « 1. *L'Assemblée, le Conseil et la Commission soulignent l'importance primordiale qu'ils attachent au respect des droits fondamentaux tels qu'ils résultent notamment des constitutions des États membres ainsi que de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. 2. Dans l'exercice de leurs pouvoirs et en poursuivant les objectifs des Communautés européennes, ils respectent et continueront à respecter ces droits* ».

116 CJUE, Avis 2/94 du 28 mars 1996, Adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

117 CEDH, Gr. ch., 30 juin 2005, *Bosphorus hava yollari turizm ve ticaret anonim şirketi c. Irlande*, n° 5036/98.

118 CEDH, Gr. ch., 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, n° 24833/94.



Le texte négocié dans le cadre de la première convention, puis proclamé avec valeur de « *soft law* », n'a été que très partiellement renégocié dans le cadre de la deuxième convention (dispositions générales régissant l'interprétation et l'application de la Charte). On a ainsi assisté au lent cheminement vers la valeur juridique obligatoire d'un texte qui a des mérites et des défauts.

I. La valeur ajoutée de la Charte.

Cette valeur ajoutée réside à la fois dans le contenu normatif de la Charte et dans la signification constitutionnelle de la démarche consistant à doter l'Union d'un catalogue propre de droits fondamentaux.

A- Le contenu de la codification

S'est-il agi d'une codification à droit constant ? La réponse n'est qu'en partie positive. Par certains côtés la Charte innove, même si le mandat de Cologne n'ouvrait en principe que très modérément la possibilité d'ajouter au droit existant.

Indivisibilité des droits - La Charte, rompant avec les traditions antérieures des textes internationaux, représente une étape décisive en faisant figurer dans un seul et même texte les droits civils et politiques, d'une part, des droits économiques et sociaux, d'autre part, ainsi que des droits de citoyenneté. La Charte inaugure au plan international une approche inspirée par le principe d'indivisibilité des droits.

Le plan de la Charte reflète cette préoccupation: les chapitres s'intitulent « dignité », « libertés », « égalité », « solidarité », « citoyenneté », et pas droits civils et politiques ou droits économiques et sociaux.

La dignité comme droit fondamental inspire tout l'ensemble. La Cour européenne des droits de l'homme avait déjà considéré le principe de dignité, non inscrit dans la Convention européenne des droits de l'homme, comme de l'essence de la Convention¹¹⁹.

Droits civils - Nombre des droits qui figurent dans la Charte sont empruntés à la Convention européenne des droits de l'homme : article 2 : droit à la vie ; article 4 : interdiction de la torture ; article 5 : interdiction de l'esclavage et du travail forcé ; article 6 : liberté et sûreté ; article 7 : respect de la vie privée et familiale ; article 10-1 : liberté de pensée, de conscience et de religion ; article 11 : liberté d'expression ; on a ajouté dans la Charte « et d'information » ; article 17 : droit de propriété ; article 19-1 : interdiction des expulsions collectives ; article 19-2 : interdiction des traitements inhumains ou dégradants ; article 48 : présomption d'innocence, droits de la défense ; article 49-1 : principe de légalité des délits et des peines.

Certains vont au-delà de la Convention, prenant en considération les évolutions sociales et technologiques intervenues depuis l'adoption du texte fondateur de 1950.

L'article 9 de la Charte correspond à l'article 12 de la Convention, mais ne réserve pas l'institutionnalisation juridique du couple aux seules personnes de sexe différent. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs fait sien cette approche dans son arrêt *Goodwin*¹²⁰.

119 CEDH, 22 novembre 1995, *S.W. c. Royaume Uni*, n° 20166/92.

120 CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Grande-Bretagne*, n° 28957/95.



L'article 3 de la Charte consacre le droit à l'intégrité de la personne dans le cadre de la médecine et de la biologie ; on ne trouve rien de tel dans la Convention. Les explications proposées par le présidium sous cet article font référence à la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine.

L'article 47 de la Charte sur le droit à un recours juridictionnel effectif est plus protecteur que l'article 6-1 de la Convention qui ne vise que les contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil. On notera que la jurisprudence récente de la Convention européenne des droits de l'homme a étendu le champ d'application de l'article 6 de la Convention au droit de la fonction publique¹²¹.

L'article 8 de la Charte sur la protection des données à caractère personnel n'a pas de véritable équivalent dans la Convention européenne des droits de l'homme, bien que les explications mentionnent l'article 8 de la Convention qui porte sur le respect de la vie privée et familiale¹²². La vraie source d'inspiration est un article du traité -l'article 286 du Traité instituant la Communauté européenne, remplacé par l'article 16 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne- combiné avec une directive d'application et un règlement du Parlement européen et du Conseil, ainsi qu'une Convention du Conseil de l'Europe. Étrange destin de sources de droit dérivé dont le contenu est érigé au rang de source de droit primaire, par l'effet d'une codification.

Droits politiques, droits du citoyen - Ils apparaissent dans le chapitre « Citoyenneté ». Aucun ne figurait dans la Convention, sauf peut-être le droit de vote et d'éligibilité qu'illustrent les articles 39 et 40 de la Charte.

A propos des élections au Parlement européen et de la participation aux scrutins municipaux, on peut évoquer l'article 3 du protocole n°1 à la Convention sur le droit à des élections libres.

Tous les droits mentionnés dans ce chapitre ont en revanche leur origine dans les traités instituant la Communauté européenne et sur l'Union européenne : accès aux documents, médiateur, pétition, libre circulation/libre séjour, protection diplomatique et consulaire, sauf le droit à une bonne administration¹²³ qui, d'une part, synthétise la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur la procédure administrative non contentieuse et, d'autre part, reprend certaines dispositions de droit primaire¹²⁴.

Le programme de Stockholm (perspective 2020) envisage de donner un contenu plus effectif notamment à la protection diplomatique et consulaire du citoyen européen.

Droits économiques et sociaux - Ils étaient absents de la Convention et figurent pour la plupart dans le chapitre « Solidarité ». Seuls la liberté professionnelle, le droit de travailler (et non le droit au travail), la liberté d'entreprise, le droit de propriété figurent dans le chapitre « Libertés ». Ce fut une singulière aventure que de tenter de faire

121 CEDH, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen c. Finlande*, n° 63235/00.

122 Article 8 de la Convention : v. *infra* p. 290.

123 Article 41 : v. *infra* p. 295.

124 Responsabilité extracontractuelle des institutions de l'Union pour les dommages causés ; article 288 alinéa 2 du Traité instituant la Communauté européenne devenu article 344 alinéa 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. V; *infra* p. 286.



inscrire dans la Charte – dont il était acquis que dans un premier temps elle n’aurait pas de valeur juridique obligatoire – des droits dits de solidarité. Les Britanniques y étaient farouchement opposés. Les Français y tenaient essentiellement. Le résultat est un compromis, rendu possible grâce à certaines habiletés juridiques : distinction entre droits et principes¹²⁵, finalement moins significative que ce que l’on aurait pu croire en cours de négociation et pas exclusivement réservée au chapitre « Solidarité »¹²⁶, renvoi aux législations et pratiques nationales, importance des vocables tels que droit de grève ou services d’intérêt général.

On rappellera que le mandat de Cologne recommandait de ne pas faire figurer dans la Charte des droits économiques et sociaux qui ne seraient que des objectifs pour l’action de l’Union.

B- Dimension constitutionnelle

L’élaboration de la Charte est une étape dans le processus de constitutionnalisation de l’Union : la méthode d’élaboration a fait appel aux représentants de la société civile. La Charte prend en compte la personne globalement, sans considération des limites de compétences de l’Union ; la Charte est une affirmation de valeurs propres à l’entité régionale considérée¹²⁷; la Charte pourra contribuer à une projection extérieure de ces valeurs.

La Charte expose de manière synthétique et ordonnée des droits fondamentaux résultant du cumul des traditions constitutionnelles communes aux États membres, de la Convention européenne des droits de l’homme et de valeurs universelles (mentionnées trois fois dans la Charte). C’est un travail auquel procédaient précédemment les juges, mais qui est désormais présenté de façon plus compréhensible et plus prévisible pour le justiciable.

La Charte ne risque pas de figer l’évolution des droits fondamentaux. En effet, la source complémentaire des principes généraux du droit a toujours été maintenue¹²⁸.

L’intangibilité admise des articles de substance auxquels ni la deuxième convention (2002-2003), ni les Conférences intergouvernementales de 2004 et de 2007 n’ont apporté d’amendements, souligne la valeur structurante de cette codification des droits fondamentaux.

La référence à la Charte par certains tribunaux nationaux, par le Tribunal de l’Union européenne et nombre d’avocats généraux, avant même que la Charte ait acquis valeur de droit primaire, est un indice supplémentaire de l’autorité très vite acquise par ce texte.

La Charte a contribué à l’évolution de l’Union qui s’est appropriée son approche spécifique des droits fondamentaux (visa de la Charte dans les considérants de

125 Notion de justiciabilité normative exprimée notamment dans la formule « *l’Union respecte* ».

126 On retrouve la référence aux principes dans les articles concernant le droit des personnes âgées ou handicapées, la vie familiale et professionnelle, la sécurité sociale et aide sociale, la protection de l’environnement, mais aussi l’égalité homme/femme, article 23.

127 CJUE, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation c/ Conseil de l’Union européenne, Commission des Communautés européennes, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord*, affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P.

128 cf. art. 6.3 du Traité sur l’Union européenne dans le Traité de Lisbonne qui codifie la pratique toujours suivie. V. *infra* p. 286.



nombre de textes de droit dérivé), ce qui a permis à la Cour de justice de l'Union européenne de reconnaître l'importance juridique à la Charte avant même qu'elle ait été officiellement qualifiée de source de droit primaire¹²⁹, même si l'effectivité n'est pas toujours certaine¹³⁰.

II. Les faiblesses et imperfections.

Deux questions touchent à l'essence des droits fondamentaux : d'une part, le problème non réglé de la hiérarchisation entre les nombreux droits affirmés, d'autre part, celui de la tension entre la dimension universelle de l'affirmation des droits dans la Charte et le caractère fini des compétences de l'Union qui restent des compétences d'attribution. Plus probablement surmontable, encore que passablement complexe, apparaît la question de l'articulation entre la Charte et la Convention.

A- Problème de la hiérarchisation des droits

La Charte accumule les droits fondamentaux, provenant de diverses sources, dont majoritairement la Convention, mais aussi de diverses conventions internationales, du droit de l'Union européenne originaire ou dérivé, des traditions constitutionnelles communes des États membres¹³¹. Les explications multiplient les références.

La Charte ne propose aucune hiérarchisation entre les droits proclamés, de sorte qu'il revient au juge compétent de trouver le point d'équilibre entre les droits, en fonction du contexte (CJUE, 12 juin 2003, *Schmidberger* : libre circulation et liberté d'expression ; 14 octobre 2004, *Omega*¹³² : libre prestation de service et dignité ; 18 décembre 2007, *Laval*¹³³ : liberté syndicale et libre prestation de services ; 11 décembre 2007, *Viking*¹³⁴ : liberté d'établissement et droit de grève). De telles confrontations intervenues en pratique conduisent à s'interroger sur le caractère fondamental des droits¹³⁵. Le contenu de la Convention européenne des droits de l'homme est beaucoup plus homogène, bien que l'on ne puisse exclure les hypothèses de concurrence entre droits fondamentaux.

B- Charte et compétences de l'Union

L'article 1er de la Convention européenne des droits de l'homme précise que les hautes parties contractantes reconnaissent les droits et libertés définis aux personnes relevant de leur « juridiction »¹³⁶. Il s'agit du champ de compétences d'États souverains, concept bien connu en droit interne et international. Pour l'Union, la problématique est différente : la Charte s'adresse aux institutions, organes et organismes de l'Union

129 CJUE, 27 juin 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, C-540/03.

130 Voir le rôle joué par l'Agence des droits fondamentaux, Règlement 168/207 du 15 février 2007.

131 Par ex. : article 10-2 objection de conscience.

132 CJUE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen-und Automatenaufstellungs-GmbH*, C-36/02.

133 CJUE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*, C-341/05.

134 CJUE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, C-438/05.

135 Cf. E. Picard, *L'émergence des droits fondamentaux*, AJDA, numéro spécial, juillet 1998, p. 2-42.

136 Article 1 de la Convention : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention. ».

V. *infra* p. 287.



ainsi qu'aux États membres « *uniquement lors qu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* ». Outre les difficultés afférentes à la distinction possible entre mettre en œuvre le droit de l'Union ou, plus largement, agir dans le champ de compétence de l'Union, force est de reconnaître que les limites du champ de compétence de l'Union européenne sont incertaines, qu'elles évoluent au fil du temps (révisions du droit primaire, évolution du droit dérivé, incertitudes de la jurisprudence cf. publicité du tabac : CJUE, 2000, *Allemagne c/ Parlement européen et Conseil*¹³⁷ ; 2006, *Allemagne c/ Parlement européen et Conseil*¹³⁸).

Or la Charte, dans sa partie substantielle, retient une approche des droits centrée sur la personne et ne tenant pas particulièrement compte des limites existantes du champ de compétences de l'Union¹³⁹. Certes la doctrine¹⁴⁰ a très clairement exposé que le rôle d'une Charte des droits fondamentaux est d'indiquer des limites à ne pas enfreindre et non pas de définir des champs de compétences normatives ; il n'empêche que cette dissonance entre les perspectives – que l'on ne trouve pas à propos de la Convention – crée des inquiétudes. Le traité constitutionnel et le traité de Lisbonne ont tenté d'y remédier en multipliant, de façon souvent excessivement répétitive, des références au fait que la Charte ne saurait étendre les compétences de l'Union. Il n'empêche que l'inquiétude subsiste et explique, sans la justifier, la présence dans le traité de Lisbonne d'un protocole sur l'application de la Charte concédé au Royaume-Uni et à la Pologne, auxquels est venue se joindre la République tchèque.

C- Articulation entre la Charte et la Convention

La Convention européenne des droits de l'homme a servi de source d'inspiration aux rédacteurs de la Charte, au-delà de la substance, pour certaines dispositions générales régissant l'interprétation et l'application de la Charte. C'est là un hommage rendu à la qualité rédactionnelle d'un texte conventionnel poli par le temps.

L'article 54 de la Charte sur l'abus de droit reprend presque exactement les dispositions de l'article 17 de la Convention, lui-même inspiré de l'article 30 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

S'agissant des limites qui peuvent être apportées aux droits garantis, les rédacteurs de la Charte, voulant élaborer un texte relativement bref et compréhensible au-delà du cercle des juristes, n'ont pas retenu la méthode appliquée dans la Convention qui consiste, dans chaque article, à la suite de la formulation d'un droit ou d'une liberté, d'en préciser les limites. Dans la Charte, la clause sur les limitations¹⁴¹ est conçue comme une clause transversale. On observera cependant que la dernière phrase indique, comme justification possible de limitations apportées aux droits et libertés, le « besoin de protection des droits et libertés d'autrui ». C'est une formule qui est empruntée à certains articles de la Convention concernant des domaines à propos desquels l'équilibre entre les diverses libertés garanties se pose

137 CJUE, 20 octobre 2000, *Allemagne c/ Parlement européen et Conseil*, C-376/98.

138 CJUE, 12 décembre 2006, *Allemagne c/ Parlement européen et Conseil*, C-380/03.

139 Ex. la Charte définit la liberté religieuse alors que l'Union européenne n'a aucune compétence normative en ce domaine.

140 Notamment J.P. Jacqué, *Le traité de Lisbonne, une vue cavalière*, Revue Trimestrielle de Droit européen, 2008 p. 439-483.

141 Article 52.1. V. *infra* p. 320.



avec particulièrement d'acuité¹⁴².

L'article 53 de la Charte sur le niveau de protection prévoit que dans aucun cas la Charte ne saurait être interprétée dans un sens régressif par rapport aux textes en vigueur. Non seulement la Cour européenne des droits de l'homme est citée parmi les textes par rapport auxquels aucune régression n'est admissible¹⁴³, mais la rédaction de cet article n'est pas sans rappeler l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'articulation entre la Charte et la Convention est spécifiquement prévue et organisée par l'article 53-2 de la Charte selon des dispositions qui soulignent le souci de prise en compte aussi complète que possible des dispositions de la Convention. Cet article, dont la rédaction a été particulièrement laborieuse, soulève un certain nombre de problèmes d'interprétation :

- La liste des articles de la Charte, correspondant à la Convention européenne des droits de l'homme, mais dont la portée est plus étendue¹⁴⁴ demeure incertaine.
- Comment comprendre l'obligation de prise en compte de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, prévue dans le préambule de la Charte et par les explications, sans compromettre l'indépendance des juges de l'Union ?
- Le droit de l'Union peut dans certains cas apporter une protection plus étendue que celle assurée par le droit de la Convention¹⁴⁵.

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme permettra peut-être de résoudre certaines de ces difficultés. Elle ne réduira pas l'intérêt pour l'Union de disposer de son propre catalogue de droits fondamentaux. A l'inverse, l'existence de la Charte n'amointrit pas l'intérêt pour les ressortissants de l'Union d'un contrôle des droits qui soit extérieur à l'Union, contrôle qu'apporterait sans doute l'adhésion de l'Union européenne à la Convention.

Intervention de Johan Callewaert

*Greffier adjoint de la Grande Chambre
de la Cour européenne des droits de l'homme*

La première Cour européenne à se référer à la Charte, bien avant que la Charte ne devienne juridiquement contraignante, à une époque où les avocats généraux de la Cour de justice commençaient à peine à s'en inspirer ouvertement était, paradoxalement sans doute, la Cour européenne des droits de l'homme.

C'était en juillet 2002, dans l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume Uni*¹⁴⁶, une affaire de Grande Chambre qui soulevait le problème de la reconnaissance juridique du changement de sexe des transsexuels. Dans son arrêt, la Cour de Strasbourg s'est

142 Article 8 de la Convention : droit au respect de la vie privée ; article 9 : liberté de pensée ; article 10 : liberté d'expression ; article 11 : liberté de réunion. V. *infra* p. 290

143 La question particulière des relations entre Charte et Convention est spécialement abordée à l'article 52-3 de la Charte. V. *infra* p. 320.

144 Article 9, 12, 47 de la Charte. V. *infra* p. 315 et 319.

145 Article 47 de la Charte consacrant le droit au juge. V. *infra* p. 319.

146 CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume Uni*, n° 28957/95.



appuyée notamment sur l'article 9 de la Charte, qui consacre le droit au mariage mais - contrairement à la Convention - sans le réserver à des personnes de sexe différent. Elle s'est appuyée sur cette disposition pour renverser sa jurisprudence traditionnelle et conclure que désormais, le refus de reconnaître un tel changement de sexe était une violation du droit des transsexuels au respect de leur vie privée, protégé par l'article 8 de la Convention.

C'est dire que la Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais eu « peur » de la Charte, que dès les origines, elle n'a pas hésité à l'accepter comme une source importante d'inspiration dans l'interprétation de la Convention, au même titre d'ailleurs que d'autres parties du droit de l'Union européenne, en particulier la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Aujourd'hui, on ne compte plus les exemples d'arrêts, souvent d'ailleurs des arrêts de Grande Chambre, qui font mention de la Charte à l'appui de telle ou telle partie du raisonnement.

En voici trois exemples :

- Premier exemple , l'affaire *Scoppola c. Italie*¹⁴⁷: la Cour s'appuie notamment sur l'article 49-1 de la Charte pour considérer que désormais, il faut lire l'article 7 de la Convention, qui interdit la rétroactivité des lois pénales, comme imposant également au juge pénal d'appliquer une loi pénale plus douce, quand celle-ci est entrée en vigueur après la commission de l'infraction mais avant le prononcé du jugement.

- Autre exemple, l'affaire *Eskelinen c. Finlande*¹⁴⁸ où la Cour a étendu le champ d'application du droit à un procès équitable à une part importante du contentieux de la fonction publique. Ici aussi, la Cour se réfère à la Charte, en l'occurrence à son article 47-2, et même aux explications relatives à la Charte qui relèvent que l'article 47-2 « *ne se limite pas aux droits et obligations de caractère civil ou aux affaires pénales au sens de l'article 6 de la Convention.* ». La Cour de Strasbourg y a vu un argument pour étendre autant que faire se peut le champ d'application de l'article 6 à la fonction publique.

- Dernier exemple, l'affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse*¹⁴⁹ qui concernait un cas d'enlèvement international d'enfant et mettait en cause notamment l'application faite par les juridictions suisses de la Convention de La Haye de 1980¹⁵⁰ régissant cette matière. Dans son arrêt, la Cour a pris appui notamment sur une disposition de la Charte qui n'a pas d'équivalent dans la Convention, à savoir l'article 24 consacré aux droits de l'enfant, lequel prévoit entre autres que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans ce genre de litiges.

Bref, on le voit, depuis ses origines, la Charte constitue une source d'inspiration importante pour la Cour européenne des droits de l'homme. Elle n'est pas la seule source extra-conventionnelle, bien entendu, mais elle est une source qui gagne en importance, comme en atteste la fréquence des références à la Charte dans la jurisprudence strasbourgeoise. On peut d'ailleurs dire la même chose du droit de l'Union européenne en général et de la jurisprudence de la Cour de justice en

147 CEDH, Gr. ch., 17 septembre 2009, *Scoppola c. Italie*, n° 10249/03.

148 CEDH, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, n° 63235/00.

149 CEDH, Gr. ch., 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n° 41615/07.

150 Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, conclue le 25 octobre 1980 à La Haye.



particulier. La Cour n'a pas attendu la Charte pour s'en inspirer ou s'y référer. Voilà donc pour la description de la situation.

Il faut dès lors se demander ce qui fait l'attrait de la Charte pour la Cour européenne des droits de l'homme. Je dirais qu'elle est intéressante surtout là où elle ne dit pas la même chose que la Convention. Vous savez sans doute qu'une grande partie des droits consacrés par la Convention ont été repris dans la Charte et qu'à ce titre, ils disent souvent la même chose, quoique d'une façon différente. J'y reviendrai dans un instant. Mais parmi ces droits repris de la Convention, il y en a certains où la Charte a choisi d'offrir une protection supérieure. C'est le cas par exemple du droit au mariage ou du droit à un procès équitable. C'est là surtout qu'elle est inspirante quand il s'agit pour la Cour européenne des droits de l'homme d'interpréter la Convention.

Mais l'inverse est vrai aussi. On ne compte plus, non plus, les références à la Convention et à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, dans des domaines aussi variés que le procès équitable, le droit des étrangers, la protection des données ou encore le droit de propriété, pour ne citer que les plus connus.

On constate donc, en définitive, un phénomène de rapprochement, voire même d'harmonisation « naturelle » entre le droit de l'Union et la Convention, phénomène que vient renforcer la Charte, dans la mesure où elle reprend une bonne partie de la Convention, où elle en fait le minimum obligatoire dans le droit de l'Union, et où en même temps, elle autorise des dépassements par rapport à la Convention.

Tout cela favorise donc une certaine symbiose entre le droit de l'Union et la Convention. Faut-il s'en étonner ? Pas vraiment. Il ne saurait guère en être autrement dans le cas de deux ordres juridiques qui, en partie, se superposent et s'enchevêtrent. Il faut savoir, en effet, que le droit de l'Union ou la Charte ne chassent pas la Convention, pas plus qu'ils ne chassent le droit national des États membres ou la Constitution de ceux-ci. Ils s'y ajoutent, selon des modalités variables selon qu'il s'agit de la Convention ou du droit national, certes, mais ils s'y ajoutent quand même. On se retrouve donc en Europe avec plusieurs ordres juridiques qui coexistent et qui sont appelés à le faire de la façon la plus harmonieuse possible.

Cette situation est-elle appelée à évoluer sous l'effet de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et de la Charte ? Je crois que oui, dans le sens d'une intensification de ces références croisées, et ce pour plusieurs raisons.

D'abord, les compétences de la Cour de justice de l'Union européenne ont été considérablement étendues par le Traité de Lisbonne, y compris dans des domaines sensibles du point de vue des droits fondamentaux. Là où, par exemple, dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne était optionnelle, elle est maintenant de droit. En d'autres termes, le nombre de domaines qui ont vocation, par nature, à faire l'objet d'une application des droits fondamentaux – et donc de la Charte – et qui en même temps sont soumis à la juridiction de la Cour de justice de l'Union européenne, ce nombre s'est accru. La Charte sera donc plus souvent invoquée, elle aussi. La Cour de justice de l'Union européenne devra donc l'appliquer plus souvent et plus largement.



Or, même juridiquement contraignante, la Charte n'est pas entièrement autonome et c'est là un deuxième facteur d'intensification des rapports entre la Charte et la Convention. En effet, pour la détermination de son contenu exact, la Charte renvoie souvent à d'autres sources juridiques, en l'occurrence le droit national des États membres ou encore la Convention. Au total, on dénombre une bonne vingtaine de renvois de ce genre.

S'agissant des renvois à la Convention, la règle se trouve à l'article 52-3 de la Charte qui dit, en substance, que sans préjudice du droit, pour l'Union européenne, d'offrir une protection supérieure, le sens et la portée des droits repris de la Convention se trouvent déterminés par celle-ci, telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme. En d'autres termes, la Convention constitue le niveau minimum de protection en dessous duquel on ne descend pas dans l'application de la Charte.

Cela veut dire que pour l'application correcte de tous ces droits inscrits à la Charte mais issus de la Convention, il faudra consulter la jurisprudence de Strasbourg sur le droit en question. Si, par exemple, comme juge national, je m'interroge au sujet des garanties procédurales à appliquer à une procédure relevant du droit de l'Union et soumise dès lors à l'article 47-2 de la Charte, je vais devoir, sous peine d'enfreindre à la fois la Charte et la Convention, intégrer également dans mon application de l'article 47-2 de la Charte le dernier état de la jurisprudence strasbourgeoise sur la question, concernant par exemple les garanties que doit présenter ce genre de procédures. A moins, bien sûr, de confier cet exercice à la Cour de justice de l'Union européenne en la consultant à titre préjudiciel¹⁵¹, ce qui lui permettra même, le cas échéant, de fixer un standard de protection plus élevé que celui de la Convention.

Or, il faut bien reconnaître que le noyau dur de la Charte, c'est-à-dire la plupart des droits justiciables sans réserve qu'elle contient et qui se trouvent dans les titres consacrés respectivement à la dignité, aux libertés, et à la justice, sont bel et bien issus de la Convention. Ce qui ne fait, en définitive, que resserrer les liens entre la Charte et la Convention, ce dont les jurisprudences luxembourgeoises et strasbourgeoises devraient porter les traces.

Certains ont pu dire, un peu à la façon de Louis Aragon, non pas que la femme est l'avenir de l'homme, mais que la Charte est l'avenir de la Convention. Pour ma part, et pour rester dans les métaphores conjugales, je dirais plutôt que la Convention et la Charte sont liées pour le meilleur et pour le pire. A nous de faire en sorte que ce soit pour le meilleur seulement. L'Europe le mérite.

Intervention de Jean-Claude Bonichot
*Président de la quatrième chambre
de la Cour de justice de l'Union européenne*

L'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux est évidemment un moment important, même s'il est tardif, de l'évolution de la Communauté européenne puis de l'Union européenne. A cet égard, il faut la lire en combinaison avec l'article 3 du Traité sur l'Union européenne qui définit les valeurs de l'Union

¹⁵¹ Comme dans CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*, C-279/09.



et montre que celle-ci est passée d'une Union essentiellement économique à une véritable Union politique porteuse de valeurs¹⁵².

Il faut toutefois prendre garde à ne pas se tromper sur sa portée et sur la manière dont elle vient s'insérer dans un ensemble existant qui a déjà une assez longue histoire.

De ce point de vue, je voudrais faire quatre remarques liminaires.

1. La Charte vient s'ajouter au droit primaire de l'Union. Elle offre évidemment des garanties supplémentaires mais elle ne modifie pas les dispositions matérielles des Traités, avec lesquelles elle doit se combiner.

2. Comme on le sait, la Convention européenne des droits de l'homme joue déjà un rôle important dans le droit de l'Union européenne. La Charte est toutefois un instrument plus jeune - plus à jour - et plus développé. C'est avant tout par rapport à la Charte que se situeront les juridictions de l'Union.

3. La Charte complète le « bloc de légalité » communautaire, formé des règles matérielles des Traités et des principes généraux du droit. Elle est donc un instrument de contrôle de la légalité des actes de l'Union européenne. Mais elle est aussi, d'ores et déjà, un instrument d'interprétation du droit de l'Union : tant le droit primaire que le droit dérivé doivent être interprétés dans un sens compatible avec la Charte.

4. Quatrième élément qui montre plus que les autres qu'il ne faut pas se méprendre sur la portée de la Charte. Elle prend place dans un contexte, dans un système, qui n'a que peu à voir avec celui du Conseil de l'Europe. En effet, les organes de la Convention européenne des droits de l'homme et en particulier la Cour européenne des droits de l'homme doivent appliquer des principes assez généraux qui sont issus d'une vingtaine d'articles de la Convention et de ses protocoles, alors que les institutions de l'Union européenne créent et appliquent une très abondante et souvent difficile législation qui compte des milliers de textes dans les domaines les plus divers. La Cour de justice de l'Union européenne ne peut donc en aucun cas exercer sa fonction seulement à partir de principes généraux. Aussi bien la Cour de justice n'est-elle pas une Cour des droits de l'homme. Elle est la juridiction constitutionnelle et administrative de l'Union européenne. Elle assure le contrôle de légalité des actes de l'Union. Dans le cadre de ce contrôle, elle est naturellement amenée à se prononcer sur le respect par ces actes des droits fondamentaux. La Cour a aussi, et peut-être surtout, pour mission d'assurer l'unité d'interprétation et donc d'application du droit de l'Union, unité qui est la condition même de l'existence de l'Union européenne.

Ces observations faites, comment les droits fondamentaux ont-ils été protégés jusqu'ici en l'absence dans les Traités de toute déclaration des droits? La Cour de justice a pallié cette lacune par sa jurisprudence. Cette jurisprudence a un contenu riche et elle inspire confiance. Pour la construire, la Cour a eu recours aux principes généraux du droit, comme l'a d'ailleurs fait le Conseil d'État. Elle s'est naturellement inspirée à cet effet des traditions constitutionnelles communes aux États membres et des

152 Article 3 du Traité sur l'Union européenne. V. *infra* p. 285.



traités de protection des droits de l'homme auxquels ceux-ci avaient adhérez. Dans ce cadre, elle a donné une « signification particulière » à la Convention européenne des droits de l'homme. Elle a suivi et appliqué la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'elle cite d'ailleurs souvent dans ses arrêts.

Cette jurisprudence a acquis ses lettres de noblesse. Elle est effectivement protectrice et elle inspire confiance.

D'abord elle est protectrice et même, à cet égard, audacieuse. On en a un exemple topique avec l'arrêt *Kadi* du 3 septembre 2008¹⁵³, dans lequel la Cour a fait pleinement respecter les droits de la défense dans les décisions de porter une personne ou une entité sur la liste de celles qui ont des liens avec des organisations terroristes.

Ensuite, elle inspire confiance puisque les cours supérieures des États membres n'hésitent pas à lui transférer la charge de vérifier le respect des droits fondamentaux. C'est ce qu'a fait la Cour constitutionnelle belge lorsqu'elle a renvoyé à la Cour de justice la question de la légalité au regard des droits fondamentaux des dispositions de la directive sur le blanchiment qui étendaient aux avocats les règles sur la lutte contre le blanchiment. C'est aussi ce qu'a fait le Conseil d'État français avec l'arrêt *Arcelor*¹⁵⁴ par lequel il a interrogé la Cour sur la légalité au regard du principe d'égalité de la directive sur les quotas de gaz à effet de serre. Actuellement, la Cour est encore saisie par la Cour constitutionnelle belge d'une question qui concerne l'égalité entre les hommes et les femmes à propos de la directive 2004/113 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'accès aux services pour ce qui concerne l'accès aux services d'assurances¹⁵⁵. Dans tous ces cas, les juridictions les plus élevées des États membres ont considéré que la protection assurée par la Cour au titre du droit de l'Union était satisfaisante. C'est d'ailleurs la même appréciation qui a justifié l'adoption par la Cour européenne des droits de l'homme de sa fameuse jurisprudence *Bosphorus*¹⁵⁶.

Fallait-il, dans un tel contexte, une Charte des droits fondamentaux propres à l'Union européenne? Je n'en doute pas un instant. D'abord parce qu'au degré de développement auquel est parvenue l'Union européenne et compte tenu de l'étendue, désormais, de ses domaines d'intervention, il était anormal qu'elle n'eût point de déclaration des droits. Ensuite, les compétences nouvelles qui sont les siennes - notamment en matière civile et pénale - le rendaient nécessaire. Enfin, il était bon qu'une réflexion d'ensemble aboutisse à l'affirmation claire et complète de ce que sont les valeurs de l'Union européenne. C'est fait avec la Charte et les articles 3 et 6 du Traité sur l'Union européenne.

Maintenant que la Charte existe, il faut s'interroger sur sa place dans l'ordre juridique de l'Union. Cela amène à étudier sa valeur, son contenu et les conditions de son application.

153 CJUE, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation c/ Conseil de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, C-402/05 P et C-415/05 P.

154 CE, Sect., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110.

155 CJUE, 1^{er} mars 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier c/ Conseil des ministres*, C- 236/09.

156 CEDH, Gr. ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, n° 5036/98.



En ce qui concerne sa valeur juridique, trois points sont à noter.

- La Charte a valeur de droit primaire. Elle a « *la même valeur juridique que les traités* » (article 6- 1 du Traité sur l'Union européenne)¹⁵⁷.

- Son champ d'application est déterminé : elle s'applique à l'ensemble des pouvoirs publics de l'Union européenne et aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union¹⁵⁸.

- Elle ne modifie pas l'ordre des compétences dans l'Union européenne et ne peut donc pas par elle-même constituer une base juridique nouvelle.

En ce qui concerne son contenu, trois éléments sont aussi à relever.

- La Charte reprend à son compte la quasi-totalité des droits et libertés qui figurent dans la Convention européenne des droits de l'homme et dans ses différents protocoles : 19 des droits et libertés sont communs à la Charte et à la Convention ou à ses protocoles ; seuls cinq figurent dans les protocoles mais pas dans la Charte (ce qui concerne l'expulsion, le double degré de juridiction en matière pénale, l'indemnisation des erreurs judiciaires, la liberté des élections et l'interdiction de la prison pour dettes).

- La Charte dépasse toutefois largement la Convention en consacrant des droits qui n'y figurent pas. Ils sont au nombre de 31 : 12 sont liés à l'idée de solidarité, 8 à la citoyenneté européenne et 11 relatifs à d'autres sujets.

- Si on porte un regard d'ensemble, on peut dire qu'une grande partie des droits et libertés consacrés par la Charte relève effectivement de la catégorie des droits fondamentaux, mais qu'il n'en va pas ainsi de la totalité. Certains droits, comme ceux qui dérivent de la citoyenneté européenne, sont fondamentaux au sens du droit de l'Union seulement, mais sans doute pas au sens général du terme. D'autres sont sûrement des droits importants qu'il est utile de mettre en avant, mais ne peuvent être regardés réellement comme des droits fondamentaux comme le droit à une bonne administration (article 41 de la Charte¹⁵⁹).

La Charte comporte, en troisième lieu, de notables particularités pour ce qui est de son interprétation. En effet, tant dans son préambule que dans son article 52, elle fixe elle-même les règles selon lesquelles elle doit être interprétée.

Quatre éléments sont ici à noter.

- Le sens et la portée des droits qui figurent à la fois dans la Charte et dans la Convention européenne des droits de l'homme doivent être les mêmes.

- Les « explications » élaborées sous l'autorité du présidium de la Convention qui a élaboré la Charte et mises à jour par celui qui a élaboré le projet de Constitution pour l'Europe doivent être « dûment prises en considération ».

¹⁵⁷ V. *infra* p. 285.

¹⁵⁸ La Cour vient ainsi de juger qu'elle était manifestement incompétente pour se prononcer sur la compatibilité avec la Charte de la législation bulgare de l'urbanisme qui exclut tout recours contre les plans locaux d'urbanisme : CJUE, 12 novembre 2010, *Krasimir Asparuhov Estov*, C-339/10.

¹⁵⁹ V. *infra* p. 318.



- Les droits qui résultent des « traditions constitutionnelles communes aux États membres » doivent être interprétés « en harmonie » avec celles-ci. On fait ainsi en quelque sorte d'un vœu pieu le principe d'interprétation d'un mythe.
- Les limitations des droits reconnus doivent être justifiées soit par le besoin de protection des droits et libertés d'autrui, soit par des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union européenne.

Si on prend en considération cet ensemble de directives contradictoires et qu'on l'ajoute à la formule assez obscure du troisième paragraphe de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne¹⁶⁰, il est permis de se rallier à l'opinion du président Badinter¹⁶¹ selon laquelle « *on ne peut qu'afficher un certain scepticisme face à ce qu'il faut bien qualifier de précautions juridiquement inutiles : il reviendra en effet aux juridictions communautaires d'interpréter en dernier ressort les termes « interprétés en harmonie » et « dûment prises en considération », leur valeur juridique semblant inversement proportionnelle à leur valeur juridique* ». J'ajouterais seulement à ce constat que les « explications » sont elles-mêmes passablement contradictoires.

Les conditions d'application de la Charte sont évidemment très liées à sa portée juridique.

Pour ce qui est de son application proprement dite, c'est-à-dire de sa confrontation éventuelle à d'autres normes du droit de l'Union, il est certain qu'elle ne remet en cause ni la structure, ni les règles matérielles des traités. Elle est, par exemple, sans incidence sur l'organisation du contrôle juridictionnel dans l'Union et sur le système, considéré comme « complet » par la Cour de justice, des voies de recours.

De même, est-elle sans incidence sur les conditions mêmes d'exercice de leurs pouvoirs par les institutions, selon les traités, dans les différents domaines d'intervention de l'Union. Autre chose est, bien sûr, que l'existence de la Charte facilite la prise en compte de l'impératif de respect des droits fondamentaux dans l'oeuvre législative¹⁶² et dans le contrôle de la légalité des actes des institutions par la Cour de justice. Ainsi notamment de la politique étrangère et de sécurité commune qui a ses règles spéciales et se trouve expressément soustraite au contrôle de la juridiction de l'Union.

Elle ne modifie pas non plus la répartition des compétences entre l'Union européenne et ses États membres. Elle ne peut, par exemple, remettre en cause une règle comme celle de l'article 17 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne selon laquelle le statut des religions ou des organisations philosophiques ou non confessionnelles ne relève que des États.

160 Selon lequel « *Les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* ».

161 R. Badinter, *La Charte des droits fondamentaux à la lumière des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe*, Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Cohen-Jonathan, Bruylant, 2004, page 142.

162 L'habitude a d'ailleurs été prise par le législateur de l'Union de préciser dans le préambule des actes qu'il adopte que ceux-ci respectent les droits fondamentaux tels qu'ils résultent de la Charte.



Il est aussi important de noter que la Charte ne peut en aucun cas se substituer à la législation de l'Union, que celle-ci existe dans un domaine donné ou qu'il n'y en ait pas encore. C'est avant tout en appliquant la législation de l'Union que les juridictions de l'Union européenne exercent leur fonction et non en appliquant des principes généraux. En particulier, la Charte est, sous réserve de ce qui a été dit ci-dessus sans effet sur l'adoption des législations destinées à faire progresser les libertés communautaires et notamment sur les stipulations qui prévoient dans tel ou tel domaine un développement progressif.

En revanche, la Charte est désormais la référence pour ce qui est de l'interprétation du droit de l'Union. Elle a d'ailleurs joué ce rôle dès avant son entrée en vigueur.

On peut prendre comme exemples deux arrêts récents de la Cour de justice dans lesquels celle-ci a interprété la directive 2003/86 CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial et le règlement 2201/2003 du 27 novembre 2003¹⁶³, à la lueur du droit au respect de la vie privée et familiale¹⁶⁴. Dans le second de ces arrêts, la Cour de justice fait d'ailleurs application de la règle selon laquelle lorsque la Charte contient des droits qui correspondent à ceux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, il faut leur donner la portée qu'ils ont dans ce dernier instrument, ce qu'elle vérifie en se fondant sur un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme rendu dans une affaire comparable.

Intervention de Mattias Guyomar
Maître des requêtes au Conseil d'État

L'idée de catalogue des droits ne doit pas nous effrayer. On a l'habitude d'avoir des catalogues, à cette différence près que nous étions autrefois les auteurs du catalogue, créant et appliquant le principe à la fois. Aujourd'hui l'espace juridique doit être partagé, nous y sommes habitués sans pour autant éprouver de sentiment de dépossession.

Ce qui doit guider le juge national, et qui guide, d'après le témoignage des jurisprudences, tous les juges européens, c'est l'élévation constante du niveau des droits protégés. De ce point de vue-là, il ne saurait jamais y avoir trop de normes, ou trop de droit. L'existence de doublons n'est pas à déplorer, et le fait que certains droits se complètent ne peut être que bénéfique. Si en revanche certains droits se contredisent, il convient de résoudre le conflit de normes, c'est là aussi l'office du juge.

Aussi, je suis assez optimiste car l'horizon normatif européen est un permanent enrichissement et, d'un point de vue purement intellectuel ou juridique, nous avons là une matière féconde propice à nourrir des décennies de jurisprudence.

Plus fondamentalement, on doit noter que la pluralité des sources peut parfois ne poser en réalité aucune difficulté car tout dépend, du point de vue du juge, de ce que son justiciable va invoquer. Il convient donc d'adopter une vision plus

¹⁶³ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000.

¹⁶⁴ CJUE, 4 mars 2010, *Rhimou Chakroun*, C-578/08 ; CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB*, C-410-10 PPU.



relative du choc des droits. Il pourrait parfois y avoir d'importantes questions d'articulations des réseaux de normes entre elles, qui ne seront pas soulevées parce que la requête ne la pose pas. Ainsi ce qui, en pure théorie, pourrait soulever des problèmes, n'en posera peut-être jamais devant un prétoire.

Si toutefois une telle difficulté se présente, il convient alors d'élaborer des solutions en enrichissant notre arsenal juridique, et nous disposons justement d'un nombre toujours plus grand d'outils en vue d'organiser une cohérence *ex post* dans l'hypothèse où elle n'aurait pas été réalisée *a priori*. Et je pense justement que le droit précède les décisions des juges tout en étant enrichi d'une certaine manière par la jurisprudence.

Intervention de Bruno Genevois

*Ancien président de la section du contentieux
du Conseil d'État*

Je rappelle ce qu'avait dit l'actuel vice-président du Conseil d'État lors d'un colloque sur l'impuissance publique en 1999¹⁶⁵. Il avait indiqué que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les conditions de détention d'un étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement était plus compréhensive que ne l'était la jurisprudence du Conseil constitutionnel et que, pour l'administration active et le législateur, il convenait de s'aligner sur la norme la plus exigeante. Cela crée certes plus de garanties mais aussi plus de contraintes en obligeant, face à certains problèmes, à être tributaire de la jurisprudence qui sera au bout du compte la plus protectrice.

Après ce premier débat, venons-en à présent *aux mécanismes du contrôle* sur lesquels je donnerai en premier lieu la parole à Jean-Claude Bonichot. En particulier, que peut-on attendre de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme ? Il s'agit d'un moyen d'ajuster les jurisprudences en donnant en quelque sorte le dernier mot à la Cour européenne. Cependant, cette perspective ne suscite-elle pas quelques préoccupations ou interrogations ? Au président Bonichot de nous dire ce qu'il en est. On demandera ensuite à Mme le professeur Dutheil de la Rochère d'évoquer les principaux points de négociation sous un angle juridique plus technique et davantage doctrinal. Puis, avant d'écouter la réaction de Mattias Guyomar, nous laisserons le soin à Johan Callewaert de nous présenter des cas concrets qui peut-être compliqueront cette analyse déjà passablement complexe.

Intervention de Jean-Claude Bonichot

*Président de la quatrième chambre
de la Cour de justice de l'Union européenne*

On peut se demander ce qu'il en est, dans ce contexte, de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme qui est prévue, comme on sait, par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne ?

Vieille affaire, l'adhésion de l'Union est typiquement ce genre de question fondamentale sur laquelle on peut avoir pour d'aussi bonnes raisons des opinions

165 J.-M. Sauvé, *État de droit et efficacité*, AJDA, 1999, numéro spécial, 20 juillet-20 août, p. 119-128.



divergentes. Je pense pour ma part qu'il appartenait aux États membres de prendre ici leurs responsabilités. Ils l'ont fait en prévoyant le principe de l'adhésion de l'Union, sachant que du côté du Conseil de l'Europe, le Protocole 14, maintenant entré en vigueur, a modifié la Convention pour permettre l'adhésion de l'Union européenne. Il faut en prendre acte.

Toutefois, cette adhésion est, comme l'avait dit la Cour de justice dans son avis 1/94, une question constitutionnelle. Elle l'est parce qu'elle peut avoir un impact sur l'organisation et le fonctionnement même de l'Union européenne. A cet égard, l'adhésion de l'Union n'est nullement comparable à celle d'un État pour cette simple raison que l'Union est une agrégation d'États. De même, la situation de la Cour de justice de l'Union européenne dans ses rapports avec les organes de contrôle de la Convention n'est en rien comparable à celle des juridictions nationales même supérieures ou constitutionnelles, pour la simple raison que la Cour de justice est déjà une juridiction internationale et que ses fonctions sont différentes de celles de n'importe quelle juridiction nationale. Ces particularités qu'il serait aussi vain que téméraire de nier ont été bien vues par les auteurs du Traité de Lisbonne.

S'ils ont prévu l'adhésion, c'est selon une procédure spéciale et à des conditions précises. Il en résulte ainsi qu'il est inexact de dire que l'article 6 du Traité sur l'Union européenne « *oblige* » l'Union à adhérer même si, de toute évidence, c'est le but politique que se sont fixé les États membres.

D'abord, l'adhésion devra se faire par un accord d'adhésion, c'est-à-dire un accord international. Il ne s'agit pas d'une adhésion unilatérale. La conclusion de cet accord du côté de l'Union européenne est soumis à des règles spéciales fixées à l'article 218 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : unanimité au Conseil, approbation par le Parlement européen et approbation par les États membres selon leurs règles constitutionnelles respectives.

En second lieu, des conditions précises sont fixées dans le protocole n° 8 au Traité de Lisbonne.

Ces conditions correspondent à un certain nombre d'impératifs politiques et techniques qui doivent être pris en considération. Ces impératifs doivent être correctement identifiés, les questions posées, des solutions claires apportées, afin que les rapports entre les deux systèmes soient organisés. Autrement et simplement dit : l'accord doit comporter, sur quelques sujets essentiels pour le bon fonctionnement de l'Union, des règles expresses et aussi claires que possible.

Le protocole additionnel n°8 à la Convention comporte à cet égard quelques orientations qui doivent être précisées. Il dit qu'il faut « *préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union* » (la déclaration n° 2 annexée au Traité de Lisbonne dit pour sa part que l'adhésion « *devrait s'effectuer selon des modalités permettant de préserver les spécificités de l'ordre juridique de l'Union* »). Il cite de ce point de vue, d'une part, les « *modalités particulières de l'éventuelle participation* » de l'Union aux instances de contrôle de la Convention, d'autre part, les mécanismes permettant d'assurer que les recours soient correctement dirigés contre les États ou contre l'Union.



Le protocole impose aussi de ne pas toucher aux compétences de l'Union ni aux « attributions de ses institutions », de ne pas affecter la position particulière de tel État par rapport à la Convention et de ne pas remettre en cause la règle selon laquelle les différends entre États membres doivent être réglés selon les procédures prévues par les Traités.

Sans du tout prétendre à l'exhaustivité, on peut assez facilement donner quelques exemples des questions qui devraient être résolues.

- D'abord le statut du droit primaire lui-même. Ainsi, faudrait-il s'interroger sur les dispositions relatives à la politique étrangère et de sécurité commune qui soustraient ce domaine à tout contrôle juridictionnel du juge de l'Union¹⁶⁶. Il serait en effet assez paradoxal que les instances de la Convention européenne des droits de l'homme aient une juridiction dans un domaine qui échappe presque complètement¹⁶⁷ et volontairement à la Cour de justice de l'Union. De même faudra-t-il se demander si l'interprétation du droit primaire donnée par son interprète naturel pourra, et dans quelles conditions, être remise en cause.

- Ensuite, les règles selon lesquelles sera assurée la subsidiarité du contrôle des organes de Strasbourg, principe cardinal de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette question se pose, d'une part, par rapport au système de voies de recours propre à l'Union, justifié par son caractère décentralisé, d'autre part, en ce qui concerne l'organisation de la coopération entre les juridictions nationales et la Cour de justice par le mécanisme du renvoi préjudiciel. Dans l'un comme dans l'autre cas, il est évidemment impératif de faire en sorte que les deux Cours ne soient pas saisies simultanément de la même question. Si l'on veut faire de la question préjudicielle un des éléments de l'épuisement des voies de recours internes, ne pas oublier, d'une part, qu'il s'agit, comme la Cour de justice le dit depuis 50 ans, d'une « dialogue de juge à juge » dans lequel les parties ne décident pas, d'autre part, que, pour différentes raisons, un juge national peut légitimement ne pas procéder à un renvoi. Pour ne mentionner que cette seule question, il pourrait donc parfaitement arriver qu'un litige soit porté devant la Cour européenne des droits de l'homme sans que la Cour de justice ait pu prendre position. D'où les propositions faites, notamment par le juge Timmermans, de prévoir un mécanisme de revendication d'une telle affaire devant la Cour de justice, mécanisme qui pourrait être dans les mains de la Commission, mais aussi, pourquoi pas, des États membres ou des parties elles-mêmes. Il en va du simple bon sens mais aussi de la préservation, exigée par le protocole n° 8, de la fonction de la Cour de justice de l'Union européenne.

- En troisième lieu, doivent être résolues les questions de savoir comment seront défendues devant la Cour européenne des droits de l'homme les affaires qui mettent en cause le droit de l'Union, celle de la participation de l'Union dans les instances de contrôle de la Convention et notamment la question de la nomination d'un juge de l'Union à la Cour de Strasbourg.

- On peut aussi légitimement se demander ce qu'il faudrait faire dans le cas de conflit persistant de jurisprudences entre les deux Cours.

166 Article 24 TUE. V. *infra* p. 286.

167 A l'exception de mesures restrictives prises dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (article 275 TFUE). V. *infra* p. 286.



Certes, il est de bon ton de se féliciter des bons rapports qui existent entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme. Au demeurant, la Déclaration dont j'ai parlé plus haut « *constate l'existence d'un dialogue régulier* » entre les deux Cours, dialogue qui existe effectivement et prend notamment la forme de rencontres régulières, soit à Luxembourg, soit à Strasbourg. Mais les fonctions dépassent les hommes et ce ne sont pas les bonnes volontés qui sont ici en cause, mais des ordres juridiques différents avec leurs logiques propres qui ne sont pas les mêmes. Les plus grands auteurs ont dit depuis longtemps que lorsqu'on veut faire cohabiter des systèmes juridiques il faut organiser leurs rapports¹⁶⁸. Et n'oublions pas ce jugement de Bertrand de Jouvenel, plus que jamais d'actualité : que « *tout doit toujours pouvoir être remis en cause, c'est probablement l'erreur capitale de notre époque* » et que « *le droit mouvant est le jouet et l'instrument des passions* »¹⁶⁹.

Intervention de Jacqueline Dutheil de la Rochère
Professeure émérite à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Avec le traité de Lisbonne, la Charte acquiert valeur de droit primaire. Le statut de la Convention européenne des droits de l'homme, en droit de l'Union se trouve également modifié : la Convention a été utilisée dans la Charte comme instrument de référence et comme standard minimum ; désormais, le principe de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention est acquis (article 6-2 du Traité sur l'Union européenne). Enfin, la Convention devrait demeurer une source d'inspiration pour les juges de l'Union ayant à formuler des principes généraux du droit (article 6-3 du Traité sur l'Union européenne). Une nouvelle articulation entre niveaux de droit est proposée, entre lesquels il appartiendra aux juges de trouver leur voie.

S'agissant de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention qui doit avoir lieu¹⁷⁰, elle doit être acceptée à l'unanimité¹⁷¹ et ratifiée par tous les États membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe selon leurs procédures constitutionnelles respectives. L'entrée en vigueur le 1^{er} juin 2010 du protocole additionnel n° 14 à la Convention (article 17) rend possible l'adhésion à la Convention de l'Union européenne, organisation internationale non membre du Conseil de l'Europe. La question essentielle est celle du contrôle.

Sur le plan de la substance, l'adoption de la Charte a préparé le terrain. Le long processus d'élaboration et de mise en œuvre progressive a mis en évidence la complémentarité, le faible risque de contradiction de jurisprudence en raison de l'esprit de dialogue des juges concernés, l'apport que chaque système pouvait

168 Ce que dit à ce sujet Hans Kelsen dans son cours de l'Académie de droit international de La Haye : s'il est « *impossible d'admettre à la fois la validité, la force obligatoire de deux ordres qui ont une source différente* » et si cela est d'ailleurs ingérable politiquement, il faut poser une règle soit de coordination, soit de subordination : *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1926, tome 14, page 269-270.

169 *Du Pouvoir*, Hachette, Coll. Pluriel, 1998, pages 510-511.

170 Cf. indicatif présent utilisé à l'article 6-2 du Traité sur l'Union européenne, sinon procédure de carence encourue par les institutions de l'Union ; les démarches dans cette voie ont d'ores et déjà été entreprises. V. *infra* p. 286.

171 En vertu de l'article 218.6 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. V. *infra* p. 286.



constituer pour l'autre. Reste la mise en place d'un contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme qui respecte l'autonomie de l'Union européenne, du droit de l'Union européenne, mais qui garantisse cependant ce contrôle externe qui est la marque du système de contrôle des droits de l'homme par la Cour de Strasbourg. La question est en discussion : des réflexions ont eu lieu à la Cour et au Parlement européen. Le mandat de négociation donné par le Conseil à la Commission a été examiné lors du Conseil européen de juin 2010. La complexité des aspects procéduraux est grande. On se limitera à quelques observations portant plutôt sur la substance, qui ont retenu l'attention de la doctrine.

A- Quel corps de règles concerné par le contrôle ?

Du point de vue du droit de l'Union européenne, quel sort réserver au droit de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) ? L'article 275 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne exclut expressément les activités menées au titre de la politique étrangère et de sécurité commune du contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne, à l'exception des mesures restrictives à l'égard des particuliers. Or, en cas d'adhésion à la Convention, c'est tout le droit de l'Union européenne qui serait concerné par le contrôle externe, ce qui aurait pour effet d'étendre le champ du contrôle juridictionnel des droits fondamentaux. Même observation pour les exceptions à la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (article 276).

Du point de vue du droit de la Convention, la question se pose de l'adhésion ou non aux divers protocoles à la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷² dont on sait que seuls les protocoles 1 et 6 ont été ratifiés par tous les États membres de l'Union européenne. Rien n'impose de limiter l'adhésion de l'Union européenne aux seuls protocoles qui ont été ratifiés par tous les États membres. L'Union européenne est une entité différente des États membres. Elle a son propre champ normatif et opérationnel. Les États membres ne seront concernés éventuellement qu'à l'occasion de la mise en œuvre du droit de l'Union. Le protocole additionnel n° 12 à la Convention sur la non discrimination coïncide avec des obligations qui existent au titre du droit de l'Union. On pourrait imaginer que l'Union européenne adhère à tous les protocoles qui se réfèrent à des droits prévus dans la Charte.

En revanche, le champ de compétence de l'Union européenne ne doit pas être considéré comme un facteur déterminant. Ce n'est pas parce que l'Union européenne n'a pas compétence pour légiférer sur la peine de mort que les institutions de l'Union pourraient accepter de s'engager dans des situations impliquant des atteintes au droit à la vie (ex. accord d'extradition vers un pays où existe la peine de mort). Le protocole additionnel n° 6 sur l'abolition de la peine de mort est cité dans les explications sous l'article 2 de la Charte portant sur le droit à la vie. C'est la question déjà évoquée du statut particulier de la reconnaissance de droits fondamentaux qui ont pour effet non pas de fonder des compétences, mais de limiter certains usages des compétences conférées.

172 N° 1, 4, 6, 7, 12 et 13. V. *infra* p. 298 et s.



B- La prise en compte des spécificités de l'Union

Le protocole n° 8 au Traité de Lisbonne, sur l'adhésion de l'Union à la Convention, indique expressément que l'accord d'adhésion de l'Union à la Convention doit « *préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union* ». On voit à cela plusieurs corollaires, certains seront évoqués sans souci d'exhaustivité.

Il convient d'éviter que la Cour européenne des droits de l'homme puisse être amenée à statuer sur la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres, du fait du choix d'un requérant individuel d'introduire son recours soit contre un État, soit contre l'Union européenne. Le mécanisme de répartition des compétences de l'Union est très complexe. Dans certains cas, le droit de l'Union, qui renvoie à la mise en œuvre par les États membres, laisse à ces derniers une marge d'appréciation et leur responsabilité au regard de la Convention peut être encourue. Dans d'autres cas, il n'en laisse pas et la responsabilité d'une incompatibilité avec la Convention revient à l'Union européenne. Il est envisagé de mettre en place un système de co-défendeurs qui permette au requérant individuel d'actionner l'Union et un État membre, en laissant à l'Union européenne elle-même le soin de désigner qui sera défendeur, avec intervention éventuelle de la Cour. Selon le professeur Jean-Paul Jacqué, il existe dans la Convention sur le droit de la mer (Annexe IX, article 6) une solution dont on pourrait s'inspirer¹⁷³.

Il convient également de préserver l'exclusivité du pouvoir d'interprétation du droit de l'Union par la Cour de justice de l'Union. La Cour avait rappelé cette exigence dans l'avis n°1/91 du 14 décembre 1991 sur l'Espace économique européen¹⁷⁴. C'est tout le problème de trouver un équivalent à l'épuisement des voies de recours interne dans un système comme celui de l'Union européenne où le juge national est le juge ordinaire des questions de droit de l'Union et où la Cour de justice de l'Union européenne intervient normalement par la voie du renvoi préjudiciel, si celui-ci a lieu. Il serait souhaitable que la Cour de Strasbourg ne soit saisie qu'après que la Cour de Luxembourg se soit prononcée. Plusieurs solutions pratiques sont envisagées, dont une possibilité de renvoi par la Cour de Strasbourg à la Cour de Luxembourg, à l'initiative de la Commission¹⁷⁵. Le risque d'allongement des procédures est effectivement très grand. D'autres estiment qu'il suffirait d'inciter les juridictions nationales de dernier ressort à appliquer plus rigoureusement l'obligation de renvoi à la Cour de Luxembourg lors qu'est en cause le respect de droits fondamentaux. Jean-Paul Jacqué suggère que les procédures habituelles soient maintenues et que le plaideur décide de lui-même d'aller ou non devant la Cour de Strasbourg après la décision de la Cour de Luxembourg. La demande de renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne peut être considérée comme une voie de recours à épuiser.

173 Audition organisée par la Commission des affaires constitutionnelles du Parlement européen, 18 mars 2010.

174 CJUE, avis n° 1-91 du 14 décembre 1991 concernant le projet d'accord sur la création de l'Espace économique européen.

175 Cf. Audition du juge Ch. Timmermans le 18 mars 2010 devant la Commission des affaires constitutionnelles du Parlement européen.



Devant la Cour de Strasbourg, le recours des États membres contre l'Union européenne devrait être exclu, pour tenir compte du fait que le litige pourrait devenir un litige entre États membres (pratique du co-défendeur) et qu'alors les exigences de l'article 344 ne seraient pas respectées, c'est-à-dire le monopole de la Cour de justice de l'Union européenne pour connaître de l'interprétation et de l'application des Traités. En revanche, rien ne s'oppose à ce que soient admis les possibles recours des États tiers contre l'Union européenne.

La question de la mise en œuvre par l'Union européenne des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme a été posée. Y a-t-il un risque pour l'autonomie du droit de l'Union ? A la différence de la Cour de Luxembourg, la Cour de Strasbourg n'a pas le pouvoir d'annuler des actes de droit de l'Union. Elle se contentera de constater une incompatibilité avec le droit de la Convention, laissant aux institutions de l'Union européenne le soin d'en tirer les conséquences, ce que l'Union européenne ne manquera pas de faire, seule ou solidairement avec le ou les États membres concernés, y compris sur le terrain de la réparation.

Enfin on peut s'interroger sur l'avenir des jurisprudences les plus emblématiques concernant la relation entre le droit de l'Union européenne et le droit de la Convention. Il n'y a aucune raison que la jurisprudence *Matthews*¹⁷⁶ ne subsiste pas car les États membres demeurent responsables d'éventuelles violations du droit de la Convention par le droit primaire. C'est une jurisprudence que la Cour de Strasbourg applique à toutes les organisations internationales. En revanche, le maintien de la jurisprudence *Bosphorus* est beaucoup plus discutable. A partir du moment où l'Union européenne en adhérant à la Convention se comporte comme un État qui accepte, outre le contrôle exercé par sa propre cour suprême, un contrôle juridictionnel extérieur, il n'y a pas de raison que le droit de l'Union européenne fasse l'objet de ménagements particuliers. Faudrait-il identiquement avoir ce genre de ménagements pour les États parties à la Convention européenne des droits de l'homme ayant une Charte des droits fondamentaux et un système sophistiqué de contrôle juridictionnel ?

On touche du doigt un des vrais problèmes de l'adhésion : jusqu'à quel point traiter l'Union européenne comme une partenaire étatique ?

Intervention de Johan Callewaert

*Greffier adjoint de la Grande Chambre
de la Cour européenne des droits de l'homme*

En préparant cette partie de mon intervention, je me suis demandé comment je pourrais aborder l'adhésion de façon originale. Tellement de choses ont déjà été dites sur le sujet. Tellement d'arguments ont déjà échangés pour ou contre l'adhésion.

Or ce débat-là est maintenant, en principe, clos depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne qui charge l'Union européenne d'adhérer à la Convention et fournit la base légale à cet effet. D'ailleurs, depuis l'été dernier, les négociations en vue de l'adhésion, qui réunissent autour d'une table la Commission européenne et une

176 CEDH, 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, n° 24833/94.



délégation d'États membres du Conseil de l'Europe, sont en cours. On ne discute donc plus aujourd'hui du *pourquoi* mais du *comment* de l'adhésion.

Je voudrais pourtant revenir un instant sur le pourquoi de l'adhésion et sur son utilité, non pas en ressassant des arguments que tout le monde connaît, mais en illustrant le propos à l'aide d'un cas très concret.

Je vais donc vous parler de l'affaire *M. S.S. c. Belgique et Grèce*¹⁷⁷ qui est actuellement pendante devant une Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme. Une audience dans cette affaire a eu lieu le 1^{er} septembre dernier.

De quoi s'agit-il ? Le requérant est un ressortissant afghan qui a fui son pays dans lequel il dit craindre des persécutions en raison du fait qu'il aurait coopéré avec les forces de l'OTAN en mission là-bas. Comme beaucoup de ses compatriotes en fuite, il est entré en Europe par la Grèce, où il a été détenu pendant une semaine mais sans qu'il y fasse une demande d'asile. A sa libération, il reçoit un ordre de quitter le territoire. Quelque temps après, il se retrouve en Belgique, où il introduit cette fois une demande d'asile.

Les autorités belges font alors application du règlement n° 343/2003, dit « *Règlement Dublin II* »¹⁷⁸, qui établit les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen des demandes d'asile. Parmi les nombreuses dispositions de ce règlement, deux s'avèrent particulièrement pertinentes pour notre cas :

- L'article 10-1 qui prévoit que quand un demandeur d'asile a franchi irrégulièrement la frontière d'un État membre en venant d'un État tiers, cet État membre est en principe responsable de l'examen de la demande d'asile.

- L'article 3-2 qui prévoit que par dérogation au principe, chaque État membre peut examiner une demande d'asile qui lui est présentée par un ressortissant d'un pays tiers, même si cet examen ne lui incombe pas en vertu des critères fixés dans le règlement. C'est la clause dite « de souveraineté ».

Dans notre affaire, la Belgique estime donc, par application de l'article 10-1, que la Grèce est compétente pour examiner la demande d'asile et décide de renvoyer de force le requérant vers ce pays.

En Grèce commence alors pour le requérant une période de plusieurs mois, qui se poursuit jusqu'à ce jour, pendant laquelle il est d'abord détenu dans des conditions épouvantables, puis laissé à la rue, abandonné à lui-même, sans hébergement, sans assistance, ni matérielle, ni sociale, ni médicale ; et surtout, sans que personne apparemment ne s'occupe de sa demande d'asile. Il n'est pas seul dans le cas. Ils sont des milliers de demandeurs d'asile à errer ainsi à Athènes dans l'attente de voir aboutir une procédure qui apparemment n'avance pas et au sujet de laquelle ils n'obtiennent aucun renseignement.

177 Audience du 1^{er} septembre 2010 disponible à : <http://www.echr.coe.int/> puis CEDH, Gr. ch., 21 janvier 2011, *M. S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09.

178 Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers.



A tel point que plusieurs autorités internationales, le Haut-commissaire des Nations unies pour les réfugiés et les apatrides en tête, ont appelé les États à ne plus renvoyer des demandeurs d'asile vers la Grèce en application du *Règlement Dublin II* et à faire application plutôt de la clause de souveraineté. Appel qui a d'ailleurs été suivi d'effets dans plusieurs États.

Voilà donc pour les faits. L'intéressé saisit alors la Cour européenne des droits de l'homme d'une requête dirigée à la fois contre la Grèce et la Belgique. S'agissant de la Grèce, il dénonce les mauvaises conditions de détention qu'il a subies, l'absence prolongée d'hébergement et de soins ainsi que des sérieuses défaillances au niveau des procédures de traitement des demandes d'asile. Il invoque les articles 3 et 13 de la Convention.

Mais, comme je le disais, sa requête est dirigée aussi contre la Belgique, à laquelle il reproche d'avoir appliqué automatiquement l'article 10-1 du *Règlement Dublin II* et refusé d'appliquer la clause de souveraineté, avec pour conséquence de l'avoir ainsi exposé, en Grèce, à un traitement incompatible avec la Convention.

A l'audience du 1^{er} septembre dernier, la Belgique, appuyée par deux tiers intervenants, les Pays-Bas et le Royaume-Uni, plaident le maintien du système de Dublin et la nécessité de ne pas mettre en cause la présomption sur laquelle il repose, présomption selon laquelle chaque État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile respectera toutes ses obligations européennes et internationales en la matière.

Au cœur de cette affaire, se trouvent donc le *Règlement Dublin II* et le mécanisme de répartition des compétences qu'il prévoit. Pourtant, l'Union européenne, auteur de ce règlement, ne participe pas à la procédure. Elle était aussi la grande absente à l'audience devant la Grande Chambre. Tout le monde parlait d'elle et de sa politique, mais il n'y avait personne pour la représenter. Ce n'était pourtant pas faute de l'y avoir invitée, comme tierce intervenante. La Commission européenne a bel et bien été invitée à ce titre mais a préféré s'abstenir.

C'est un premier domaine où l'adhésion pourrait entraîner un changement important. Dans un scénario post-adhésion, on peut imaginer que dans des cas de ce genre, les États membres défendeurs, voire même la Cour si c'est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, puissent faire en sorte que l'Union européenne participe, comme défenderesse ou co-défenderesse, à la procédure devant la Cour. C'est toute la différence qu'il y a entre un tiers intervenant et une partie contractante à la Convention : contrairement au tiers intervenant, une partie contractante peut se voir obligée de participer à la procédure.

Qu'est-ce que ça aurait changé, me demandez-vous ? Plusieurs choses. Tout d'abord, les représentants de l'Union européenne auraient pu expliquer les tenants et les aboutissants du *Règlement Dublin II*. Mais cela, me direz-vous, les États membres pouvaient le faire aussi. C'est vrai qu'ils l'ont fait. Mais il y a quand même une différence de point de vue. Dans notre affaire, les États membres concernés ont plaidé la présomption de compatibilité à la base du règlement. Ils ont présenté les choses comme s'ils étaient *tenus* par le droit européen d'agir comme ils l'ont fait. Or, il aurait été intéressant d'entendre aussi de la bouche d'un



représentant du « législateur » européen si, dans son optique, il en va bien ainsi. Si, en d'autres termes, les États membres en question ont eu raison d'interpréter *Dublin II* comme ils l'ont fait et si, devant des faits aussi alarmants, ils n'auraient pas dû faire application de la clause de souveraineté.

Ceci nous amène au deuxième niveau où l'adhésion pourrait apporter des changements utiles. Imaginons un instant, comme hypothèse de travail, que la Cour constate une violation de la Convention contre la Belgique au titre de son renvoi automatique du requérant vers la Grèce. Dans ce cas, la question se poserait de savoir où exactement se situe la source de la violation: au niveau belge ou au niveau européen ? Dans le refus par la Belgique d'appliquer la clause de souveraineté ou dans l'instauration par le législateur européen du régime de Dublin et des charges qu'il impose aux États limitrophes ? En d'autres termes, suffirait-il, pour se conformer à l'arrêt, que dans des cas de ce genre, les États membres appliquent systématiquement la clause de souveraineté, qui est conçue comme une exception, ou est-ce la philosophie du règlement Dublin II qu'il faudrait revoir ?

Ce n'est pas la Cour de Strasbourg qui, toujours dans l'hypothèse – non vérifiée – d'une violation de la Convention, répondrait à la question. Elle aurait à se limiter au cas d'espèce, sans indiquer les remèdes à utiliser, par respect pour le principe de subsidiarité.

Néanmoins, si on devait en venir à considérer que l'arrêt – par hypothèse un arrêt de violation – était à exécuter au niveau européen *aussi*, on se retrouverait, en l'absence d'adhésion de l'Union à la Convention, dans une situation où le véritable défendeur, le législateur européen, ne serait pas juridiquement lié par un arrêt qu'il devrait néanmoins exécuter, ce qui serait contraire non seulement à toute la philosophie de la Convention mais aussi à un principe juridique aussi élémentaire et fondamental que l'autorité de la chose jugée.

Il me semble donc pouvoir conclure que, pour les raisons que je viens d'indiquer, l'adhésion se justifie non seulement d'un point de vue théorique, mais encore plus d'un point de vue pratique.

Intervention de Mattias Guyomar
Maître des requêtes au Conseil d'État

J'aborderai à présent la question du contrôle que le juge national doit exercer, avec pour horizon normatif le droit de l'Union européenne et le droit de la Convention. Le conflit de normes a été évoqué précédemment car il est bien évidemment, dans un tel horizon, l'élément le plus problématique, d'autant plus problématique qu'il n'existe pas de véritable hiérarchie des normes dans notre espace juridique.

Je traiterai d'une situation antérieure à l'adhésion de l'Union à la Convention mais si certaines choses pourront être éventuellement précisées concernant les perspectives d'adhésion.

Dans cette tâche qu'il peut incomber au juge national d'exercer, il y a le devoir d'assurer une cohérence entre notre droit national et les droits européens. Le dialogue des juges est justement efficace afin de permettre cette mise en ordre. Dans la mesure



où le dialogue est institutionnalisé, il s'agit d'un dialogue des juridictions, et dans la mesure où il est plus informel, c'est un dialogue des jurisprudences.

De ce point de vue, le juge national est placé dans des situations différentes vis-à-vis des deux ordres européens. Nous avons avec la Cour de justice de l'Union européenne le mécanisme de renvoi préjudiciel qui instaure une coopération institutionnalisée tout à fait bien établie entre notre juridiction et la Cour de justice. Le système conventionnel repose en revanche sur une autre logique qui est celle de la subsidiarité et qui explique que nous devons d'une certaine manière, sans possibilité de renvoi, nous faire, nous juges nationaux, les entiers gardiens des droits protégés par la Convention. Ce souci de mise en ordre anime aujourd'hui la jurisprudence du Conseil d'État. Je crois qu'il est possible, sur les dernières années écoulées, de repérer deux mouvements successifs dans notre jurisprudence.

Le premier est un mouvement d'appropriation croissante des sources européennes de la légalité administrative, qui a fait progressivement du juge national un juge du droit européen. Le second mouvement est celui d'une articulation dynamique des réseaux de normes en Europe qui a fini par faire du juge national le juge européen du droit. Ces deux mouvements combinés me semblent conférer enfin son plein effet au principe du monisme juridique.

Commençons d'abord par celui qui a fait du juge national (le juge administratif sera également plus spécifiquement abordé) le juge du droit européen. Il y a dans notre jurisprudence une séquence qui témoigne de cette appropriation croissante du droit européen, et que l'on pourrait borner par l'arrêt *Nicolo* de 1989¹⁷⁹ puis récemment, mais sans la clôturer, par l'arrêt *Gardedieu* de 2007¹⁸⁰ qui instaure le plein contrôle de conventionnalité de la loi et qui reconnaît la possibilité d'engager la responsabilité de l'État à raison d'une loi inconstitutionnelle.

Dans l'orbite de la Convention européenne, il existe deux manières pour notre jurisprudence de s'affirmer « eurocompatible ».

La première est celle qui résultait de certains grincements, et du ralliement, parfois trop tardif, du Conseil d'État à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg après des condamnations de la France. On pourra citer l'arrêt *Maubleu* du Conseil d'État du 14 février 1996¹⁸¹ relatif aux procédures devant les juridictions ordinaires, ou, concernant des droits de fond, la jurisprudence *Association Ekin*¹⁸² ou *Mme Vignon*¹⁸³ s'agissant du droit de propriété et de la loi Verdeille¹⁸⁴.

On assiste là à un mouvement contraint dans un rapport de forces entre juridictions, que l'on n'évoque pas toujours explicitement, car il n'est pas raisonnable qu'une juridiction nationale suprême expose durablement l'État à des condamnations répétées à Strasbourg.

179 CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.

180 CE, Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522.

181 CE, Ass., 14 février 1996, *Maubleu*, n° 132369.

182 CE, Sect., 9 juillet 1997, *Association Ekin*, n° 151064.

183 CE, 27 octobre 2000, *Mme Vignon*, n° 172639.

184 Loi n°64-696 du 10 juillet 1964 dite Verdeille relative à l'élaboration des associations communales et intercommunales de chasse agréées.



Beaucoup plus intéressant à mon sens est l'autre mouvement d'alignement (on parlait justement d'harmonisation spontanée) de la juridiction administrative avant toute condamnation. Et cela donne bien évidemment au principe de subsidiarité toute sa portée. Le juge national est le premier juge de la Convention européenne en ce qu'il applique de manière spontanée la jurisprudence de la Cour, en la précédant parfois puisque la logique de l'épuisement des voies de recours internes place le juge national devant des questions inédites qu'il revient de trancher.

Quelques exemples avec l'arrêt d'Assemblée *Ministère de la Défense c/ M. Préaud* du 11 juillet 2001¹⁸⁵ sur les lois de validation et l'article 1^{er} du protocole additionnel n°1, l'arrêt *M. P. et autres* du 27 octobre 2006 sur l'application des droits de la défense¹⁸⁶ à des procédures administratives devant l'Autorité des marchés financiers ou encore l'arrêt *Remli* du 30 juillet 2003¹⁸⁷ s'agissant de la justiciabilité des mesures pénitentiaires qui précède la condamnation de la France dans l'arrêt *Ramirez Sanchez c. France* du 27 janvier 2005¹⁸⁸. On a là une jurisprudence où se dessine une convergence spontanée qui fait en sorte que, s'agissant des droits de fond comme des droits de procédures, le juge national remplit son rôle de premier juge de la Convention.

On peut relever le même mouvement d'appropriation croissante s'agissant du droit de l'Union européenne où nous avons connu depuis quelques années une révolution des rapports du juge national au droit européen. Nous appliquons aujourd'hui sans aucune difficulté les jurisprudences *Cilfit* de 1982¹⁸⁹ et *Foto-Frost* de 1987¹⁹⁰ dans les relations que nous avons avec la Cour de justice. J'ai même conclu, et j'ai été heureux que le Conseil d'État suive mes préconisations, au renvoi préjudiciel d'une question en interprétation d'une directive qui n'était pas encore transposée et pour laquelle le délai de transposition n'était pas encore expiré, ce qui me semble être dans la logique du système de coopération entre nos deux juridictions. Pour donner quelques illustrations de ce mouvement, on citera l'arrêt *De Groot en Slot* du janvier 2006¹⁹¹ qui suit, 21 ans après, les préconisations du président Genevois dans l'affaire ONIC¹⁹² pour donner toute leur portée aux décisions prises sur renvoi par la Cour de justice. Je citerai encore l'arrêt *Gestas* de 2008¹⁹³ qui illustre la pleine réception de la jurisprudence *Köbler* de la Cour de Luxembourg¹⁹⁴, et l'arrêt *Perreux* du 30 octobre 2009¹⁹⁵ qui consacre, outre l'effet direct des directives, cette formule figurant noir sur blanc dans la décision : « *le juge national, juge de droit commun de l'application du droit communautaire* ».

Nous avons là toute une série d'illustrations qui nous montrent qu'aujourd'hui, de manière sereine et affirmée, le juge national est le juge du droit européen.

185 CE, Ass., 11 juillet 2001, *Ministère de la Défense c/ M. Préaud*, n° 219312.

186 CE, Sect., 27 octobre 2006, *M. P. et autres*, n° 276069.

187 CE, 30 juillet 2003, *Garde des Sceaux, Ministre de la justice c/ M. Remli*, n° 252712.

188 CEDH, 27 janvier 2005, *Ramirez Sanchez c. France*, n° 59450/00.

189 CJUE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. 283/81.

190 CJUE, 22 octobre 1987 *Foto-Frost*, aff. 314/85.

191 CE, Ass., 11 décembre 2006, *Société de Groot en Slot Allium BV et autres*, n° 234560.

192 CE, Sect., 26 juillet 1985, *Office national interprofessionnel des céréales*, n° 42204.

193 CE, 18 juin 2008, *M. Gestas*, n° 295831.

194 CJUE, 30 septembre 2003, *M. Köbler*, C-224/01.

195 CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n° 298348.



C'est aussi le juge européen du droit grâce au souci d'une constante articulation qui doit accompagner nécessairement celui de la réception du droit européen. On ne saurait en effet recevoir sans mettre en cohérence des réseaux de normes qui ne sont pas hiérarchisés entre eux.

J'ai prêté un grand intérêt à l'arrêt *Bosphorus* qui a été mentionné, car je crois que la figure de la protection équivalente est l'un des outils les plus efficaces et les plus pertinents pour assurer cette articulation entre les réseaux de normes. Et penser que la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention signerait la fin programmée de la jurisprudence *Bosphorus* reviendrait à poursuivre un raisonnement à l'envers puisque, à mon avis, l'entrée en vigueur de la Charte renforce le bien-fondé de la présomption de conformité des actes de droit communautaire qui respecte le bloc de légalité communautaire.

Cette figure de la protection équivalente existe à Strasbourg ainsi que dans le prétoire d'un certain nombre de juges européens, on pourrait sur ce point mentionner la jurisprudence *Solange*¹⁹⁶ ou encore la décision *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* du Conseil constitutionnel¹⁹⁷. C'est aussi ce qui fonde la décision *Arcelor* du 8 février 2007. Ce mécanisme de translation repose sur la vérification de l'existence dans l'ordre communautaire d'un principe de portée équivalente à celui de notre ordre constitutionnel qui garantit de manière effective le même droit. Le débat est alors transporté au prétoire à Luxembourg, avec là non pas un abandon, comme cela a été reproché au Conseil d'État, mais un subtil partage de souveraineté juridictionnelle.

Autre illustration de la figure de la protection équivalente : l'arrêt *Conseil national des barreaux*¹⁹⁸ où le Conseil d'État, à propos d'un décret de transposition d'une directive, a vérifié via les principes généraux du droit communautaire, le respect par la directive transposée des articles 6 et 8 de la Convention, et ce sans renvoi préjudiciel. Ce dernier point pose l'intéressante question de ce litige dans un univers ultérieur à l'adhésion. Y aurait-il eu possibilité que ce litige soit porté, en cas d'insatisfaction du requérant (ce qui n'était pas le cas dans notre affaire) à Strasbourg ?

Cette figure de la protection équivalente a en réalité permis cette articulation d'ordres juridiques qui ne sont pas nécessairement équivalents et qu'il appartient au juge de mettre précisément en écho les uns aux autres. Avec *Arcelor*, il était question de la circulation de l'ordre constitutionnel à l'ordre communautaire. Avec *Conseil national des barreaux*, c'est la circulation de l'ordre conventionnel à l'ordre communautaire.

Ce qui est frappant, c'est que le Conseil d'État, chaque fois qu'il opère ce travail de « *mise en ordre du pluralisme juridique* », pour citer Mireille Delmas-Marty, ne le fait pas tout seul. Dans l'arrêt *Conseil national des barreaux*, était intervenu l'arrêt de Grande Chambre de la Cour de justice qui avait été rendu sur renvoi de la Cour d'arbitrage belge, l'actuelle Cour constitutionnelle de Belgique, qui avait par la suite rendu elle-même un arrêt, postérieur à celui de la Grande Chambre, et sur lequel le Conseil d'État s'est également appuyé. La construction du Conseil d'État

196 Cour constitutionnelle fédérale allemande : arrêt dit « *Solange I* » du 29 mai 1974 ; arrêt du 22 octobre 1986 dit « *Solange II* » ; arrêt du 7 juin 2000 dit « *Solange III* ».

197 CC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n° 2004-496 DC.

198 CE, 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, n° 296845-296907.



dans cette affaire repose sur un dialogue vertical avec la Cour de Luxembourg et sur la décision d'endosser la responsabilité juridictionnelle d'une interprétation conforme de la directive anti-blanchiment au regard de l'article 8 de la Convention. En effet, la Cour avait jugé que la directive satisfaisait aux exigences de l'article 6 de la Convention en estimant que le secret professionnel des avocats, dans le cadre de leurs activités juridictionnelles, était protégé. Cependant, la Cour ne s'était pas prononcée sur le respect par cette directive transposée de l'article 8 de la Convention au titre du droit au respect de la vie privée s'agissant des activités de consultation juridique.

Cette interprétation conforme, le Conseil l'a puisée dans les conclusions de l'avocat général devant la Cour de Luxembourg et dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle de Belgique, montrant qu'à ce dialogue vertical s'ajoutait un dialogue des juges horizontal.

Je terminerai en disant qu'il est louable que les juges nationaux ne soient pas isolés dans ce travail d'articulation. C'est sans doute pour cette raison qu'ils continuent de progresser chaque jour davantage. Et c'est souhaitable, car l'Europe se construit grâce à plusieurs communautés qui superposent, communautés de citoyens, communautés d'acteurs économiques et sociaux, et communautés de justiciables. Et je crois de plus en plus que c'est grâce et par cette communauté de justiciables que l'Europe du droit se construit.

Il y a une pluralité de justiciables, une pluralité de normes que ceux-ci invoquent, une pluralité de juges pour les appliquer. Là est l'horizon de l'espace juridique européen de demain avec le même objectif que celui que nous partageons tous, à savoir l'élévation constante du niveau des droits protégés. Le même souci réside également dans le respect des attributions de chacun dans ce cadre de coopération mutuelle. Je me place résolument dans une posture qui est celle de l'optimisme, car si on abandonne à la fois l'objectif et la posture, on prend alors le risque de voir émerger demain des conflits de normes non résolus, des concurrences juridictionnelles qui seront à rebours de la finalité poursuivie à la fois par la construction communautaire et le dispositif conventionnel.



Échanges avec les participants

Question adressée à Johan Callewaert - *A propos d'un arrêt de la Cour de 2010 concernant la Suisse, relatif à l'enlèvement d'un enfant d'Israël vers la Suisse¹⁹⁹, alors que l'État d'Israël n'était pas signataire de la Convention européenne des droits de l'homme. Que se passe-t-il quand la Cour est confrontée à cette situation impliquant un État tiers à la Convention ? Quelles mesures peut-elle éventuellement adopter à l'encontre de cet État tiers ?*

Johan Callewaert

Cette affaire était uniquement dirigée contre la Suisse. Ce qui se trouvait en cause, c'était la décision des juridictions suisses d'autoriser le retour de l'enfant vers Israël par application de la Convention de La Haye²⁰⁰. La Cour a estimé que cette mesure violerait l'article 8 de la Convention puisqu'elle serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Il y avait certes une implication d'Israël, mais seul le comportement des autorités suisses était mis en cause, et la Cour s'est limitée à appliquer la Convention européenne des droits de l'homme à l'égard de la Suisse qui est un État partie à la Convention.

Votre question est plus générale : dans quelle mesure peut-on agir pour faire en sorte que des États tiers respectent aussi la Convention ? C'est une vaste question qui fait l'objet d'une jurisprudence assez élaborée, mais malheureusement cela nous prendrait trop de temps de la détailler ici.

Question - *La Commission européenne estime que les refus express d'intervenir, en ce qui concerne le droit d'asile, ne relèvent pas de sa compétence et renvoie, à chaque fois, au droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Que peut faire un praticien dont le client est en centre de rétention, avec un risque de renvoi imminent, en application justement d'une décision prise selon le règlement Dublin II et sans la clause de souveraineté ? Doit-on saisir le juge national, qui est le juge « naturel » - vous avez été plusieurs à le dire - du droit européen, tant en ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'homme que le droit de l'Union européenne ? On s'expose toutefois, dans ce cas de figure, à ce que la clause de souveraineté ne soit pas appliquée. Nous avons de nombreux exemples où il y a eu refus du Conseil d'État d'appliquer la clause de souveraineté nationale dans des cas d'espèce où son application était pourtant, du point de vue humanitaire, totalement fondée. Concrètement, le praticien pourrait-il solliciter le juge national qui surseoirait à statuer dans le cadre d'un renvoi préjudiciel examiné en urgence devant la Cour de Luxembourg. Quelles sont les perspectives si le juge national refuse de le faire, que fait-on ?*

199 CEDH, Gr. ch., 6 juillet 2010, *Neulinger et Schuruk c. Suisse*, n° 41615/07.

200 Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, conclue le 25 octobre 1980 à La Haye.



J'aurais tendance à rappeler, au regard du droit français, l'affaire *Gebremedhin*²⁰¹ où il y a eu saisine à la fois du tribunal administratif (juge des référés liberté sur une demande de droit d'asile à la frontière) puis ensuite du Conseil d'État. Entre-temps, la Cour européenne des droits de l'homme, saisie, a ordonné à titre provisoire qu'on sursoit au renvoi de l'intéressé. C'est un premier point.

On peut évoquer en deuxième lieu une ordonnance du juge des référés du Conseil d'État de juin 2009, *Ministre de l'intérieur c/ Beghal*²⁰² qui considère que le fait pour les autorités françaises de ne pas respecter les décisions prises par la Cour de Strasbourg recommandant à titre provisoire à l'État de différer une mesure d'éloignement, constitue une atteinte au droit au juge. Il y a une synergie qui s'opère entre ce qui se décide à Strasbourg et les conséquences qui en résultent en droit français, au moins dans l'hypothèse que vous visez.

Toutefois, et c'est ce que vous mettez en lumière, on peut rencontrer des difficultés lorsqu'on trouve des questions très complexes d'interprétation soulevées dans le cas de procédures d'urgence. Mais cela est malheureusement inhérent au droit positif. Il y a cependant des progrès notables avec la jurisprudence *Mamatkulov*²⁰³ et la jurisprudence *Ministre de l'intérieur c/ Beghal* qui apportent des garanties réelles au justiciable.

Question - *S'agissant de la situation des États membres du Conseil de l'Europe qui ne sont pas membres de l'Union européenne, et qui seraient candidats ou potentiellement candidats à une adhésion. Peut-on penser que la Cour européenne des droits de l'homme constituerait un allié de choix dans le processus d'adhésion de ces États à l'Union, compte tenu des relations nouvelles entre Convention des droits de l'homme et Charte des droits fondamentaux ?*

Sur l'idée qu'il puisse y avoir un travail qui serait fait par la Cour à travers sa jurisprudence à l'égard des États membres du Conseil de l'Europe aspirant à intégrer l'Union, on peut en effet l'admettre, mais selon des mesures variables. Il est vrai qu'il existe une certaine convergence observable entre les jurisprudences strasbourgeoises et luxembourgeoises, mais il reste tout de même des divergences.

La Convention européenne vise avant tout, et la jurisprudence le confirme, à fixer un standard minimum. Elle n'a pas la prétention d'uniformiser, ce qui constitue une grande différence avec le droit de l'Union. Et le président Bonichot a fait allusion tout à l'heure au fait qu'une des missions les plus difficiles de la Cour de justice est

201 CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*, n° 25389/05.

202 CE, réf., 30 juin 2009, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales c/ M. Beghal*, n° 328879.

203 CEDH, Gr. ch., 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, n° 46827/99 et 46951/99,



précisément celle qui consiste à assurer l'uniformité de la jurisprudence et du droit de l'Union.

Les missions sont différentes entre, d'une part, la Cour de Strasbourg et, d'autre part, celle de Luxembourg et il y a, malgré des convergences de fait, des standards qui sont perçus de manière différente. Le standard de Strasbourg se conçoit comme un standard minimum. Il est de temps à autre réévalué à la hausse, notamment à la lumière de stipulations que l'on retrouve aujourd'hui dans la Charte des droits fondamentaux.

Il reste cependant que rien ne s'oppose, et c'est un élément important dans le débat sur l'adhésion, à ce que l'Union prévoie des standards plus élevés que ceux de la Convention. Ce n'est pas un obstacle à l'adhésion parce que la Convention se conçoit comme fixant des standards minimum.

Je profite également de ce temps de parole pour rebondir sur ce qui a été précédemment évoqué. Pour en revenir au cas *M. S. S.*²⁰⁴, le requérant a saisi des juridictions compétentes en Belgique, mais dans le cadre de recours, dépourvus en pratique, d'effet suspensif. Il a donc été renvoyé avant même que la juridiction compétente ait pu statuer. J'abonde dans le sens du président Bonichot quand il dit qu'il eût fallu dans cette affaire saisir la Cour de justice, qui a les moyens procéduraux d'agir très vite, elle en fait la démonstration tous les jours.

Mais dans les cas où il n'y a pas eu renvoi préjudiciel, se trouve portée devant la Cour de Strasbourg une affaire dont la matière et la portée sont toutes communautaires. Dans le contexte des discussions sur l'adhésion, on réfléchit beaucoup à la question de la subsidiarité, qui a été évoquée également par le président Bonichot. Et il est vrai que l'ordre communautaire des choses veut que l'on se tourne d'abord vers la Cour de justice, et, seulement en cas de nécessité, devant la Cour européenne des droits de l'homme. Si cela ne s'est pas fait et que la Cour européenne des droits de l'homme se retrouve, si l'expression est permise, avec le bébé sur les bras, que fait-on ? On réfléchit alors à des mécanismes pour essayer de rattraper les choses. C'est le sens du *mémoire* de la Cour de justice qui suggère que l'on réfléchisse à des mécanismes capables de restaurer cette subsidiarité manquée, dans le cadre d'une organisation de l'adhésion.

Les affaires arrivent à Strasbourg une fois seulement que les voies de recours internes ont été épuisées. Les affaires concernent donc des décisions, des arrêts, des jugements qui ont l'autorité de la chose jugée. Dans un recours préjudiciel, la Cour de justice statue avant toute autorité de la chose jugée. Comment négocier ce problème de l'autorité de la chose jugée, à supposer même qu'on puisse imaginer un mécanisme en mesure de renvoyer l'affaire à la Cour de justice ?

204 CEDH, Gr. ch., 11 janvier 2011, *M. S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09.



Question - *Quel sort va-t-on réserver au droit de regard des états non membres de l'Union européenne sur la question du droit de l'Union européenne qui risque de se poser devant la Cour de Strasbourg ? Ou bien peut-être le problème n'est-il que purement académique ?*

Jean-Claude Bonichot

On ne peut prédire ce qui adviendra. Je sais simplement que, souvent, ce que l'on présente comme hypothétiquement peu probable est finalement amené par la réalité de la vie sociale.

Au sujet de la concurrence des protections, il faut noter que l'on prétend désormais n'avoir jamais mieux défendu les droits de l'homme qu'aujourd'hui. La concurrence, qui est un principe extrêmement utile pour le bon fonctionnement des économies, est-elle pour autant un bon principe dans la protection des droits fondamentaux ? La question se pose de savoir si elle amène également à mieux les protéger. On les protège peut-être plus à différents endroits mais on peut se demander si on les protège mieux. Répondre à une telle question est bien évidemment difficile.

Une deuxième chose pourrait être évoquée. Il y a un cours que Kelsen dispensa à l'Académie de droit international de La Haye sur les rapports de systèmes. Face au problème que pouvaient susciter deux ordres juridiques parallèles, Kelsen formulait deux solutions possibles : la première consiste à fixer une règle de coordination, la seconde à fixer une règle de subordination. Il n'existe pas d'autres solutions, sinon le désordre.

Il apparaît donc nécessaire d'élaborer une règle d'organisation qui, si elle manque, laissera flotter les systèmes au gré des rapports de forces, dans une direction qui ne sera pas celle du progrès de la protection des droits de l'homme.



Propos conclusifs

Jean-Marc Sauvé

La question des interférences entre les sources de droit européen et des influences croisées entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme est tout à fait fondamentale. Elle se pose dès aujourd'hui, et cela a été rappelé par les différents intervenants, indépendamment de la question de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme comme de celle de l'opposabilité juridique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Pourquoi une telle interrogation, relative à la coordination ou à l'articulation entre les deux ordres juridiques européens ainsi qu'entre ces ordres et les ordres nationaux, est-elle si prégnante ?

La réponse est relativement simple : les systèmes juridictionnels, récemment encore pyramidaux, sont aujourd'hui devenus des réseaux. L'Union européenne a ainsi vu ses compétences, depuis le Traité sur l'Union européenne, s'étendre et s'approfondir considérablement et la Cour de justice de l'Union européenne s'est affirmée comme un interprète légitime et respecté du droit de l'Union. La Cour européenne des droits de l'homme accomplit également un travail qui est de toutes parts salué. La question de la coexistence de ces ordres juridiques se pose dès lors nécessairement, notamment au juge national. Ont été esquissées des réponses, en particulier en ce qui concerne l'articulation entre l'ordre constitutionnel national et l'ordre communautaire avec l'arrêt *Arcelor* ou celle entre les deux ordres juridiques européens avec l'arrêt *Conseil national des barreaux*.

Ces efforts sont-ils suffisants au regard des défis à venir dans les prochaines années ? Je dois avouer ne pas avoir la certitude qu'ils le soient, d'autant plus que, si nous avons fait quelques incursions dans des droits étrangers, il ne faut pas perdre de vue que nous sommes 27 à nous poser de telles questions. Je crois qu'il y a donc de la part de la doctrine, des juges, et des autorités politiques un travail sans doute encore extrêmement important qui reste à accomplir et qu'il existe un espace de réflexion encore vaste à défricher. Les interventions de cette conférence, de par leur qualité et la pertinence des questions qu'elles ont soulevées, y ont contribué de manière éminente.





Quatrième conférence

Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité

Cette quatrième conférence est consacrée à la coexistence des procédures de contrôle de constitutionnalité et de contrôle de conventionnalité qui, depuis l'origine, a sa place au cœur du débat sur la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Elle présente les articulations entre les deux procédures, les enjeux et les choix procéduraux qui s'offrent aux parties au litige, aussi qu'un premier bilan du recours à la question prioritaire de constitutionnalité. Elle aborde également la question de l'impact que peut avoir la QPC sur les recours exercés devant la Cour européenne des droits de l'homme et sur l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours interne. Enfin, est évoqué l'opportunité d'un mécanisme de question préjudicielle devant cette Cour.

Sommaire de la conférence

Introduction d'Olivier Dutheillet de Lamothe,

Conseiller d'État, président de la section sociale du Conseil d'État, ancien membre du Conseil constitutionnel,

Modérateur de la conférence p. 124

Intervention de Marc Guillaume,

Secrétaire général du Conseil constitutionnel p. 126

Intervention de Didier Le Prado,

Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation p. 138

Intervention d'Elisabet Fura,

Juge à la Cour européenne des droits de l'homme,

Vice-présidente de la 3ème section p. 153

Échanges avec les participants p. 158

Propos conclusifs p. 177

Documentation sur le thème du débat

Index des principaux arrêts et décisions p. 271

Extraits de la Constitution et de l'ordonnance n° 58-1067

du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel p. 282

Convention de sauvegarde des droits de l'homme

et des libertés fondamentales p. 287



Actes - Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité

Introduction d'Olivier Dutheillet de Lamothe

*Conseiller d'État, président de la section sociale du Conseil d'État,
ancien membre du Conseil constitutionnel
Modérateur*

« *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité* », on pourrait croire que tout a été dit sur ce sujet et que l'on vient trop tard sur cette Terre... Et bien pas du tout : vous avez bien fait de venir car vous allez apprendre beaucoup de choses ce soir grâce à un panel d'intervenants exceptionnel. Avant de vous présenter les membres de ce panel et de leur donner la parole, je voudrais dire deux mots d'introduction sur un sujet qui m'a toujours passionné. Et plus précisément, je voudrais revenir brièvement sur deux étapes historiques du développement de cette problématique.

1. La première, c'est la décision *IVG* du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975²⁰⁵, à propos de laquelle on peut évoquer la théorie du battement d'ailes du papillon.

Vous connaissez cette théorie : c'est la théorie des écosystèmes selon laquelle, par une série d'enchaînements que nous ne maîtrisons pas, que souvent nous ne connaissons même pas, le battement d'ailes d'un papillon au milieu de la forêt Amazonienne peut aboutir à une montée des eaux sur les côtes du Massachussets. Et bien, la décision *IVG*, c'est exactement ça.

J'ai relu, pour cette conférence, la délibération de cette décision dans « *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983* », dont je ne saurais trop vous recommander la lecture.

Ce qui est frappant, quand on en lit le procès verbal 35 ans après, c'est que la décision *IVG*, c'est d'abord une décision sur l'intervention volontaire de grossesse. Cela a d'ailleurs toujours été la thèse de Mme Veil. Ce qui veut dire que c'était un sujet très difficile pour le Conseil constitutionnel, qui heurte les consciences, que le Conseil a jugé en droit - ce qui est tout à son honneur - et que le raisonnement tenu sur les conventions internationales était d'abord un moyen de se débarrasser d'un grief très délicat tiré de l'atteinte au droit à la vie, qui n'est pas garanti par la Constitution mais qui est garanti par la Convention européenne des droits de l'homme.

Et ce qui est frappant à la lecture de ce délibéré, c'est que :

- d'une part, le Conseil a raisonné exclusivement par rapport aux conventions bilatérales sans envisager à un seul instant le cas des conventions multilatérales – d'où le rôle essentiel conféré par cette décision à la clause de réciprocité – ce qui lui a valu une critique cinglante de la doctrine, sous la forme d'un article publié par le doyen Rivero à l'AJDA, cinglante et tellement fondée que le Conseil a battu en retraite dans des décisions ultérieures en précisant que la clause de réciprocité ne joue pas pour les conventions multilatérales ;

205 CC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, n° 74-54 DC.



- d'autre part, à aucun moment, le Conseil n'a examiné ou ne s'est interrogé sur les conséquences de sa décision quant au rôle des juridictions ordinaires – judiciaires ou administratives – en matière de contrôle de la conventionnalité des lois.

La suite, on la connaît : la Cour de cassation s'est immédiatement engouffrée dans la brèche ainsi ouverte avec l'arrêt *Société des cafés Jacques Vabre* rendu le 24 mai 1975²⁰⁶, soit 4 mois après, retrouvant les accents du Parlement de Paris quand il se dressait contre les Ordonnances de Louis XIV. Le Conseil d'État, quant à lui, a mis quatorze ans à franchir ce pas : s'il a finalement franchi le Rubicon en 1989 avec l'arrêt *Nicolo*²⁰⁷, à contre cœur, contraint et forcé, c'est parce que c'était sa place même dans notre système judiciaire qui était en jeu.

Et donc, Jean-Jacques Rousseau, Sieyès et Saint-Just ont dû se retourner dans leurs tombes en apprenant que le dogme de la souveraineté de la loi, que l'article 6 de la Déclaration de 1789, que tout cela avait été balayé les 14 et 15 janvier 1975, rue Montpensier, par l'organe chargé, en principe, de défendre la Constitution, sans que celui-ci se rende compte, à aucun moment, de la portée de sa décision.

2. La seconde étape historique que je voudrais évoquer très brièvement, c'est l'articulation entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de constitutionnalité.

On a longtemps pensé - j'ai moi-même écrit dans un article pour les *Mélanges Labetoulle*²⁰⁸ - que le développement du contrôle de conventionnalité à partir de 1989 rendait inutile la création d'une exception d'inconstitutionnalité. On pouvait penser, en effet, d'un point de vue purement logique, que la France avait un système très complet de contrôle de conformité des lois aux droits fondamentaux combinant :

- d'une part, un contrôle a priori et abstrait exercé par le Conseil constitutionnel dans le cadre de l'article 61 de la Constitution ;
- d'autre part, un contrôle a posteriori et concret exercé par les juridictions judiciaires et administratives dans le cadre du contrôle de conventionnalité des lois.

En réalité, comme l'a brillamment démontré le président Stirn, c'est l'inverse qui s'est produit : loin de rendre inutile l'exception de constitutionnalité, le développement du contrôle de conventionnalité l'a rendu inévitable dans la mesure où il a mis en évidence un double paradoxe :

- un paradoxe juridique, d'abord : pourquoi, si l'on contrôle la conformité de la loi à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne pas contrôler sa conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution ?

- un paradoxe politique, ensuite : le développement du contrôle de conventionnalité aboutit, en l'absence d'un contrôle de constitutionnalité des lois, à mettre la Convention européenne des droits de l'homme « *au sommet de notre ordre juridique* », pour reprendre la belle expression du Conseil constitutionnel, à la place de la Constitution.

206 Cass., Chambre mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, Dalloz 1975 p. 497.

207 CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.

208 O. Dutheillet de Lamothe, « *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité* » in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz 2007.



D'où la réaction des politiques : la signification profonde, sur le plan politique, de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) adoptée en 2008 de façon très consensuelle, c'est son caractère prioritaire.

Je vais maintenant vous présenter nos trois intervenants dont nous entendrons les trois exposés introductifs avant la discussion avec la salle : Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel, le président Le Prado, et le juge Fura.

Intervention de Marc Guillaume

Secrétaire général du Conseil constitutionnel

Le sujet qui nous réunit appelle une première précision. Il s'agira ici de traiter de la conventionnalité hors droit de l'Union européenne.

En second lieu, il est important de souligner la grande variété de l'articulation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité dans les autres États d'Europe. Ceux-ci connaissent au moins trois grandes solutions quant à cette articulation.

Tout d'abord, plusieurs États ont fait le choix du dualisme. Il n'existe donc pas dans ces États de contrôle de conventionnalité en tant que tel. C'est le cas de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Finlande, de l'Irlande, de l'Italie, de Malte, de la Roumanie, du Royaume-Uni, de la Suède. Dans ces États, droit constitutionnel et droit interne relèvent de deux ordres juridiques distincts. Les normes internationales n'ont valeur contraignante dans l'ordre interne que moyennant l'adoption d'un acte de réception. Cet acte placera la norme internationale au sein de la hiérarchie des normes internes. C'est par rapport à cette norme interne que s'exercera le contrôle juridictionnel. Ainsi, il n'y a alors pas de contrôle de conventionnalité qui n'a pas à être articulé avec le contrôle de constitutionnalité.

Dans un deuxième groupe d'État moniste, les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité sont exercés par la même cour suprême. Il en va ainsi pour la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie, Chypre, l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, le Luxembourg, la Pologne, la Slovaquie et la Slovénie. Dans ces États, contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité peuvent être exercés soit uniquement *a priori*, soit *a priori* et *a posteriori*. Dans tous les cas, la Cour constitutionnelle est seule compétente pour exercer les deux contrôles.

Dans une troisième orientation, coexistent des contrôles de constitutionnalité et des contrôles de conventionnalité qui sont dissociés : le contrôle de constitutionnalité est centralisé et le contrôle de conventionnalité est diffus. Il en va ainsi pour la Belgique, l'Espagne, la Lituanie, le Portugal et la République tchèque. Même si ces États sont très différents, le contrôle de constitutionnalité est exercé par une juridiction constitutionnelle spécialisée soit uniquement *a priori*, soit *a priori* et *a posteriori* sur renvoi du juge ordinaire. En revanche, le contrôle de conventionnalité est exercé *a posteriori* par les juridictions ordinaires.

Au total, il n'existe ainsi pas de modèle européen d'articulation des contrôles de constitutionnalité et de contrôle de conventionnalité. Plusieurs types de système



coexistent. Par ailleurs, certains États se rattachent difficilement aux trois catégories précédemment définies, au premier rang desquels les Pays-Bas où n'existe pas de contrôle de constitutionnalité.

Au regard de cette variété de situation, la France est en train de chercher à bâtir un système original de combinaison des contrôles de constitutionnalité centralisé et de contrôle de conventionnalité diffus : **(I)** Pour remédier à une situation insatisfaisante, la France vient d'admettre avec la question prioritaire de constitutionnalité le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*. Concomitamment, elle a défini une articulation propre des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité ; **(II)** Ce système produit d'ores et déjà des bons résultats. Il faut préserver son originalité.

I – Avec la question prioritaire de constitutionnalité, la nouvelle articulation française des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité.

A – Le système français était jusqu'à la réforme du 23 juillet 2008 insatisfaisant.

1 – L'apparition du contrôle de conventionnalité depuis les arrêts *Jacques Vabre* et *Nicolo* a marqué un net progrès de l'État de droit. Ce contrôle a eu au moins trois aspects positifs.

- Il a permis d'engager, en France, un contrôle de la loi en vigueur.
- Il a permis de notables progrès des droits et libertés.
- Il a fait reconnaître le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme. Tout le monde reconnaît aujourd'hui l'autorité de celle-ci. Elle joue, même si le terme peut prêter à confusion, le rôle d'une sorte de cour constitutionnelle européenne. Ses arrêts s'imposent. Le Conseil constitutionnel le sait autant que les autres, notamment depuis l'arrêt *Zielinski* du 28 octobre 1999²⁰⁹ et le contentieux des validations législatives.

2 – Mais ce système français présentait également de réels défauts.

- En premier lieu, il offrait une protection des droits et libertés moindre que dans les autres pays d'Europe. Ni la portée, ni les effets des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité ne sont en effet identiques.

- En deuxième lieu, il transformait la Cour européenne des droits de l'homme en 4^{ème} degré de juridiction devant laquelle, faute de mécanismes nationaux adaptés, étaient portés trop de contentieux français. Faute de voie de droit interne suffisante, trop de problèmes qui auraient dû être traités en France voyait notre pays condamné à Strasbourg. La France a ainsi été condamnée 8 fois plus que l'Allemagne depuis dix ans. Nous avons en outre 2 500 affaires pendantes soit à nouveau 4 à 5 fois plus que l'Allemagne ou l'Espagne. Dans ces deux pays, l'épuisement des voies de recours interne impose l'exercice de la voie de droit constitutionnel.

- En troisième lieu, ce système a également porté préjudice à l'image de la Cour européenne des droits de l'homme dans notre pays. Certes celle-ci y a pris sa

²⁰⁹ CEDH, Gr. ch., 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France*, n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96.



part avec quelques jurisprudences insolites. Cependant, l'essentiel a tenu à l'instrumentalisation de sa jurisprudence. Les arrêts de la Cour sont en effet de deux natures. D'une part, la Cour sanctionne, le plus souvent, une violation de la convention née d'une mauvaise application de la norme plutôt que de la norme elle-même. D'autre part, plus rarement la Cour peut identifier des violations issues de la loi. L'abusives assimilation dans notre pays de tous les types de décision de la Cour a conduit à des critiques inutiles.

- Le quatrième défaut du système français antérieur lui était propre en Europe : la Cour européenne des droits de l'homme a vocation à assurer une protection commune des droits de l'homme en Europe ; elle n'a pas vocation à unifier les droits nationaux. Les États restent le fondement du vouloir vivre ensemble. Celui-ci se traduit dans la Constitution. La France était le seul État d'Europe à signifier aux Français et aux étrangers résidant en France que la Constitution est une chose trop sérieuse pour qu'ils aient à en connaître. Seule la Cour européenne des droits de l'homme pouvait les protéger. Ceci a nui à l'équilibre républicain.

B – L'introduction d'un contrôle de la loi a posteriori coordonné avec le contrôle de conventionnalité.

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et la loi organique du 10 décembre 2009²¹⁰ ont mis en place un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* centralisé et confié celui-ci au Conseil constitutionnel après filtre des juges *a quo* et des cours suprêmes.

Cette réforme a également articulé le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité. Il n'est pas besoin de redire que, depuis la décision *IVG* du 15 janvier 1975, le Conseil constitutionnel se refuse à examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux et européens de la France.

En 1975, il avait notamment fondé sa décision sur le caractère « *relatif et contingent* » de la supériorité des traités compte tenu, d'une part, de leur champ d'application limité et, d'autre part, de la condition de réciprocité posée par l'article 55²¹¹ de la Constitution. Toutefois, par la suite, il n'a plus fait référence à cette argumentation qui n'était réellement opérante que pour les traités bilatéraux et se trouvait particulièrement inadaptée tant à l'égard de la Convention européenne des droits de l'homme que du droit communautaire.

Toutefois, il a toujours maintenu l'interprétation initiale de l'article 55 de la Constitution qui constitue une règle de conflit de normes dans un système français moniste. Il appartient à tout juge chargé de l'application de la loi de faire respecter cette règle de conflit avec un engagement international ou européen en vigueur. La hiérarchie posée par l'article 55 ne constitue donc pas une règle de validité constitutionnelle des lois. Le Conseil applique lui-même strictement cette

210 Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

211 Article 55 de la Constitution : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.* ».



répartition entre le contrôle de constitutionnalité, réservé au juge constitutionnel, et le contrôle de conventionnalité, exercé par le juge chargé d'appliquer la loi : ainsi, lorsqu'il statue en matière de contrôle de constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel refuse de déclarer une loi inconstitutionnelle alors que, lorsqu'il statue comme juge électoral, il vérifie que les lois qu'il doit appliquer ne méconnaissent pas les traités en vigueur²¹².

Cette orientation jurisprudentielle s'est trouvée consacrée dans la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'article 61-1 de la Constitution. Cet article 61-1²¹³ reconnaît à tout justiciable le droit nouveau de poser une question de constitutionnalité et de voir cette question, qui a un objet propre, examinée par le juge, et par le Conseil constitutionnel, si elle répond aux critères définis. Le Conseil a expressément relevé, dans sa décision du 3 décembre 2009²¹⁴, ce droit nouveau, que la loi organique ne peut limiter. C'est pourquoi le législateur organique a, en conséquence, souligné que la question de constitutionnalité n'est pas « *préjudicielle* », mais « *prioritaire* ». Le 5^{ème} alinéa de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958²¹⁵ et le 2^{ème} alinéa de son article 23-5²¹⁶ ont instauré une règle procédurale de priorité d'examen des moyens de constitutionnalité sur les moyens de conventionnalité, imposant aux juges d'examiner s'il y a lieu de transmettre la question de constitutionnalité qui pourrait, s'il était accueilli, permettre de trancher le litige.

Le choix du législateur de distinguer entre les moyens de conventionnalité et les questions de constitutionnalité a pour conséquence d'interdire la confusion des deux. Le législateur organique français a écarté la possibilité que les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité soient associés et symétriques comme c'est le cas dans certains États européens.

La réforme constitutionnelle a opéré ainsi une nette spécialisation des juges²¹⁷. D'une part, le Conseil constitutionnel est renforcé par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 dans sa fonction de juge constitutionnel. Mais il n'est pas juge de la conventionnalité. Il est juge constitutionnel de la loi tant a priori qu'a posteriori. D'autre part, le Conseil d'État et la Cour de cassation sont et demeurent, avec leur ordre de juridiction, les cours suprêmes chargées de juger la conventionnalité de la loi. Par ailleurs le constituant les a directement associées au contrôle de constitutionnalité. Ils sont devenus des juges négatifs de constitutionnalité. Ce point est capital pour comprendre l'évolution de la coordination des contrôles.

212 Par ex. CC, 21 octobre 1988, *Élections de la 5ème circonscription du Val d'Oise*, n° 88-1082/1117.

213 Article 61-1 de la Constitution : v. *infra* p. 282.

214 CC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n° 2009-595 DC.

215 Article 23-2 alinéa 5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 : v. *infra* p. 283.

216 Article 23-5 alinéa 2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 : v. *infra* p. 283.

217 CC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n° 2009-595 DC ; CC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, n° 2010-605 DC.



II – La question prioritaire de constitutionnalité produit d’ores et déjà de bons résultats. Il faut préserver l’originalité de ce dispositif.

A – Des droits plus protecteurs.

1 – Une protection plus grande.

a) Des dispositions jugées compatibles avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales sont renvoyées par le Conseil d’État et la Cour de cassation car elles posent une question sérieuse de constitutionnalité.

Quatre exemples de censure constitutionnelle de dispositions jugées conformes à la Convention européenne des droits de l’homme peuvent d’ores et déjà être cités.

Premier exemple : la cristallisation des pensions.

En 2006, le Conseil d’État n’a pas suivi son rapporteur public qui concluait à l’incompatibilité avec les exigences de la Convention européenne des droits de l’homme du dispositif adopté dans la loi de finances rectificative pour 2002 en tant qu’il portait sur les sommes dues au titre du code des pensions dans la mesure où le critère de résidence ne pouvait justifier une discrimination dans le montant d’indemnités ayant un caractère de réparation.²¹⁸

Dans sa décision *QPC Union des familles en Europe* du 28 mai 2010²¹⁹, le Conseil constitutionnel a jugé ces dispositions relatives à la cristallisation des pensions contraires au principe d’égalité. L’article 26 de la loi du 3 août 1981 et l’article 68 de la loi du 30 décembre 2002 garantissaient aux titulaires de pensions civiles ou militaires de retraite, selon leur lieu de résidence à l’étranger au moment de l’ouverture de leurs droits, des conditions de vie en rapport avec la dignité des fonctions exercées au service de l’État. Or ces dispositions prévoyaient des conditions de revalorisation différentes de celles prévues par le code des pensions civiles et militaires de retraite. Il existait ainsi une différence de traitement avec les ressortissants français résident dans le même pays étranger. Le Conseil a donc censuré, comme contraires au principe d’égalité, les articles 26 de la loi du 3 août 1981 et 68 de la loi du 30 décembre 2002. Il a censuré par voie de conséquence l’article 100 de la loi de finances pour 2007, les ressortissants algériens étant alors soustraits du champ de la « décristallisation » totale des prestations du feu édictée par cet article.

Deuxième exemple : l’inéligibilité instituée par l’article L. 7 du code électoral.

Le Conseil d’État et la Cour de cassation avaient jugé l’article L. 7 du code électoral conforme à la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, en mettant en avant le fait que la juridiction pouvait relever l’interdiction de sa condamnation²²⁰.

²¹⁸ CE, avis, 18 juillet 2006, *M. Ka*, n° 286122 ; CE, Sect., 18 juillet 2006, *GISTI*, n° 274664.

²¹⁹ CC, 28 mai 2010, *Union des familles en Europe*, n° 2010-3 QPC.

²²⁰ Cass., civ., 2^e, 18 décembre 2003, n° 03-60.315 Bulletin 2003 II N° 396 p. 327 ; CE, Sect., 1^{er} juillet 2005, *M. Ousty*, n° 261002.



Au contraire, le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition pour violation du principe d'individualisation des peines dans une décision QPC *M. Stéphane A. et autres* du 11 juin 2010²²¹.

Troisième exemple : la cession gratuite de terrain.

Le Conseil d'État en 2004 avait jugé ces dispositions du code de l'urbanisme conforme à la convention européenne des droits de l'homme : « *Enfin et en quatrième lieu, les dispositions précitées ne font pas obstacle à ce qu'un propriétaire à l'égard duquel est prescrite une cession prétende à une indemnisation dans le cas où il résulte de l'ensemble des conditions et circonstances dans lesquelles la cession a été prescrite et mise en œuvre que ce propriétaire supporte, nonobstant l'avantage tiré du permis de construire qui lui a été accordé, une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi.* »²²²

Le Conseil constitutionnel a censuré ces dispositions.²²³ Il a fait application de sa jurisprudence *Société Kimberly Clark* du 18 juin 2010²²⁴ relative à l'incompétence négative. Le e du 2° de l'article L. 332-6-1 du code de l'urbanisme, qui permet aux communes d'imposer aux constructeurs la cession gratuite d'une partie de leur terrain, ne définit pas les usages publics auxquels doivent être affectés les terrains ainsi cédés. Il donne un très large pouvoir d'appréciation aux collectivités publiques dans l'application de ces dispositions. Ni cet article du code de l'urbanisme, ni aucune autre disposition législative n'institue les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'article 17 de la Déclaration de 1789 relatif au droit de propriété. Par suite, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence et les dispositions contestées ont été déclarées contraires à la Constitution.

Quatrième exemple : la loi rétroactive portant sur l'intangibilité du bilan d'ouverture du premier exercice non prescrit. Le Conseil d'État avait jugé ceci conforme à la Convention européenne des droits de l'homme en 2008²²⁵.

Au contraire, le Conseil constitutionnel l'a censuré dans une décision QPC *Société IMNOMA*²²⁶. La société IMNOMA contestait cette validation asymétrique de la loi de finances rectificative pour 2004, privant le seul contribuable du bénéfice de la jurisprudence du Conseil d'État. Le Conseil constitutionnel a jugé que cette disposition portait atteinte à l'équilibre des droits des parties en méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Il a en conséquence annulé le IV de l'article 43 de la loi de finances rectificative pour 2004. Cette déclaration d'inconstitutionnalité prend effet immédiatement. Elle pourra être invoquée dans toutes les instances en cours et dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles.

221 CC, 11 juin 2010, *M. Stéphane A. et autres*, n° 2010-6/7 QPC.

222 CE, 11 février 2004, *M. Schiocchet*, n° 211510.

223 CC, 22 septembre 2010, *Société ESSO SAF*, n° 2010-33 QPC.

224 CC, 18 juin 2010, *Société Kimberly Clark*, n° 2010-5 QPC.

225 CE, 19 novembre 2008, *Société Gétécom*, n° 292948.

226 CC, 10 décembre 2010, *Société Imnoma*, n° 2010-78 QPC.



b) Une protection plus grande du fait d'un champ plus vaste.

Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État soulignait, devant l'Assemblée nationale : « *Les justiciables et leurs conseils prennent conscience de ce que le champ des droits et libertés garantis par notre Constitution est plus large que celui protégé par les instruments internationaux des droits de l'homme : des dispositions « insaisissables » au regard de ces derniers peu vent être à bon droit critiquées au regard de notre loi fondamentale. J'observe d'ailleurs que les trois principaux domaines juridiques dans lesquels sont posées des questions prioritaires de constitutionnalité – le droit fiscal, le droit social et le droit des collectivités territoriales – sont parmi ceux dans lesquels le droit européen a une influence limitée.* »²²⁷.

Un exemple en est fourni en matière fiscale avec la décision QPC du 21 janvier 2011 sur l'évaluation du train de vie²²⁸.

2) Des effets plus radicaux.

L'un des avantages principaux du contrôle de constitutionnalité par rapport au contrôle de conventionnalité tient à ses effets. D'une part, la question prioritaire de constitutionnalité a, en cas de non-conformité à la Constitution, un effet *erga omnes*. La norme disparaît et ce au bénéfice de tous. Il n'y a pas de distinction entre le traitement de la procédure dans laquelle la QPC a été posée et les autres procédures. D'autre part, grâce à l'article 62 de la Constitution²²⁹, le Conseil est investi, lorsqu'il constate cette inconstitutionnalité, du pouvoir de déterminer des règles transitoires dans l'attente de l'adoption d'une éventuelle réforme destinée à remédier à l'inconstitutionnalité. Par exemple, il ne s'est pas contenté d'abroger la composition des tribunaux maritimes commerciaux (TMC), il a indiqué que ceux-ci siègeront, dans l'attente d'une éventuelle loi, dans la composition des juridictions pénales de droit commun. Il n'y a ainsi pas de vide juridique²³⁰.

Dès sa décision du 3 décembre 2009 rendue sur la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel s'est montré attentif à la préservation de « *l'effet utile de la question prioritaire de constitutionnalité pour le justiciable qui l'a posée* » (considérant 17). Il a ainsi jugé qu'en principe, en cas de déclaration d'inconstitutionnalité, celle-ci devait bénéficier aux procédures en cours.

Dans la décision QPC *Consorts L.* du 28 mai 2010²³¹, le Conseil a fixé au 1^{er} janvier 2011 la date de la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité. Pour préserver l'effet utile de sa décision, le Conseil a précisé « *qu'il appartient, d'une part aux juridictions de surseoir à statuer jusqu'à cette date dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles et,*

227 Audition de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, par la Commission des lois de l'Assemblée nationale le 1^{er} septembre 2010, dans le cadre de l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

228 CC, 21 janvier 2011, *Mme Danièle B.*, n° 2010-88 QPC.

229 Article 62 de la Constitution : v. *infra* p. 282.

230 CC, 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres*, n° 2010-10 QPC.

231 CC, 28 mai 2010, *Consorts L.*, n° 2010-1 QPC.



d'autre part, au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de (sa) décision ».

Dans la décision QPC *M. Stéphane A. et autres* du 11 juin 2010, il a déclaré contraire à la Constitution l'article L. 7 du code électoral. De même, cette abrogation a pris effet le jour de la publication de la décision. Le Conseil a précisé qu'à cette date, tous les condamnés soumis à cet article recouvraient la capacité de s'inscrire sur les listes électorales dans les conditions déterminées par la loi.

Dans la décision QPC *Consorts C. et autres* du 2 juillet 2010²³², il a déclaré contraire à la Constitution l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande. Cette abrogation prend effet le jour de la publication de la décision. Bien sûr, les affaires définitivement jugées ne sont pas remises en cause par l'effet de cette abrogation. En revanche, le Conseil a précisé que cette abrogation « *est applicable à toutes les infractions non jugées définitivement au jour de la publication de la présente décision* ». Le Conseil a même ajouté, pour éviter toute ambiguïté et fournir le « mode d'emploi » de sa décision : « *Par suite, à compter de cette date, pour exercer la compétence que leur reconnaît le code disciplinaire et pénal de la marine marchande, les tribunaux maritimes commerciaux siègeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun* » (c'est-à-dire le tribunal de police ou le tribunal correctionnel). Il en ira ainsi, le cas échéant, pour les *consorts C. et autres* qui avaient introduit cette question prioritaire de constitutionnalité.

B – Les perspectives.

a) Ce qu'il ne faut pas souhaiter.

Il n'est pas toujours facile de faire comprendre, notamment aux cours européennes, que le Conseil constitutionnel ne doit pas être un juge de la conventionnalité. La Cour européenne des droits de l'homme peut en effet voir dans la conjonction des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité l'assurance de la prise en compte de la convention et de sa jurisprudence par la cour constitutionnelle. Cette orientation n'est ni nécessaire, ni souhaitable.

Elle n'est pas nécessaire car chacune des décisions du Conseil constitutionnel est déjà prise en examinant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. A chaque fois, cette jurisprudence est analysée.

Les droits et libertés garantis par la Constitution et ceux garantis par la Convention sont aujourd'hui proches. La Convention englobe à peu près l'ensemble des droits fondamentaux tels qu'ils résultent en France de la Constitution de 1958 et de son Préambule, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, du Préambule de la Constitution de 1946 et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République auxquels il renvoie. Dans le même temps, le Conseil constitutionnel a déduit de ces textes des droits reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour : droit de

232 CC, 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres*, précitée.



mener une « vie familiale normale »²³³, droit au respect de la vie privée²³⁴, liberté de mariage²³⁵... Comme le souligne Olivier Dutheillet de Lamothe, « *le Conseil constitutionnel, s'il veut garantir l'unité de l'ordre juridique français et la sécurité juridique qui en découle pour les justiciables, est donc tenu de s'inspirer, lui aussi, étroitement de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg* »²³⁶.

Le Conseil se réfère désormais expressément à la notion, venue de Strasbourg, de pluralisme des courants de pensée et d'opinion²³⁷. De même, l'article 6 de la Convention a inspiré la jurisprudence sur le respect des droits de la défense, qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1789, et qui « *implique notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* ». « *Au total* », comme le soulignait le professeur François Luchaire, « *le Conseil constitutionnel et la cour européenne protègent en fait les mêmes droits* ».

Cette proximité des droits et libertés au sens constitutionnel et conventionnel est aujourd'hui très grande. Elle l'est tant qu'elle fut invoquée par les opposants à la question prioritaire de constitutionnalité pour dénoncer la réforme comme inutile. Au titre de l'exception, le principe de laïcité est toujours celui mis en avant comme n'étant protégé que par la Constitution française. Cet arbre ne peut cacher la forêt.

Deux exemples de décisions de question prioritaire de constitutionnalité soulignent cette préoccupation du Conseil constitutionnel de prendre en compte la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Ils soulignent, parmi d'autres, ce dialogue des juges.

- Avec la décision QPC *Époux P. et autres* du 30 juillet 2010²³⁸, le Conseil constitutionnel a eu à connaître des perquisitions fiscales. Or la procédure prévue à l'article L. 16 B du livre de procédures fiscales avait été mise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme²³⁹. L'article L. 16 B du livre de procédures fiscales a alors été modifié pour apporter des garanties nouvelles conformes à la convention européenne que le Conseil a jugé conforme à la Constitution.

Dans la décision QPC *M. Daniel W. et autres* du 30 juillet 2010²⁴⁰, le Conseil a jugé de la conformité à la Constitution du régime français de la garde à vue. Il a évidemment analysé avec soin la jurisprudence de la Cour européenne et notamment l'arrêt

233 CC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, n° 93-325 DC.

234 CC, 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, n° 99-416 DC.

235 CC, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, n° 2003-484 DC.

236 VOIV., « *L'influence de la cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel* » précité.

237 CC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, n° 86-217 DC ; CC, 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, n° 89-271 DC.

238 CC, 30 juillet 2010, *Époux P. et autres*, n° 2010-19/27 QPC.

239 CEDH, 21 février 2008, *Ravon et autres contre France*, n° 18497/03.

240 CC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, n° 2010-14/22 QPC.



*Salduz c. Turquie*²⁴¹. La référence, au considérant 28 de la décision du Conseil, aux « *circonstances particulières* » pouvant justifier une restriction des droits de la défense, renvoie directement à la jurisprudence de la Cour.

- Un deuxième exemple est fourni par la décision du 10 juin 2010 sur la loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée²⁴².

L'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention stipule que « *Toute personne a droit au respect de ses biens.* » La Cour européenne des droits de l'homme a développé une jurisprudence fondée sur l'autonomie de la notion de « *bien* » qui recouvre « *certaines droits et intérêts constituant des actifs* ». À ce titre, une créance bénéficie également de la qualification de bien lorsqu'elle est constituée. La Cour a ainsi arrimé les créances au régime conventionnel de protection du patrimoine.

Il n'était évidemment pas envisageable pour le Conseil constitutionnel de traiter constitutionnellement les créances comme des éléments du droit de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789. Il en résulterait en effet une obligation constitutionnelle faite à l'État de garantir le recouvrement des créances et d'indemniser les créanciers en cas d'effacement des créances (on pense notamment aux procédures collectives ou au surendettement).

Dans sa décision du 10 juin 2010, en décidant de soumettre le contrôle des mesures portant atteinte au droit des créanciers aux exigences constitutionnelles en matière d'atteinte aux conditions d'exercice du droit de propriété, le Conseil constitutionnel a fait entrer les créances dans le champ de la protection constitutionnelle des conditions d'exercice du droit de propriété. Il a ainsi notamment renforcé la cohérence de sa jurisprudence avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

b) Ce qu'il faut souhaiter : la préservation, dans le dialogue des juges, de l'originalité de la question prioritaire de constitutionnalité.

De manière générale, la question prioritaire de constitutionnalité et la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme n'ont, malgré leur finalité commune de protection des droits et libertés, pas le même objet. La question prioritaire de constitutionnalité est un incident d'instance qui met en cause la conformité de la loi à la Constitution. Il ne s'agit pas de savoir si l'application de la loi génère une violation des droits et libertés garantis par la Constitution mais si la loi elle-même porte atteinte à ceux-ci. Au contraire, la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas compétente pour contrôler en soi la conformité d'une loi nationale à la Convention. Elle est saisie de cas particuliers. Elle connaît, d'abord et avant tout, des violations des droits et libertés nées de l'application de la loi.

241 CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, n° 36391/02.

242 CC, 10 juin 2010, *Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, n° 2010-607 DC.



Cette dualité d'objet différent de la question prioritaire de constitutionnalité et de la saisine de la Cour de Strasbourg vide très largement de son contenu la question de l'épuisement des voies de recours interne. Il apparaît clairement que, dans l'immense majorité des cas, il ne pourra être opposé à un requérant qu'il ne peut saisir la Cour de Strasbourg faute d'avoir posé une question prioritaire de constitutionnalité auparavant. La question prioritaire de constitutionnalité n'aurait en effet pas pu lui donner gain de cause en cas de mauvaise application de la loi.

Ainsi, ramenée à des proportions très limitées, la question de l'épuisement des voies de recours interne ne se pose que dans les cas où la saisine de la Cour de Strasbourg viserait à faire condamner une violation de la convention née de la loi elle-même. Dans cette hypothèse, la question prioritaire de constitutionnalité a le même objet. Outre qu'elle permet de prévenir la violation alléguée de la convention, la question prioritaire de constitutionnalité répond à la seconde condition de la jurisprudence de la Cour : c'est une voie de droit suffisamment disponible à la disposition de tout intéressé. Encore faut-il comprendre que ceci dépend, non du Conseil constitutionnel, mais des deux cours suprêmes.

Ces cours suprêmes ont une mission générale au sommet de l'ordre juridictionnel auquel elles sont placées. Ce rôle devrait, dans « *l'esprit de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans la Cour européenne des droits de l'homme* », pour reprendre l'expression de Pascal Dourneau-Josette²⁴³, conduire ici à l'inclusion de la question prioritaire de constitutionnalité dans l'épuisement des voies de recours interne.

Quatre observations peuvent être faites à ce sujet :

- La première est que la question prioritaire de constitutionnalité est très différente du système italien dans lequel le juge a la « faculté » de saisir la Cour d'une question de constitutionnalité. En France, le juge en a l'obligation dès lors que les conditions de recevabilité sont réunies. Le Conseil constitutionnel a rappelé que le requérant s'est vu reconnaître par la Constitution le droit de voir examiner à sa demande la question prioritaire de constitutionnalité²⁴⁴. Il n'est possible ni pour le juge *a quo*, ni pour une Cour suprême de ne pas transmettre une question prioritaire de constitutionnalité sauf à ce que celle-ci soit fantaisiste, dilatoire, pose une question déjà tranchée ou soit sans rapport avec le litige.

- La deuxième observation est que la question prioritaire de constitutionnalité doit être analysée, à l'aune de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, comme un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention, et donc un recours à épuiser²⁴⁵.

243 Pascal Dourneau-Josette, « *De l'esprit de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans la CEDH* », Justice et Cassation : revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, 2008, p. 78-89.

244 CC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, n° 2010-605 DC.

245 CEDH, 22 juin 2000, *Coëme et autres c. Belgique*, n° 32492/96.



Cette jurisprudence est transposable à la question prioritaire de constitutionnalité qui est un recours au sens de l'article 13 de la Convention, et non pas seulement un pur moyen de droit. L'inclusion de ce recours dans l'épuisement des voies de recours interne se renforce alors du caractère unique de cette voie de droit en France. Il n'existe en effet pas d'autres mécanismes constitutionnels comme en Allemagne, en Espagne ou en Belgique. La question prioritaire de constitutionnalité est conçue dans notre pays comme « la » voie de droit constitutionnel permettant de faire respecter les droits et libertés constitutionnellement grands. Cette voie de droit, disponible et effective, a été conçue par le constituant français pour remédier aux violations de ces droits et libertés par la loi. Il est logique qu'elle soit exercée par le justiciable avant que la Cour de Strasbourg ne soit saisie de ces violations éventuelles.

- En troisième lieu, le système français offre la possibilité aux requérants de contester la décision du juge *a quo* de ne pas transmettre la question prioritaire de constitutionnalité. Cette contestation s'opérera en appel avec celle du jugement au fond. De même elle pourra s'opérer au stade du pourvoi. Dans ces conditions, il est naturel qu'un justiciable ne puisse saisir la Cour de Strasbourg s'il n'a pas utilisé ces diverses voies de droit pour obtenir satisfaction sur le terrain de la protection constitutionnelle des droits et libertés.

Ainsi, en question prioritaire de constitutionnalité, c'est de la seule saisine du Conseil d'État et de la Cour de cassation et non de celle du Conseil constitutionnel que dépend l'épuisement des voies de recours interne. Le constituant français a mis en place un système unique en Europe dans lequel les deux cours suprêmes sont juges négatifs de constitutionnalité. Si elles ne transmettent pas une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel, cette voie de recours interne est épuisée. Cet épuisement n'implique pas la saisine du Conseil constitutionnel. Ceci méconnaîtrait deux fois le sens de la réforme du 23 juillet 2008. D'une part, cette réforme associe les institutions dans le contrôle de constitutionnalité. D'autre part, seule la saisine du Conseil d'État et de la Cour de cassation est à la totale discrétion du justiciable.

Dans l'hypothèse rare où question prioritaire de constitutionnalité et saisine de la Cour de Strasbourg ont le même objet, le constituant français a confié aux deux cours suprêmes la régulation du système. Elles apprécient les conditions de la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité pour permettre, le cas échéant, au Conseil constitutionnel d'abroger la norme législative. Si elles ne transmettent pas une question prioritaire de constitutionnalité, la saisine de la Cour de Strasbourg est possible. Ce rôle particulier se déduit de leur double rôle de juge conventionnel et de filtre constitutionnel. Le fait de poser une question prioritaire de constitutionnalité, élément de l'épuisement des voies de recours interne, ne doit ainsi pas être confondu avec la saisine du Conseil constitutionnel sur cette question prioritaire de constitutionnalité qui ne participe pas de cet épuisement. Le Conseil constitutionnel reste une juridiction spécialisée en matière constitutionnelle. Certes sa saisine a été élargie mais il n'est pas devenu une cour régulatrice.



- En quatrième lieu, la Cour européenne des droits de l'homme a une jurisprudence sur l'épuisement des voies de recours interne qui s'applique indifféremment aux systèmes nationaux de contrôle de constitutionnalité. Elle ne prend pas partie sur ceux-ci et n'incite à l'adoption d'aucune voie de recours particulière. La France a retenu un système propre. Ce système associe juge *a quo*, cours suprêmes et Conseil constitutionnel. Les premiers doivent obligatoirement transmettre une question prioritaire de constitutionnalité dès lors que les critères de recevabilité sont réunis et exercent à ce titre un contrôle de constitutionnalité négatif. Le Conseil constitutionnel a le monopole d'appréciation de la non-conformité des lois à la Constitution. La question prioritaire de constitutionnalité institutionnalise ainsi le dialogue des juges au plan interne. Ce système est, comme l'ont montré les débuts de la question prioritaire de constitutionnalité, efficace et disponible. Il est dans la logique de neutralité de la Cour de Strasbourg à l'égard des systèmes nationaux qu'elle l'inclut dans l'épuisement des voies de recours interne.

Écartant une tradition constante, la France vient de mettre en place un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*. Cette réforme est l'aboutissement d'un processus aux multiples causes. Parmi celles-ci, figurent sans nul doute la place qu'a pris le contrôle de conventionnalité et l'influence croissante de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette étape nouvelle s'accompagne d'une articulation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité qui est aux mains des deux cours suprêmes et non du Conseil constitutionnel. C'est l'une des originalités du système français. Elle est l'un des gages, dans un dialogue des juges renouvelé, de son efficacité.

Intervention de Didier Le Prado

*Président de l'Ordre des avocats
au Conseil d'État et à la Cour de cassation*

Le 1^{er} mars 2010 est né, au travers de la question prioritaire de constitutionnalité, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Il a été réclamé de longue date²⁴⁶, annoncé par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République, et existe dans diverses législations étrangères²⁴⁷.

Il a été introduit dans le droit national par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008²⁴⁸, créant un nouvel article 61-1 dans la Constitution qui énonce : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ».

246 Voir J.-H. Stahl, *La longue marche de l'exception d'inconstitutionnalité*, in *Le dialogue des juges*, mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Dalloz 2009, p. 993 s.

247 Voir *L'application de la Constitution par les cours suprêmes*, sous la direction de G. Drago, Dalloz 2007.

248 Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.



Une loi organique du 10 décembre 2009 a ensuite introduit au sein de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel²⁴⁹ divers dispositions précisant les modalités de mise en œuvre de ce contrôle *a posteriori*, exercé au travers de la « *question prioritaire de constitutionnalité* ». S'en est suivi un décret du 16 février 2010²⁵⁰.

Le Conseil constitutionnel a adopté une décision du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité. Enfin, il importe de rapporter une circulaire du ministère de la justice et des libertés du 24 février 2010 relative à la présentation de la question prioritaire de constitutionnalité²⁵¹. La réforme est de toute première importance en ce qu'elle offre désormais au justiciable la possibilité de soulever devant le juge saisi une exception d'inconstitutionnalité, que la loi organique désigne sous le nom de « *question prioritaire de constitutionnalité* ».

Le pouvoir constituant a ainsi créé une nouvelle voie de droit, désormais appelée simplement « QPC »²⁵², pouvant être exercée à toutes les étapes de la procédure, et donc « *y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation* », comme le prévoit l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Par l'effet de la QPC, les droits du justiciable sont renforcés, par la garantie que la règle de droit applicable au litige est conforme à la Constitution, dont la prééminence, indirectement, est affirmée.

Le rôle de l'avocat, qu'il soit avocat à la cour ou avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, s'en trouve profondément modifié, puisqu'il doit désormais défendre les intérêts de son client en considération de l'exercice éventuel de cette nouvelle voie de droit que constitue la QPC. Comme l'a exprimé un auteur, la QPC constitue à la fois un « *nouveau droit pour les justiciables* » et une « *véritable novation pour les professions juridiques et juridictionnelles* »²⁵³.

La QPC a donné lieu à un véritable engouement. Les avocats, dans leur ensemble et les avocats aux Conseils, en particulier, se sont dès le 1^{er} mars 2010, appropriés cette nouvelle procédure. Au 1^{er} septembre 2010, c'est-à-dire 6 mois après la mise en œuvre de la réforme, 62 % des QPC présentées devant le Conseil Constitutionnel l'avaient été par des avocats aux Conseils²⁵⁴.

249 Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. V. *infra* p. 282 et s.

250 Décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

251 Circulaire du ministère de la justice et des libertés CIV/04/10 du 24 février 2010 relative à la présentation de la question prioritaire de constitutionnalité, BOMJL 2010-2 du 30 avril 2010.

252 B. Stirn, *QPC, Six mois et déjà un nom*, JCP 2010.933.

253 B. Mathieu, *La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit*. - À propos de la loi organique du 10 décembre 2009 et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-595 DC, JCP 2009. 602.

254 Rapport d'information déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, présenté par J.-L. Warsmann, audition de M. Guillaume, JOAN, n° 2838, p. 103 .



Pour autant, l'exception d'inconventionnalité n'a pas disparu. Elle permet, elle aussi, au justiciable de tenir en échec la disposition légale qui lui est opposée. Il suffit de rappeler, à cet égard, que, suivant l'article 55 de la Constitution : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois [...]* ». La Cour de cassation²⁵⁵ puis le Conseil d'État²⁵⁶ ont décidé que la primauté ainsi reconnue aux conventions internationales a pour conséquence que le juge, dans l'hypothèse d'une contrariété entre la loi nationale et le traité ou l'accord international, doit écarter l'application de la norme nationale, fût-elle postérieure à la convention internationale. On rappellera, à cet égard, que le Conseil constitutionnel a jugé qu'il ne lui « *appartient pas [...], saisi en application de l'article 61 ou de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux et européens de la France* »²⁵⁷.

Ces deux instruments entretiennent des relations si étroites qu'il a été affirmé que « *malgré les différences, le contrôle de conventionnalité [...] s'apparente très largement à un contrôle de constitutionnalité des lois* »²⁵⁸.

Aux termes de l'alinéa 5 de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, « *la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation* ».

Se pose donc pour l'avocat une véritable question de « *stratégie* », au regard du caractère prioritaire de l'exception d'inconstitutionnalité²⁵⁹. Faut-il privilégier la QPC, nouvellement entrée dans notre ordre juridique ou le contrôle de conventionnalité, moyen de droit couramment utilisé et de façon habituelle par les avocats, pour faire écarter l'application d'une loi contraire à un droit fondamental ?

Aujourd'hui, l'avocat confronté à une disposition législative qui lui semble méconnaître un droit ou une liberté résultant à la fois de la Constitution et d'un traité international, doit choisir, définir une stratégie, privilégier l'un ou l'autre contrôle ou décider d'invoquer cumulativement les deux exceptions.

Le dramaturge Jacques Deval a écrit qu'« *une moitié de la victoire est dans le choix du champs de bataille* ». Certes, parfois, ce choix n'existe pas. Il n'y a pas

255 Cass., Ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des Douanes contre Société Café Jacques Vabre*, Bull. Ch. mixte, n° 4 ; D. 1975.497.

256 CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 10824.

257 CC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, n° 2010-605 DC, cons. 16 ; dans la même décision, il a aussi rappelé que « *le moyen tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité* » (cons. 11) ; le Conseil constitutionnel en avait déjà jugé ainsi dans sa décision *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse* du 15 janvier 1975, cons. 7.

258 O. Dutheillet de Lamothe, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, in Mélanges Daniel Labetoulle, Dalloz 2007, p. 315 s.

259 B. Mathieu, *ibid.*, n°19 s.



toujours identité absolue entre, pour reprendre les termes de l'article 61-1 de la Constitution, les « *droits et libertés que la Constitution garantit* » et ceux protégés par un instrument international et il existe des droits garantis par l'un et non par l'autre. Ainsi, les droits et devoirs définis par la Charte de l'environnement de 2004 intégrée par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005²⁶⁰ dans le préambule de la Constitution²⁶¹ ne se retrouvent pas dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de même qu'« *une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* »²⁶², celui de la « *continuité du service public* »²⁶³ ou encore la « *garantie de l'indépendance des enseignants-chercheurs* », laquelle « *résulte d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République* »²⁶⁴. Parfois également, la voie de la QPC peut être fermée. Il en est ainsi lorsque les conditions posées par l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ne sont pas remplies. Seule peut alors être soulevée une exception d'inconventionnalité.

Mais dans bien des cas, les droits et libertés fondamentaux protégés par les instruments internationaux, dont notamment la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et les « *droits et libertés garantis par la Constitution* » se recoupent et peuvent également être invoqués à l'appui, soit d'une QPC, soit d'une exception d'inconventionnalité. On en donnera pour seul exemple, le respect des droits de la défense et le droit à un recours juridictionnel. Dans une formulation qui n'est pas sans rappeler l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le Conseil constitutionnel vise ainsi « *la tenue d'un procès juste et équitable* »²⁶⁵. Et, comme le précise la doctrine : « *La position du Conseil constitutionnel est proche de celle de la Cour européenne des droits de l'homme [...]* »²⁶⁶.

260 Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

261 Le Conseil constitutionnel en a fait application dans une décision du 28 avril 2005 *Loi relative à la création du registre international français* n° 2005-514 DC, dans une décision du 19 juin 2008 *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés* n° 2008-564 DC, et dans une décision du 29 décembre 2009 *Loi de finances pour 2010* n° 2009-599 DC ; les méconnaissances des principes de la Charte ont été invoquées à l'appui de diverses QPC (Civ. 3^{ème}, 27 janvier 2011, pourvoi n° 10-40056 ; Crim. 16 juillet 2010, pourvoi n° 10-90086 et n° 10-90087, à publier au bull.)

262 CC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, n° 2010-605 DC, cons. 18 ; CC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, n° 2008-564 DC, cons. 44. ; CC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543 DC, cons. 6 ; CC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n° 2006-540 DC, cons. 19. Le Conseil constitutionnel juge ainsi que « *la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti* ».

263 Par ex. : CC, 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, n° 2009-584 DC, cons. 6 ; CC, 7 août 2008, *Loi instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire*, n° 2008-569 DC, cons. 8 ; CC, 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, n° 2007-556 DC, cons. 10.

264 CC, 6 août 2010, *M. Jean C. et autres*, n° 2010-20/21 QPC, cons. 5 ; CC, 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, n° 2001-446 DC, le Conseil constitutionnel a visé le « *principe d'indépendance des professeurs d'université* » (cons. 16).

265 CC, 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, n° 2003-484 DC, cons. 83.

266 L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz 15^{ème} éd., 2009, n° 32.22, p. 551.



La question se pose alors du choix que doit faire l'avocat entre les deux exceptions. Deux séries de critères peuvent être pris en considération. C'est d'abord au regard des règles qui gouvernent le déroulement de la procédure d'examen de la QPC que doit se déterminer l'avocat dans son choix (I). Les effets et la portée de la déclaration d'inconstitutionnalité qui peut être prononcée par le Conseil constitutionnel à la suite de la transmission de la QPC doivent ensuite guider sa réflexion (II).

I. Le déroulement de la procédure.

Suivant l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, la QPC est soulevée sous la forme d'un « *moyen* ». Trois points doivent retenir l'attention lorsque l'on envisage le déroulement de la procédure de la QPC au regard de la formulation d'une exception d'inconventionnalité : la forme du moyen, d'abord, le juge compétent pour se prononcer sur ce moyen, ensuite, le moment auquel ce moment doit être soulevé, enfin.

A. La forme du moyen

Une première distinction, même si elle n'est pas fondamentale, loin s'en faut, est relative à la forme selon laquelle le moyen peut être soulevé. Le nouvel article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 prévoit que le moyen doit être « *à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé* ». C'est là une contrainte, mais elle est bien légère.

L'exigence est formulée par diverses dispositions d'ordre réglementaire : l'article 126-2 du code de procédure civile, les articles R. 771-3, R. 771-9 et R. 771-15 du code de justice administrative et les articles R. 49-21, R. 49-22, R. 49-24 et R. 49-29 du code de procédure pénale.

Dans sa décision du 3 décembre 2009, le Conseil constitutionnel a donné une explication à cette formalité : « *en exigeant que le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution soit présenté dans un écrit distinct et motivé, le législateur organique a entendu faciliter le traitement de la question prioritaire de constitutionnalité et permettre que la juridiction saisie puisse juger, dans le plus bref délai afin de ne pas retarder la procédure, si cette question doit être transmise au Conseil d'État ou à la Cour de cassation* » (considérant 8). Comme l'a résumé un auteur : « *Cette condition va permettre d'assurer le traitement rapide de la question et de s'assurer ainsi de son caractère prioritaire* »²⁶⁷.

L'objet de l'exigence est encore de concentrer la procédure vers le Conseil constitutionnel et lui réserver la seule connaissance de la QPC, sans que lui soient nécessaires les éléments de l'affaire qui a donné lieu au moyen d'inconstitutionnalité. C'est ainsi que, dans sa décision précitée du 3 décembre 2009, le Conseil constitutionnel a encore précisé que « *n'étant pas compétent pour connaître de l'instance à l'occasion de laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été posée, seuls l'écrit ou le mémoire « distinct et motivé » ainsi que les mémoires et conclusions propres à cette question prioritaire de constitutionnalité devront lui*

²⁶⁷ M. Guillaume, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Justice et cassation 2010, p. 285.



être transmis » (considérant 27). Enfin, pour un autre auteur, il s'agit « d'éviter que le moyen d'inconstitutionnalité soit soulevé de manière générale sans que le justiciable ou son Conseil argue », le même auteur ajoutant que « l'exigence d'un écrit distinct s'inscrit dans la logique du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité »²⁶⁸.

On remarquera que, selon M. Guillaume, par cette précision, le Conseil constitutionnel « a implicitement mais nécessairement jugé que cette obligation d'un mémoire distinct et motivé s'applique à tous les stades de la procédure »²⁶⁹. En particulier, l'exigence doit être respectée au stade de l'appel et lorsque la QPC est directement soulevée devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État.

Le décret d'application du 16 février 2010 a précisé les conséquences qui découlent du manquement à cette règle de forme. L'article R. 771-4 du code de justice administrative prévoit : « L'irrecevabilité tirée du défaut de présentation, dans un mémoire distinct et motivé, du moyen visé à l'article précédent peut être opposée sans qu'il soit fait application des articles R. 611-7 et R. 612-1 ». Autrement, le juge administratif peut relever d'office l'irrecevabilité du moyen qui n'aurait pas été « présenté dans un écrit distinct et motivé », sans avoir à en informer l'auteur de la QPC ni à l'inviter à régulariser l'irrecevabilité. Quant à l'article R. 49-21 du code de procédure pénale, il prévoit, en son second alinéa : « La juridiction doit relever d'office l'irrecevabilité du moyen qui n'est pas présenté dans un écrit distinct et motivé ». Enfin, l'article 126-1 du code de procédure civile énonce, en son deuxième alinéa : « Le juge doit relever d'office l'irrecevabilité du moyen qui n'est pas présenté dans un écrit distinct et motivé ». Mais, en application du principe de la contradiction, posé par l'article 16 du code de procédure civile, le juge doit « avoir invité au préalable les parties à présenter leurs observations ». Par suite, la fin de non-recevoir pourra être régularisée²⁷⁰.

Inversement, aucune règle de forme n'est posée relativement au moyen d'inconstitutionnalité, qui forme un moyen de droit commun. Il peut donc être invoqué avec les autres moyens soutenus sans qu'il y ait lieu de distinguer selon la norme nationale ou internationale sur laquelle ils s'appuient.

L'avocat doit donc veiller au respect de ces règles de forme. Mais pour autant elles ne seront pas déterminantes dans le choix qu'il doit opérer entre l'exception d'inconstitutionnalité et l'exception d'inconstitutionnalité.

Une autre spécificité doit retenir l'attention : le moyen de constitutionnalité, aux termes de l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 « ne peut jamais être relevée d'office ». Il existe cependant une interrogation sur la faculté qu'aurait le ministère public à soulever d'office un moyen d'inconstitutionnalité, dans l'hypothèse où il ne serait pas partie principale à l'instance pénale²⁷¹.

268 B. Mathieu, *La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit*, *ibid.*, n° 12.

269 *La question prioritaire de constitutionnalité*, *ibid.*, p. 279 s., p. 285.

270 Voir M. Guillaume, *ibid.*, p. 286.

271 Voir M. Guillaume, *ibid.*, p. 287-288.



Le juge ne viendra donc pas au secours de l'avocat qui aura omis de le soulever et dont le client pourrait, une fois son litige terminé, s'apercevoir que la disposition législative à l'origine de sa condamnation vient d'être abrogée par le Conseil constitutionnel sur la base d'une question prioritaire de constitutionnalité auquel un autre avocat aura songé.

Au vrai, cette spécificité est toute relative. En effet, le Conseil d'État considère que la « *conformité [...] de dispositions législatives aux traités ou accords internationaux, ne constitue pas une question d'ordre public* » et ne peut donc être relevé d'office²⁷², même s'il arrive à la Cour de cassation de relever d'office le moyen pris de la méconnaissance par les juges du fond d'un droit fondamental garanti par un instrument international²⁷³. Enfin, doit-on noter que la Cour de justice de l'Union européenne fait obligation au juge d'appliquer d'office le droit de l'Union européenne²⁷⁴. Et les droits fondamentaux de la personne tels que résultant notamment de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales font partie du droit matériel de l'Union européenne²⁷⁵.

Le législateur organique, en décidant d'écarter le pouvoir du juge de soulever d'office le moyen d'inconventionnalité, indirectement, a reconnu que le nouveau moyen de droit que constitue la QPC est la chose des parties au litige, ce qui correspond au principe de « *dispositif* ». Elles sont donc totalement libres de soulever un éventuel moyen d'inconstitutionnalité. Cette liberté s'explique précisément par la circonstance qu'il peut leur paraître plus expédient de soulever, au moins dans un premier temps, un moyen d'inconventionnalité.

B. Le juge compétent.

Une différence procédurale plus intéressante pour le choix de la voie de droit est celle de la détermination du juge compétent pour se prononcer sur chacun des deux types de moyen soulevé.

Pour ce qui regarde le moyen d'inconventionnalité, c'est le juge du principal, c'est-à-dire le juge saisi du litige lui-même qui tranchera. L'on remarquera, à cet égard, que les juridictions ordinaires sont d'ailleurs considérées par le Conseil constitutionnel comme les seules compétentes pour se prononcer sur la conformité d'une disposition légale à un traité ou une convention internationale. Et le juge national « ordinaire » a toujours été considéré comme le juge de droit commun du contrôle de conventionnalité²⁷⁶.

272 CE, 6 décembre 2002, *M. Maciolak*, n° 239540 ; voir aussi, CE, 15 juillet 2004, *M. et Mme Leroy*, n° 242318.

273 Cass., Civ. 1^{ère}, 10 mai 2006, Bull. I, n° 225. Sur ces « *critères justifiant la transmission* » d'une QPC, voir M. Guillaume, *La question prioritaire de constitutionnalité*, *ibid.*, p. 290-291.

274 CJUE, 14 décembre 1995, *Jeroen Van Schijndel ; Peterbroeck* ; voir G. Canivet et C. Huglo, *Europe* 1996, n° 4.

275 Voir L. Dubouis et Cl. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, 4^{ème} éd., n° 151.

276 CC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, n° 74-54-DC ; CC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n° 2009-595 DC, cons. 22.



Le justiciable semble en tirer divers avantages. En premier lieu, son moyen d'inconventionnalité apparaît devoir être examiné rapidement, dans le cadre de l'instance nouée, sans que le juge saisi ait à surseoir à statuer, à l'inverse du juge devant lequel la QPC est soulevée, comme le prévoient les articles 23-3 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

L'avantage est relatif cependant. En effet, les délais d'examen de la QPC sont relativement courts. Dans un premier temps, la QPC fait l'objet d'une décision de transmission adressée au Conseil d'État ou à la Cour de cassation « *dans les huit jours de son prononcé* » aux termes de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Il appartient alors, aux termes de l'article 23-4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, au Conseil d'État ou à la Cour de cassation de se prononcer dans un délai de trois mois sur le « *renvoi* » de la QPC au Conseil constitutionnel, lequel doit à son tour statuer « *dans un délai de trois mois* » suivant l'article 23-10 de l'ordonnance. Si le moyen d'inconstitutionnalité est directement soulevé devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation, chacune de ces juridictions « *dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision* » suivant l'alinéa 2 de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. En définitive, s'écoule un délai maximum de six mois avant que ne soit tranchée la QPC par le Conseil constitutionnel. La procédure est donc rapide, même s'il y a néanmoins là un passage obligé par un autre juge avant que le juge initialement saisi, qui aura sursis à statuer, puisse trancher le litige.

Cet avantage doit encore être nuancé par rapport au mode de traitement du moyen fondé sur le droit de l'Union. En effet, le juge, en cas de difficulté sérieuse, a l'obligation de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et surseoir à statuer, ce qui engendrera bien évidemment un délai complémentaire, même si le traité de Lisbonne permet désormais à la Cour de justice de statuer rapidement. Et si le moyen est fondé sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le justiciable peut être conduit, s'il n'a pu obtenir satisfaction auprès du juge national, à saisir la Cour européenne des droits de l'homme, situation qui peut se révéler incommode du fait du délai complémentaire imposé et du caractère indirect de la sanction que prononcera la Cour européenne.

Une dernière différence doit, enfin, être notée. L'examen de la QPC par le Conseil constitutionnel fait l'objet d'un « *double filtrage* »²⁷⁷. La transmission de la QPC au Conseil d'État ou à la Cour de cassation fait l'objet d'un premier filtrage par la juridiction devant laquelle le moyen d'inconstitutionnalité est présenté. Ainsi, l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 pose trois conditions pour que la juridiction saisie d'une QPC la transmette au Conseil d'État ou à la Cour de cassation ; la « *disposition contestée* », d'abord, doit être « *applicable au litige ou à la procédure* »²⁷⁸ ; ensuite, elle ne doit pas avoir « *déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances* » ; enfin, la QPC ne doit pas être « *dépourvue* »

277 B. Mathieu, *La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit*, ibid., n° 14.

278 En matière pénale, il faut qu'elle « *constitue le fondement des poursuites* ».



de caractère sérieux »²⁷⁹. L'article 23-4 de l'ordonnance de 1958 pose ensuite des conditions, s'ajoutant à celles posées à l'article 23-2, au renvoi de la QPC devant le Conseil constitutionnel par le Conseil d'État et la Cour de cassation : il faut que la QPC soit « *nouvelle ou présente un caractère sérieux* ». Ces conditions s'appliquent aussi, suivant l'article 23-5, alinéa 3 de l'ordonnance de 1958 lorsque le moyen d'inconventionnalité est directement soulevé devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation. La compétence juridictionnelle, pour ce qui regarde la QPC, est donc plurielle. Le moyen d'inconventionnalité, quant à lui, sauf renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne, est directement apprécié par le juge qui en est saisi. Et le moyen d'inconventionnalité donne lieu à l'examen de son bien-fondé au travers des étapes procédurales de droit commun, alors que la QPC forme une procédure spécifique et autonome, reposant sur la compétence de divers juges, dont celle *in fine*, du juge constitutionnel.

Même si certains ont pu craindre une utilisation de la QPC à titre dilatoire, cette distinction procédurale en termes de délais, n'est cependant pas non plus déterminante dans le choix que doit opérer l'avocat.

C. Moment où le moyen doit être soulevé.

Une troisième et dernière différence procédurale est notable : celle du moment auquel le moyen peut être soulevé.

Si la question prioritaire de constitutionnalité ne peut jamais être soulevée d'office, comme on l'a vu, elle peut être invoquée à tout stade de la procédure. C'est ainsi qu'aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, le moyen d'inconstitutionnalité « *peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel* ». Aux termes de l'article 23-5 de l'ordonnance de 1958, il peut même être soulevé « *pour la première fois en cassation* ».

Inversement, le Conseil d'État aussi bien que la Cour de cassation décident qu'un moyen de cassation tiré de la méconnaissance du droit de l'Union ou de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est irrecevable s'il n'a pas été présenté préalablement devant les juridictions du fond. Un tel moyen serait regardé comme nouveau.

Il s'agit là d'une différence qui peut permettre le développement de stratégies procédurales. Une partie peut en première instance, voire en appel, tenter de faire triompher sa thèse en soulevant une exception d'inconventionnalité. Si l'exception n'est pas accueillie, le justiciable pourra toujours, y compris devant le juge de cassation, invoquer une QPC. L'avocat aux Conseils qui estime qu'une disposition législative porte atteinte à un droit ou une liberté protégés aussi bien par la Constitution que par le droit de l'Union ou la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sans qu'un débat ait préalablement eu lieu devant le juge du fond, pourra néanmoins invoquer un moyen de cassation recevable, fondé sur une QPC par laquelle il sollicitera l'abrogation de la disposition légale.

²⁷⁹ Sur ces « *critères justifiant la transmission* » d'une QPC, voir M. Guillaume, *La question prioritaire de constitutionnalité*, *ibid.*, p. 290-291.



On en vient alors à envisager une seconde série de critères, sans doute plus importants, liés à la portée de la décision à intervenir.

II. La portée de la décision à intervenir.

Le moyen d'inconstitutionnalité et celui d'inconventionnalité ne produisent pas les mêmes effets et n'ont pas les mêmes conséquences sur les parties au litige.

A. Les effets.

Les effets du moyen de conventionnalité et du moyen de constitutionnalité ne sont pas les mêmes. Si la disposition législative est déclarée non conforme à un traité ou un accord international par les juridictions ordinaires, son application est seulement écartée du litige en cause. Comme l'exprime un auteur : « *La primauté reconnue au traité ou l'accord international met obstacle à ce qu'une loi leur soit contraire* »²⁸⁰. En revanche, si une disposition législative est déclarée contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel à l'issue de la procédure de QPC, elle est, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution, « *abrogée* ».

Il s'agit là d'une différence non négligeable, même si lorsque le Conseil d'État ou la Cour de cassation déclare une disposition législative non conforme à un traité ou accord international, la décision ainsi rendue a un effet jurisprudentiel assez radical, en ce sens que les juridictions du fond devraient refuser d'en faire application.

Cette distinction peut guider le choix du justiciable et de son avocat dans la stratégie à adopter. Une fois que le Conseil constitutionnel s'est prononcé, la disposition est abrogée définitivement. Le justiciable n'a plus à craindre une décision contraire alors que si le premier juge déclare non conforme la disposition à un traité ou accord international, sa décision peut être remise en cause en appel, voire par le juge de cassation. Comme le résume un auteur, « *en cas d'abrogation de la disposition législative contestée, le justiciable obtiendra satisfaction dans un délai d'environ un an et en première instance sans que la question de la validité de la disposition législative contestée puisse faire l'objet d'un nouveau débat en appel, en cassation, voir devant la Cour européenne des droits de l'homme* »²⁸¹.

Certains justiciables institutionnels, syndicats de salariés, fédérations professionnelles par exemple ou certaines associations, pourront préférer la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité afin d'obtenir une décision comportant des effets *erga omnes* : abrogation ou neutralisation par des réserves d'interprétation. Et, sans abroger la disposition contestée, le Conseil constitutionnel peut en délivrer une interprétation conforme à la Constitution²⁸².

Ce point peut aussi guider la stratégie des plaideurs, en vue d'obtenir un infléchissement de la jurisprudence. D'autres plaideurs individuels se suffiront d'un moyen de conventionnalité qui, s'il est accueilli, leur permettra de gagner leur procès.

Dans certains cas, le contrôle de conventionnalité peut s'avérer plus approprié car il est plus souple que le contrôle de constitutionnalité. La Convention européenne de

280 F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz 7^{ème} éd., n° 265.

281 B. Mathieu, *La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit*, *ibid.*, n° 22.

282 Par ex. CC, 16 septembre 2010, *M. Jean-Victor C.*, n° 2010-25 QPC, cons. 17 et 18.



sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales permet ainsi, par un contrôle de proportionnalité, de faire censurer non pas la disposition législative elle-même mais la manière dont elle a été appliquée au cas d'espèce. Inversement, le Conseil constitutionnel « *tranche une question de pur droit, de conformité de la loi à la Constitution* »²⁸³. Dans d'autres cas, le contrôle de constitutionnalité sera plus approprié. On peut songer notamment à l'incompétence négative admise par le Conseil constitutionnel, pour les droits ou libertés garantis par la Constitution²⁸⁴.

B. Conséquences sur les parties au litige.

Une autre singularité tient aux conditions dans lesquelles la décision obtenue va bénéficier aux requérants. Comme on l'a vu, l'abrogation de la disposition législative par le Conseil constitutionnel s'impose à tous. Mais, comme le prévoit l'article 62 alinéa 2 de la Constitution, la disposition déclarée inconstitutionnelle « *est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision* » et le Conseil Constitutionnel « *détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produit sont susceptibles d'être remis en cause* ». L'objectif du constituant a tendu « *tout à la fois à préserver la sécurité juridique et à permettre au Conseil constitutionnel de faire profiter, le cas échéant, l'auteur de la question des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité et donc de l'abrogation de la loi, qui en principe ne vaut que pour l'avenir* »²⁸⁵.

Dans un certain nombre de cas, il suffit au Conseil constitutionnel d'abroger les dispositions contestées et d'en faire profiter directement l'auteur de la QPC, de sorte que le juge ordinaire devant laquelle l'affaire est renvoyée, lui donnera directement satisfaction. Ainsi, le Conseil constitutionnel a jugé, après avoir accueilli la QPC, et visant l'article 62 de la Constitution que « *la présente déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la présente décision* » et qu'« *elle peut être invoquée dans les instances en cours à cette date et dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles* »²⁸⁶. De même, le Conseil constitutionnel a jugé qu'« *en principe, une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la question prioritaire de constitutionnalité* »²⁸⁷. On s'en tiendra à deux exemples : l'abrogation des dispositions de l'article L. 7 du code électoral par la décision QPC *M. Stéphane A. et autres* rendue le 11 juin 2010, dans laquelle le Conseil constitutionnel a jugé que « *l'abrogation de l'article L. 7 du code électoral permet aux intéressés de demander, à compter du jour de publication de la présente décision, leur inscription immédiate sur la liste électorale dans les conditions déterminées par la loi* » ; l'abrogation par une décision QPC rendue le 2 juillet 2010 de l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande, dans laquelle le Conseil constitutionnel a jugé que cette abrogation « *est applicable à toutes les infractions non jugées définitivement au jour de la publication de la*

283 M. Guillaume, *La question prioritaire de constitutionnalité*, *ibid.*, p. 305.

284 M. Guillaume, *ibid.*, p. 284 ; pour un exemple, voir décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, cons. 6.

285 B. Mathieu, *La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit*, *ibid.*, n° 24.

286 CC, 22 septembre 2010, *Société Esso SAF*, n° 2010-33 QPC : abrogation du e du 2° de l'article L. 332-6-1 du code de l'urbanisme.

287 CC, 30 juillet 2010, *M. Stéphane A. et autres*, n° 2010-14/22 QPC, cons. 30.



présente décision » et que « *par suite, à compter de cette date, pour exercer la compétence que leur reconnaît le code disciplinaire et pénal de la marine marchande, les tribunaux maritimes commerciaux siègeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun* »²⁸⁸.

Mais si l'auteur de la QPC bénéficie donc en principe de l'abrogation de la disposition législative déclarée contraire à la Constitution, il n'en va pas toujours ainsi. Le Conseil constitutionnel rappelle en effet dans ses décisions que « *l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* » et que « *cet article lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit* »²⁸⁹. Parfois, l'abrogation ne suffit donc pas et l'intervention du législateur est nécessaire. Les effets de l'abrogation peuvent alors être différés.

Il est arrivé au Conseil constitutionnel, en différant les effets de l'abrogation, de prévoir des dispositions permettant aux requérants et aux justiciables qui se trouvent dans une situation du même type, d'en bénéficier néanmoins. On citera la décision QPC du 28 mai 2010 relative à la cristallisation des pensions : le Conseil constitutionnel a décidé qu'« *afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, l'abrogation des dispositions précitées prendra effet à compter du 1^{er} janvier 2011* », mais qu'« *afin de préserver l'effet utile de la présente décision à la solution des instances actuellement en cours, il appartient, d'une part, aux juridictions de surseoir à statuer jusqu'au 1^{er} janvier 2011 dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles et, d'autre part, au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la présente décision* »²⁹⁰. Dans une décision QPC du 13 janvier 2011 relative aux pensions civiles et militaires de retraite²⁹¹, le Conseil constitutionnel a, de la même manière, jugé qu'« *afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée, l'abrogation des dispositions précitées prendra effet à compter du 1^{er} janvier 2012* », mais qu'« *afin de préserver l'effet utile de la présente décision à la solution des instances actuellement en cours, il appartient, d'une part, aux juridictions de surseoir à statuer jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ou, au plus tard, jusqu'au 1^{er} janvier 2012 dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles et, d'autre part, au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la présente décision* ». Dans ces deux cas, l'abrogation, bien qu'elle soit différée, profitera néanmoins au requérant.

Mais il est d'autres hypothèses dans lesquelles l'abrogation différée ne profitera en rien au justiciable qui a posé la QPC. Ainsi, dans sa décision QPC du 30 juillet 2010 sur la garde à vue, le Conseil constitutionnel a d'abord rappelé qu'il « *ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement* » et qu'« *il*

288 CC, 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres*, n° 2010-10 QPC (cons. 5.).

289 CC, 28 janvier 2011, *Mme Corinne C. et autre*, n° 2010-92 QPC, cons. 5 ; CC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.* n° 2010-39 QPC, cons. 5 ; CC, 6 octobre 2010, *M. Mathieu P.* n° 2010-45 QPC, cons. 7 ; CC, 22 septembre 2010, *Société Esso SAF*, n° 2010-32 QPC, cons. 9 ; CC, 17 septembre 2010, *Association Sportive Football Club de Metz*, n° 2010-28 QPC, cons. 8.

290 Considérant 12.

291 CC, 13 janvier 2011, *M. Claude G.*, n°2010-83 QPC.



ne lui appartient pas d'indiquer les modifications des règles de procédure pénale qui doivent être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée ». Puis, il a jugé que « *si, en principe, une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la question prioritaire de constitutionnalité, l'abrogation immédiate des dispositions contestées méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives* » et qu'« *il y a lieu, dès lors, de reporter au 1^{er} juillet 2011 la date de cette abrogation afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité* ». Il a décidé en conséquence que « *les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité* »²⁹². La déclaration d'inconstitutionnalité ne profite donc en rien au justiciable qui a présenté la QPC. De même, dans une décision QPC du 22 septembre 2010 sur les retenues douanières²⁹³, le Conseil constitutionnel a rendu une déclaration d'inconstitutionnalité mais en a différé les effets, refusant à l'auteur de la QPC la possibilité de s'en prévaloir. On citera encore une décision QPC du 6 octobre 2010 sur l'attribution d'un nom de domaine²⁹⁴, ainsi qu'une décision QPC du 26 novembre 2010 sur l'hospitalisation sans consentement²⁹⁵. Le justiciable qui a fait valoir un droit subjectif, et a obtenu une déclaration d'inconstitutionnalité admettra parfois difficilement qu'il ne bénéficie pas de la réponse favorable qu'il a obtenue du juge constitutionnel à la QPC posée.

La situation est différente devant les juridictions ordinaires, saisies d'une exception d'inconventionnalité. Le requérant qui obtient de son juge qu'une disposition législative soit déclarée contraire au droit de l'Union ou à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, bénéficie en principe des effets de ce constat de contrariété. La disposition législative déclarée contraire à un instrument international sera, purement et simplement, écartée. Quant à la Cour de justice de l'Union européenne, si elle est saisie d'une question préjudicielle d'interprétation, cette interprétation s'applique en principe aux situations passées, de sorte que l'arrêt a un effet rétroactif.

Certes, il est arrivé à la Cour de justice, au Conseil d'État ou à la Cour de cassation de prononcer des décisions avec un effet futur notamment en cas de revirement de jurisprudence²⁹⁶. Mais cette application différée est en général destinée à protéger le justiciable. Le justiciable qui invoque une exception d'inconventionnalité est donc en principe assuré de bénéficier des effets de cette exception, si elle est accueillie.

292 CC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, n° 2010-14/22 QPC, cons. 30.

293 CC, 22 septembre 2010, *M. Samir M. et autres*, n° 2010-32 QPC.

294 CC, 6 octobre 2010, *M. Mathieu P.*, n° 2010-45 QPC.

295 CC, 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.*, n° 2010-71 QPC, cons. 41 : « *Considérant qu'en principe, une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la question prioritaire de constitutionnalité ; que, toutefois, l'abrogation immédiate de l'article L. 337 du code de la santé publique, devenu son article L. 3212-7, méconnaîtrait les exigences de la protection de la santé et la prévention des atteintes à l'ordre public et entraînerait des conséquences manifestement excessives ; que, par suite, afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité, il y a lieu de reporter au 1^{er} août 2011 la date de cette abrogation ; que les mesures d'hospitalisation prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité* ».

296 Par ex. : Cass., Civ. 2^{ème}, 8 juillet 2004, Bull. II, n° 387 ; Cass., Ass. plén. 21 décembre 2006, Bull. Ass. plén. n° 15.



Mais ce principe a été récemment remis en cause. En effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu le 19 octobre 2010, trois arrêts en matière de garde à vue, qui sont sans conteste très novateurs au regard de l'interdiction pour le juge de se prononcer par voie de disposition générale²⁹⁷. La chambre criminelle a jugé que certaines règles actuelles de la garde à vue méconnaissent les exigences de l'article 6-3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales retenant que « *toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit, dès le début de la garde à vue, être informée de son droit de se taire et bénéficier, sauf renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat* ». Mais, elle a décidé que « *l'arrêt n'encourt pas la censure, dès lors que ces règles de procédure ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre, sans porter atteinte au principe de sécurité juridique et à la bonne administration de la justice* » et que « *ces règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1^{er} juillet 2011* »²⁹⁸. Dans les deux autres arrêts, elle a censuré les arrêts soumis à son examen, pour des motifs identiques, lors même qu'elle jugeait que la chambre d'instruction s'était conformée aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La chambre criminelle a ainsi privé les prévenus qui l'avaient saisie du bénéfice de l'inconventionnalité qu'elle a pourtant expressément reconnue, rejetant leur pourvoi ou accueillant les pourvois du ministère public.

Ces arrêts de la chambre criminelle rendus en matière de garde à vue resteront-ils exceptionnels ? L'avenir le dira²⁹⁹. La question n'est pas négligeable. Certes, la satisfaction d'avoir contribué à améliorer le respect de la hiérarchie des normes est grande pour un justiciable qui pourra méditer les paroles de Jean-Paul Sartre selon lesquelles « *toute aventure humaine, quelque singulière qu'elle paraisse, engage l'humanité entière* ». Mais pour ce justiciable, justice bien ordonnée commence par soi-même, et c'est souvent gagner son procès qui est sa première préoccupation.

En conclusion - Divers sont donc les critères, d'ordre procédural, d'abord, puis relativement à la portée de la décision rendue, ensuite, qui peuvent permettre à un avocat avec son client de déterminer la stratégie procédurale à suivre dans le choix de l'exception à soulever, d'inconstitutionnalité, *via* la QPC, ou d'inconventionnalité, devant le juge de droit commun. S'y ajoute bien sûr l'appréciation des chances que l'un ou l'autre des moyens ont d'être accueillis : même si les hypothèses sont rares, une divergence d'appréciation sur le même type de moyen n'est pas inenvisageable, « *s'agissant notamment de la signification substantielle différente qui pourrait être donnée à un principe reconnu dans l'un ou l'autre des ordres juridiques (égalité, dignité...)* »³⁰⁰. Le choix n'est pas simple. Il l'est si peu que, bien souvent, la sagesse consistera, par précaution à invoquer les deux types de moyens.

297 Cass., Crim., 19 octobre 2010, n° 10-82902 ; n° 10-82306 ; n° 10-85051.

298 Cass., Crim., 19 octobre 2010, n° 10-82902.

299 La solution a été inversée par des arrêts d'Assemblée Plénière des 15 avril 2011, Bull AP n° 1 à 4, n°10-30.316, 10-30.313, 10-30.242 et 10-17.049 et la Chambre criminelle l'a abandonnée : Cass., Crim, 31 mai 2011, n°10-88.293, 11-81.412, 10-80.034 et 10-88.809.

300 B. Mathieu, *La question prioritaire de constitutionnalité : une nouvelle voie de droit*, *ibid.*, n° 22.



La coexistence entre les deux contrôles a d'ailleurs été organisée par le législateur organique. Aux termes de l'alinéa 3 de l'article article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, la « *juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution, et d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation* ». Il en va de même, lorsque le moyen d'inconstitutionnalité est soulevé devant la Conseil d'État ou la Cour de cassation, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. L'exigence a été déclarée conforme par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée du 3 décembre 2009³⁰¹. A la suite de la saisine de la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle relative à la conformité à l'article 267 du Traité UE des articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958³⁰², les plus hautes juridictions, Cour de cassation, Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de justice de l'Union européenne, dans l'ordre chronologique³⁰³, se sont prononcées sur l'articulation entre le moyen d'inconstitutionnalité et celui d'inconventionnalité. Pourquoi, dans ces conditions, se priver d'un des deux moyens permettant de faire obstacle à la mise en œuvre d'une loi contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution et par un instrument international ?

Bien souvent, l'avocat n'hésitera donc pas à invoquer en même temps ou successivement l'inconventionnalité et l'inconstitutionnalité de la loi se rappelant une autre parole de Jean-Paul Sartre selon lequel « tous les moyens sont bons quant ils sont efficaces ». L'essentiel est d'obtenir au profit des justiciables le respect des droits et libertés, qu'ils trouvent leur source dans la Constitution ou les traités internationaux. Et les progrès, en la matière, ont été considérables depuis le 1^{er} mars 2010. La question prioritaire de constitutionnalité a ainsi permis des avancées qui n'avaient pas été obtenues jusqu'à alors sur le seul fondement du contrôle de conventionnalité. On citera, entre autres, l'abrogation des dispositions de l'article 575 du code de procédure pénale qui limitait la possibilité pour les parties civiles de se pourvoir en cassation³⁰⁴, l'abrogation des dispositions législatives sur la cristallisation des pensions³⁰⁵, l'abrogation des dispositions sur la garde à vue³⁰⁶. Bien d'autres QPC sont en cours d'examen et ce nouveau moyen d'inconstitutionnalité permettra, sans nul doute, d'autres progrès dans la protection des droits fondamentaux du justiciable.

301 Cons. 22.

302 Cass., 16 avril 2010, *Abdeli et Melki*, n° 10-40002 QPC.

303 CC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, n° 2010-605 DC, cons. 11 s. ; CE, 14 mai 2010, *Rujovic*, n° 312305 ; CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10 et C-189/10, § 57.

304 CC, 23 juillet 2010, *Région Languedoc-Roussillon et autres*, n° 2010-15/23 QPC.

305 CC, 28 mai 2010, *Consorts L.*, n° 2010-1 QPC.

306 CC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, n° 2010-14/22 QPC.



Intervention d'Elisabet Fura

*Juge à la Cour européenne des droits de l'homme,
vice-présidente de la 3^{ème} section*

La réforme constitutionnelle récemment intervenue en France a considérablement modifié le système juridique français en introduisant la question prioritaire de constitutionnalité ou QPC. Comme vous le savez, ce recours donne la possibilité à chaque citoyen de saisir le Conseil constitutionnel s'il estime que la loi qui lui a été appliquée est contraire à la Constitution, à l'instar de ce qui existe dans d'autres États membres du Conseil de l'Europe.

C'est une réforme fondamentale, les constitutionnalistes le savent, qui donne aux deux juridictions suprêmes françaises, le Conseil d'État et la Cour de cassation, un rôle de premier plan comme j'aurai l'occasion de le dire dans un instant. Quelles sont les conséquences de cette nouvelle exception d'inconstitutionnalité au regard de la Convention européenne des droits de l'homme ? Dans quelle mesure ce nouveau mécanisme peut-il avoir une fonction de filtrage s'agissant des requêtes dirigées contre la France devant la Cour européenne des droits de l'homme ? Voici les questions auxquelles je vais tenter aujourd'hui de répondre, à la lumière des enseignements qu'on peut tirer des mécanismes proches existants dans trois autres États parties à la Convention que sont l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne. Cette réforme permet-elle à la France de prévenir des violations de la Convention ayant leur origine dans une loi ? Engendrera-t-elle une diminution du nombre de requêtes introduites devant la Cour européenne des droits de l'homme ?

Ce sont évidemment des questions qui nous concernent au premier chef et ce, pour plusieurs raisons :

- Tout d'abord, notre Cour n'est pas compétente pour contrôler en soi la conformité d'une loi nationale à la Convention, puisqu'elle ne peut être saisie que d'un cas particulier. Or, des violations dans une affaire individuelle sont potentiellement le fait de la loi elle-même. C'est ce que notre Cour appelle des violations systémiques ou structurelles.

- Ensuite, l'exécution de l'arrêt de la Cour constatant une violation oblige l'État condamné à prendre des mesures, au besoin législatives, afin de mettre fin à ce type de violations. Cela évite que de nouvelles requêtes répétitives soient portées à Strasbourg. Il revient en principe au Comité des ministres du Conseil de l'Europe de contrôler l'adoption de ces mesures par l'État condamné. Toutefois, notre Cour hésite de moins en moins à les indiquer directement dans ses arrêts.

- Enfin, dans la mesure où la jurisprudence de Strasbourg a une autorité interprétative, qui va au-delà du cas d'espèce, les pays ont tout intérêt à devancer d'éventuelles condamnations à Strasbourg. Ils doivent anticiper une éventuelle violation si leur législation est analogue à celle qui a été censurée par notre Cour. Cette autorité oblige donc les États à suivre attentivement la jurisprudence de notre Cour afin d'en tirer les conséquences pour leurs propres systèmes juridiques. Dans



ce contexte, la nouvelle exception d'inconstitutionnalité française est susceptible de contribuer indirectement à la prévention des violations de la Convention ayant leur origine dans une norme de rang législatif.

Cela dépendra notamment de trois facteurs.

- Premièrement, il faut qu'il existe des points de recoupement entre la Convention et les droits et libertés que la Constitution nationale garantit. Il est incontestable qu'il existe une grande proximité entre les droits conventionnels et les droits constitutionnels français. En effet, nombre de sujets qui ont été traités jusqu'à présent par le Conseil constitutionnel ou qui sont actuellement en cours d'examen, font, ou ont fait, l'objet de requêtes devant la Cour. A titre d'exemple, on peut citer la cristallisation des pensions, les perquisitions fiscales, la possibilité pour la partie civile de se pourvoir en cassation, l'adoption par une personne seule, le mariage homosexuel ou la consignation pour les contraventions au code de la route. Il y a donc une certaine convergence entre les blocs de constitutionnalité et de conventionnalité. Cela n'empêche pas que, dans certains domaines, tels que les droits sociaux, la Constitution est plus protectrice que la Convention et que l'inverse se produise dans d'autres matières.

- Deuxièmement, la prise en compte de la jurisprudence de Strasbourg par le Conseil Constitutionnel. Contrairement à d'autres pays européens, la France n'a pas intégré la Convention dans son bloc de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel ne peut donc pas s'appuyer sur la Convention pour examiner les questions qui lui sont posées. Il convient toutefois de tempérer cette affirmation pour deux raisons. D'une part, le Conseil constitutionnel s'est déjà largement inspiré de la jurisprudence de notre Cour lors d'un examen de constitutionnalité. D'autre part, le Conseil d'État et la Cour de cassation chargés de transmettre la QPC au juge constitutionnel, sont, quant à eux, garants de la Convention en droit interne.

- Troisièmement : les effets *erga omnes* que la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi aura dans le système juridique français. La loi déclarée inconstitutionnelle sera abrogée, éliminant ainsi du système juridique français des lois potentiellement « inconstitutionnelles » dont l'application aurait pu être mise en cause à Strasbourg. A titre d'exemple, le 2 juillet 2010³⁰⁷, le Conseil a déclaré contraire à la Constitution l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande. Cette disposition, qui définissait la composition des tribunaux maritimes commerciaux, a été jugée contraire au principe d'indépendance du « tribunal ». Elle prévoyait en effet qu'un militaire et un fonctionnaire, soumis par nature à l'autorité hiérarchique, prenaient part à la formation de jugement. L'effet *erga omnes* des décisions du Conseil constitutionnel présente un avantage certain par rapport au contrôle de conventionnalité actuellement exercé par le juge commun français. Celui-ci ne peut en effet qu'écartier l'application de la loi litigieuse dans le litige dont il est concrètement saisi. Les exemples italien, allemand et espagnol permettent de constater qu'une exception d'inconstitutionnalité comme celle introduite en France peut jouer un rôle de filtrage au niveau de notre Cour. Il est vrai que les mécanismes de contrôle concret de la constitutionnalité des normes prévus par ces systèmes juridiques vont plus loin que celui créé en France, en conférant notamment au

³⁰⁷ CC, 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres*, n° 2010-10 QPC.



juge de droit commun la possibilité de soulever l'inconstitutionnalité d'office. Par ailleurs, dans ces trois pays, le juge peut renvoyer directement la question à la Cour constitutionnelle sans que l'intervention de la cour suprême soit nécessaire. Mais malgré ces différences procédurales, le contrôle de constitutionnalité des lois dans ces trois États est éclairant en ce qui concerne les potentialités de l'exception d'inconstitutionnalité française. Les trois facteurs que j'ai mentionnés il y a un instant se retrouvent de manière très claire dans la question d'inconstitutionnalité italienne et espagnole ainsi que dans le contrôle concret de normes allemand. D'une part, les points de recoupement entre le texte constitutionnel et la Convention sont très nombreux dans ces trois pays. D'autre part, les juridictions constitutionnelles de ces trois pays prennent en considération la Convention et la jurisprudence de notre Cour dans l'interprétation des droits fondamentaux garantis par leurs constitutions. En Allemagne, ceci a été réaffirmé par l'arrêt *Görgülü*³⁰⁸ rendu par la Cour constitutionnelle en 2004. En Italie la Cour constitutionnelle a consacré cette reconnaissance dans deux jugements du 24 octobre 2007³⁰⁹. En Espagne, il s'agit d'une obligation prévue par l'article 10-2 de la Constitution elle-même. Enfin, les déclarations d'inconstitutionnalité ont un effet *erga omnes* dans chacun de ces pays. Mais il y a d'autres facteurs qui sont importants en ce qui concerne une possible fonction de filtrage de l'exception d'inconstitutionnalité. J'insiste sur l'effet élargi du contrôle de constitutionnalité, car il peut dans certains cas éviter un grand nombre de violations répétées sur la base d'une seule norme législative. Il faut toutefois reconnaître que la plupart des violations des droits de l'homme constatées par notre Cour trouve son origine plutôt dans une application incorrecte que dans la norme elle-même. A ce titre, l'exemple de l'annulation des dispositions relatives à la cristallisation des pensions d'anciens combattants que j'ai cité tout à l'heure est éclairant car il tarit rapidement le contentieux devant la Cour. J'ajoute que lorsque la disposition contestée devant notre Cour a été annulée, les parties s'orientent plus facilement vers un règlement amiable de l'affaire. Ensuite, même lorsque la décision de la juridiction constitutionnelle est défavorable au requérant, elle peut avoir un effet dissuasif, en le décourageant de poursuivre sa requête à Strasbourg. Enfin, tout recours peut avoir un effet « pacifiant ». Le requérant peut se contenter d'avoir eu accès à la plus haute juridiction nationale en matière de droits de l'homme, même s'il n'a pas obtenu gain de cause. Je voudrais d'ailleurs citer un exemple très instructif. Le Tribunal constitutionnel espagnol a été saisi de plusieurs questions relatives à la possibilité d'exercer successivement les fonctions de juge d'instruction et de juge du fond. Par un arrêt du 12 juillet 1988, il a constaté que cette possibilité était incompatible avec la règle de l'impartialité telle que garantie par l'article 6 de la Convention. Cette position s'inscrivait dans la droite ligne de la jurisprudence de notre Cour³¹⁰. Le Tribunal constitutionnel a déclaré ces dispositions législatives inconstitutionnelles et en a donc prononcé l'annulation. Grâce à cet arrêt, l'inconventionnalité de la loi espagnole sur cette

308 Cour constitutionnelle fédérale allemande, deuxième chambre, 14 octobre 2004, *Görgülü*, 2, BvR 1481/04, EuGRZ 2004, pp. 741 et s; traduction française : R.U.D.H. 2004, pp. 139 et s., en anglais : HRLJ 2004, pp. 99 et s.. Disponible également sous <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/2004/10/14>.

309 Cour constitutionnelle italienne, 24 octobre 2007, arrêt n° 348, *Giur. cost.*, 2007, p. 3475 note C. Pinelli et A. Moscarini ; arrêt n° 349, *Giur. cost.*, 2007, p. 3535 note M. Cartabia et A. Guarrarotti.

310 CEDH, 26 octobre 1984, *De Cubber c. Belgique*, n° 9186/80.



question n'a jamais été portée à Strasbourg. C'est un bon exemple de la manière dont le contrôle concret des normes peut contribuer à la mise en conformité de la législation nationale avec la Convention, dans le respect du principe de subsidiarité. L'existence de ce mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois est une avancée dans la protection des droits de l'homme au niveau interne, mais elle n'est pas suffisante. L'Espagne et l'Allemagne ont réussi à endiguer le nombre de requêtes devant la Cour, et surtout le nombre de violations constatées, grâce à la mise en place d'un recours individuel. Ce recours permet à toute personne qui estime avoir été victime d'une violation de ses droits fondamentaux, de s'adresser directement à la juridiction constitutionnelle, après avoir épuisé les procédures disponibles en droit interne. Il ne diffère guère du droit de recours individuel devant notre Cour. De nombreuses affaires sont ainsi tranchées définitivement par la Cour constitutionnelle allemande et le Tribunal constitutionnel espagnol, sans faire l'objet d'un recours ultérieur à Strasbourg. Ainsi, l'Allemagne, par rapport à sa population, a non seulement moins de requêtes que la France, mais, surtout, le nombre de jugements aboutissants à une violation de la Convention est moins important. Entre 1998 et 2007, l'Allemagne a été condamnée pour des violations de la Convention à 60 reprises tandis que la France l'a été 470 fois. Quant à l'Espagne, le nombre des requêtes à Strasbourg par rapport à la population est l'un des plus bas en Europe (754 requêtes pendantes au 1^{er} janvier 2010, alors qu'il y avait 2 464 requêtes pendantes contre la France).

Du fait de l'inexistence d'un tel recours individuel dans le système français, on peut se demander si la nouvelle exception d'inconstitutionnalité pourra avoir les mêmes effets de filtrage. Je ne veux pas non plus omettre de souligner une particularité française qui veut que le Conseil constitutionnel ne puisse examiner qu'une seule fois la constitutionnalité d'une disposition législative, qu'il s'agisse d'un examen *a priori* ou *a posteriori*. Cette condition devrait conduire à un diminution progressive du contentieux interne au fil du temps. Je voudrais également rappeler dans cette enceinte que notre Cour s'impose elle-même le respect du principe de subsidiarité, élément qui sous-tend tout le système de la Convention. Mais ce principe ne peut fonctionner que si le juge national s'érige lui-même en juge commun du droit de la Convention. Peu importe qu'il le fasse directement ou bien indirectement, c'est-à-dire à travers les droits fondamentaux garantis par la Constitution, lus à la lumière de la Convention.

A cet égard, dans les systèmes allemand et espagnol, la juridiction constitutionnelle prononce souvent des arrêts interprétatifs, en fixant l'interprétation de la loi conforme à la Constitution et indirectement à la Convention. C'est ainsi que le dialogue entre le juge national et le juge européen devient plus riche et permanent, au service de la protection des droits de l'homme en Europe. Il est clair que la nouvelle exception, telle que précisée par la loi organique du 10 décembre 2009 exerce déjà une fonction de filtrage des requêtes avant leur introduction à Strasbourg. J'en veux pour preuve que des dispositions contestées devant la Cour ont été, entre temps, annulées par le Conseil constitutionnel, notamment l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 qui prévoyait la cristallisation des pensions des anciens combattants.



L'attitude des cours suprêmes, telles que la votre ou la Cour de Cassation, en ce qui concerne la politique de renvoi au Conseil constitutionnel, est probablement encore plus déterminante.

Vu l'inexistence en France d'un recours individuel tel qu'il existe dans les systèmes espagnol et allemand, on peut s'attendre à ce que les justiciables utilisent davantage l'exception d'inconstitutionnalité. Il appartient aujourd'hui au Conseil d'État, à la Cour de cassation et au Conseil constitutionnel de saisir cette chance. Il vous appartient de tirer toutes les conséquences de ce nouveau mécanisme, pour la mise en œuvre au niveau interne, non seulement de la Convention européenne des droits de l'homme, mais des droits de l'homme en général.

Je vous remercie de votre attention.

Olivier Dutheillet de Lamothe

Président de la section sociale du Conseil d'État

Je tiens à vous remercier, Elisabeth Fura, de cette intervention, et me permets, premièrement, de louer votre parfaite maîtrise de la langue de Molière. Vous savez que Molière est mort à quelques dizaines de mètres du lieu où nous nous trouvons, le Palais Royal étant l'héritier du Palais Cardinal où logeait Richelieu. Ce dernier, amateur de théâtre, avait fait construire un théâtre en bois, emporté deux fois par les flammes et où la troupe de Molière a longtemps joué.

En deuxième lieu, j'ai été sensible au fait que vous acceptiez, ce qui n'est pas le cas de tous les juges internationaux, de vous prêter à l'exercice consistant à répondre franchement à la question posée qui était de savoir si le développement de la question prioritaire de constitutionnalité pouvait avoir une incidence sur le nombre de recours et quelle serait alors l'attitude de la Cour.

Je vais maintenant donner la parole à la salle, peut-être en l'invitant aussi à les poser en priorité à Elisabeth Fura pour ce qui est des questions concernant son domaine. Elle nous fait aujourd'hui l'honneur de sa présence mais doit siéger demain à Strasbourg dans le cadre de la section dont elle est vice-présidente, ce qui la contraint donc à nous quitter en avance. Je ne saurai donc trop vous inciter à lui adresser le plus tôt possible les questions sur lesquelles elle est susceptible d'argumenter au premier chef.



Échanges avec les participants

Question - Comment concilier la modulation dans le temps d'une déclaration d'inconstitutionnalité (à savoir l'abrogation différée) avec l'obligation imposée par le droit de l'Union européenne d'écarter immédiatement une loi inconstitutionnelle ? Ce n'est pas une hypothèse d'école comme en témoigne l'arrêt Filipiak³¹¹ de la Cour de justice de l'Union européenne, dans un cas de figure mettant en cause l'autorité des décisions constitutionnelles polonaises.

Marc Guillaume

J'ai bien peur que cette question ne nous amène, comme l'*obiter dictum* de la Cour de justice dans sa décision du 22 juin³¹² faisant suite à sa décision *Foto-frost*³¹³, sur des cas si particuliers qu'ils nous conduisent à mal percevoir l'articulation d'ensemble que nous avons essayé de concevoir sur les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité. Ces cas particuliers, tout comme celui de l'exception de l'*obiter dictum* de la Cour dans sa décision du 22 juin, trouveront réponse. Dans sa récente décision QPC *M. Kamel D.*³¹⁴, le Conseil constitutionnel, a clairement laissé entendre que si une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg avait été posée en même temps qu'une question prioritaire de constitutionnalité, il pourrait ne pas respecter le délai de 3 mois, temps qui lui est imparti par la Constitution pour se prononcer, et attendre que la Cour de Luxembourg se prononce. Je pense donc que la difficulté qui est posée ici trouvera une réponse. Je ne partage pas l'opinion du président Le Prado sur l'idée de surprise du requérant quant à l'effet différé dans le temps.

Que s'est-il passé depuis maintenant 80 ou 90 décisions faisant suite à des questions prioritaires de constitutionnalité ? L'hypothèse de possibles conflits qui a été évoquée ne s'est concrétisée, sauf erreur, que quatre fois et ce dans des situations où nous avons constaté que la Cour de cassation s'est finalement ralliée à l'orientation auparavant donnée par le Conseil constitutionnel. Il en a été ainsi pour la garde à vue, la retenue douanière, les noms de domaine sur Internet, ou encore l'hospitalisation sans consentement. Dans les autres cas, y compris celui de la cristallisation des pensions ou celui de la condition de nationalité pour la carte du combattant, le sursis à statuer auquel nous avons invité les juridictions à procéder, va permettre de faire bénéficier les intéressés de ces dispositions. Et il est très heureux de voir que la Cour de cassation est arrivée, en matière de conventionnalité, au même raisonnement que celui auquel était parvenu le Conseil constitutionnel, en matière de constitutionnalité, sur la question de la garde à vue. Donc je crois que le dialogue des juges est à même d'apporter des solutions à ces problèmes et, par ailleurs, le Conseil constitutionnel s'apprête, pour la première fois dans l'histoire de la V^{ème} République, à se rendre à la Cour de justice de l'Union européenne, au Luxembourg, dans une quinzaine de jours. Je ne doute pas que ces questions seront abordées et que nous saurons dégager des solutions.

311 CJUE, 19 novembre 2009, *Krzysztof Filipiak c/ Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu*, C-314/08.

312 CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, affaires jointes C-188/10 et C-189/10.

313 CJUE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, affaire 314/85.

314 CC, 17 décembre 2010, *M. Kamel D.*, n° 2010-79 QPC.



Didier Le Prado

Un requérant, lorsqu'il saisit un juge, a souvent en vue le succès de son procès, tout simplement. Il y a effectivement eu certaines décisions rendues à la suite de questions prioritaires de constitutionnalité, pour lesquelles après avoir fait reconnaître l'inconstitutionnalité de la norme contestée, le requérant n'a pas obtenu gain de cause, ce qui peut engendrer une frustration de la part des justiciables.

Concernant le dialogue des juges, j'y souscris bien évidemment car il est absolument essentiel. Et pour revenir à la question qui a été posée, je crois qu'un mécanisme de régulation est en train de se mettre en place depuis le 1^{er} mars. Il convient toutefois de laisser à l'ensemble des juridictions qui interviennent (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) le soin d'aménager progressivement cette articulation dans le temps des deux contrôles (contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité). Des questions nouvelles se poseront, des réponses ont déjà été apportées dans les premières décisions rendues par ces différentes juridictions. Et je ne doute pas un instant que les difficultés ultérieures qui pourront se poser seront résolues également dans le cadre de ce dialogue des juges.

Olivier Dutheillet de Lamothe

Merci beaucoup. Je voudrai rebondir sur un point que vient de mentionner le président Le Prado, et qui à mon sens soulève une vraie question. Le constat est que le requérant obtient satisfaction dans 90 % des cas de décisions issues d'une question prioritaire de constitutionnalité. Dans toutes les matières autres que le pénal, la censure, même à effet différé, profite non seulement au requérant, mais également à toutes les instances en cours, le tout aboutissant à des situations extrêmement satisfaisantes. En matière pénale, évidemment, le Conseil constitutionnel est confronté à un problème très difficile. Sur le sujet de la garde à vue par exemple, le Conseil constitutionnel ne saurait du jour au lendemain remettre en liberté toutes les personnes gardées à vue en France et déclarer l'ensemble des procédures irrégulières. Il reste qu'une réflexion pourrait peut être quand même s'engager. J'évoquerais un récent commentaire que je me suis permis sur une très belle décision, ayant trait à la législation sur les accidents du travail, qui utilise pour la première fois la technique de la réserve d'interprétation qui a, elle, l'immense avantage d'être rétroactive. Elle s'applique par définition à tous, avec un effet *erga omnes*, puisqu'on y donne l'interprétation de la loi telle qu'elle doit être appliquée à toutes les affaires en cours, dès la publication de la décision. On peut légitimement se demander si la très large habilitation conférée au Conseil constitutionnel par l'article 62 de la Constitution ne pourrait pas l'autoriser à faire un sort particulier au requérant, c'est-à-dire à substituer à la portée *erga omnes* de ses décisions un effet *inter partes*. Je conçois très bien qu'on ne puisse pas libérer tout le monde dans le cas de la garde à vue, mais le requérant me semble être placé dans une situation tout de même particulière. Celui-ci qui a dû régler



des honoraires à un avocat, qui a fait constater l'inconstitutionnalité de la loi et progresser l'État de droit français devrait en tirer une satisfaction d'avoir contribué à faire disparaître une législation critiquable. Mais cela ne demeure qu'une piste. Nous pourrions d'ailleurs entendre sur cette question le point de vue de Mme Fura.

Elisabet Fura

Je ne donnerai pas de réponse mais me limiterai à un commentaire concernant les questions préalables, à savoir la question de l'épuisement des voies de recours internes. Nous avons eu un entretien à Luxembourg il y a une semaine car chaque année, la Cour européenne des droits de l'homme rencontre les juges de la Cour de justice de l'Union européenne. Cette fois, l'agenda portait sur des questions relatives à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention.

Bien que nous nous soyons mis d'accord pour élaborer des solutions sans nous appesantir sur les problèmes, il est apparu, après une journée de discussion, qu'une difficulté a été soulevée par la question de l'épuisement des voies de recours internes en cas de réception à Strasbourg d'une plainte contre l'Union européenne. Faut-il poser une question préalable ? Sûrement pas à mon avis car le requérant ne dispose pas de ce remède. Faut-il alors que le requérant ou son avocat demande au juge interne de poser une question préalable à la Cour de justice avant de pouvoir porter plainte devant notre Cour ? Là on devine que les juges à Luxembourg s'y opposeront, de crainte d'être envahis de requêtes non fondées. Une piste consisterait alors à considérer que si quelqu'un porte plainte devant la Cour de Strasbourg contre l'Union européenne elle-même, la Cour à Strasbourg devrait alors d'abord transmettre la question à la Cour de justice, si la question n'a pas déjà été traitée à Luxembourg. La Cour européenne des droits de l'homme attendrait alors la réponse de Luxembourg, avant de procéder à son contrôle. Ce sont là des questions qui figurent à l'agenda des négociations d'adhésion. Aucune réponse définitive n'a été établie pour l'instant. Le seul constat que l'on puisse faire est que cela va prendre du temps.

Olivier Dutheillet de Lamothe

Ce point suscite en effet d'épineux problèmes. Il y a quelques temps, un intéressant avis de la Commission de Venise, un organe du Conseil de l'Europe, avait préconisé la création d'une question préjudicielle, à savoir la possibilité, pour la Cour de justice de l'Union de poser des questions préjudicielles à la Cour européenne des droits de l'homme, ce qui serait de nature à faciliter le fonctionnement du système.

Question à l'attention d'Elisabet Fura - *Les arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation ont été précédemment évoqués. Celle-ci a en effet été amenée à prendre des arrêts avec effet différé sur le sujet de la garde à vue. C'était en effet pratiquement inéluctable, sauf à provoquer, du fait de la chambre criminelle ce que n'avait pas voulu provoquer le Conseil constitutionnel fort justement. Il est vrai que cette solution est*



critiquée par certains juristes privatistes. Mme Fura pourrait-elle nous faire part de sa réaction, en qualité de spécialiste du droit européen ? Quelle doctrine peut-on imaginer, sur la base de celle de l'Union européenne, quant aux effets des annulations pour des raisons systémiques ? Il est évident que chaque État doit avoir un certain délai pour réagir. En matière de garde à vue, il est vrai que les affaires se sont déclenchées à partir de l'arrêt Salduz de novembre 2008³¹⁵, les contentieux étant nés en France environ un an plus tard pour aboutir à la décision du 30 juillet 2010³¹⁶. Le Parlement français est en train d'en discuter, et d'ailleurs les débats qui y sont menés montrent que les solutions ne sont pas si faciles, et qu'il n'appartenait sûrement pas à la Cour de cassation de définir ce que devait être précisément l'assistance d'un avocat en garde à vue. Et pourtant, certains nous prédisent déjà des recours suite à cette décision. Quelle est votre réaction en tant que spécialiste des droits de l'homme européens ?

Elisabeth Fura

On me dit qu'il y a déjà un certain nombre de requêtes devant notre Cour du fait de ce problème là. J'ai d'ailleurs déjà précisé que la Cour hésite de moins en moins à indiquer les mesures à prendre pour l'État défendeur, mais le juge à Strasbourg veille à demeurer tout de même réaliste. Quand il s'agit de changer la législation, cela prend forcément du temps, et il ne revient pas à la Cour de le faire. Celle-ci peut indiquer des voies, et surtout indiquer le minimum auquel les États parties à la Convention doivent s'astreindre. Mais elle veille, au-delà de ces exigences minimales, à laisser une certaine marge de manoeuvre aux États. De plus, c'est au Conseil des ministres qu'il revient de suivre l'application de notre jurisprudence. La Cour se contente quant à elle de traiter les requêtes au fur et à mesure qu'elles lui parviennent. Nous avons à la Cour nos propres problèmes, à savoir les requêtes pendantes. Et lorsque des requêtes nous arrivent, nous donnons la priorité à chaque requête, et si nous recevons la requête d'un justiciable placé en détention qui conteste uniquement la légalité de la détention, force sera de constater que, même si cette requête est prioritaire, elle ne pourra être examinée dans l'immédiat à Strasbourg, malheureusement.

Marc Guillaume

Concernant en premier lieu la proposition évoquée précédemment par le président Dutheillet de Lamothe au sujet de la satisfaction du requérant, il faut rappeler que le mécanisme de question prioritaire de constitutionnalité est un mécanisme dans lequel on voit une affaire *tête de série* être déférée au Conseil constitutionnel tandis que d'autres affaires de même nature seront conservées devant les cours suprêmes ou devant les autres juridictions, sans avoir à faire l'objet d'une question prioritaire. Il est très difficile d'envisager de favoriser un requérant qui, un peu par un hasard procédural, voit son cas d'espèce faire l'objet d'une question prioritaire, alors que de nombreuses autres affaires attendent en application des dispositions organiques. Cette piste s'avérera peut-être adaptée mais si cette question paraît intellectuellement passionnante, elle demeure selon moi statistiquement secondaire.

315 CEDH, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turquie*, n° 36391/02.

316 CC, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres*, n° 2010-14/22 QPC.



Il ne s'agit finalement pas de rejoindre la jurisprudence *Association AC ! et autres*³¹⁷ du Conseil d'État. Il me semble qu'encore dernièrement le Conseil d'État a fait utilisation de cette jurisprudence dans un contentieux relatif à une nomination dans le domaine de la magistrature³¹⁸, mais il convient de voir que de telles applications sont rares. Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel notamment, cette application a été rare, car dans tous les cas où il s'est avéré possible de faire bénéficier les intéressés du sursis à statuer, cela a été fait.

Nous espérons tous bien sûr que cette nouvelle voie procédurale va permettre en quelque sorte de régler un certain nombre de questions franco-françaises.

Les éléments présents dans l'intervention d'Elisabet Fura sont décisifs.

Madame Fura a clairement distingué les cas, qui sont majoritaires, dans lesquels la Cour est saisie de contentieux relatifs à l'application de la loi, et les cas où elle est saisie de la loi. Nous, Français, ne nous sommes pas occupés des premiers, mais seulement des seconds, à travers la question prioritaire de constitutionnalité. Ainsi, l'immense majorité des affaires arrivant devant vous ne sont pas concernées par ce mécanisme, notamment dans le cadre de la réflexion sur l'épuisement des voies de recours interne, il en est ainsi, que cela soit bon ou mauvais. Le génie que l'on a voulu mettre dans cette procédure consistait à éliminer dès l'origine les contentieux, alors que ces derniers se sont peut-être développés car la disposition est ancienne. Les parallèles que Madame Fura a fait avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'Allemagne ou l'Espagne sont extrêmement intéressant, effectivement, mais se produiront peu souvent en France. Le Conseil constitutionnel a rendu environ 17 décisions de censure partielle, totale ou avec réserve. Et dans ces rares cas là, la réflexion porte sur la disparition *ab initio* de la norme, qui va permettre de remédier à l'effet systémique. Ces problèmes que l'on vient d'évoquer demeurent très intéressants pour la question de l'application dans le temps et cette question reste, en tout état de cause, riche d'avenir.

Olivier Dutheillet de Lamothe

Je crois que cette intervention est importante d'autant qu'effectivement les Anglo-saxons sont très attentifs à ces procédures françaises dont le Conseil d'État s'est d'ailleurs récemment entretenu avec la Cour suprême britannique. Le système français peut apparaître comme une sorte de démonstration chimiquement pure de toutes les expériences juridiques qu'il est possible de mener, puisque nous sommes passés d'un contrôle totalement abstrait, ce qui pour des juristes de *common law* est une horreur, à un contrôle apparemment concret qui semble meilleur. Et il est vrai que les effets produits par la question prioritaire de constitutionnalité sont infiniment plus puissants que l'ancien contrôle *a priori*. Les choses sont en vérité un peu plus compliquées car, comme l'a bien expliqué Marc Guillaume, le contrôle concret de la question prioritaire de constitutionnalité est lui-même un contrôle abstrait, il est le procès fait à une norme.

317 CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n°255886, 255887, 255888, 255889, 255890, 255891, 255892.

318 CE, Sect., 30 décembre 2010, *M. Robert*, n° 329513 et 329515.



Si on creuse et que l'on va au fond des choses, le débat sur la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions suprêmes françaises, quelles qu'elles soient, aboutit à considérer que la Cour de Strasbourg, comme la Cour suprême des États-Unis, est un juge du fait. La Cour européenne des droits de l'homme est une Cour d'appel jugeant de juridictions qui désormais, s'agissant du Conseil d'État et de la Cour de cassation, sont des juridictions de cassation qui ne jugent que le droit et s'interdisent de juger le fait, tandis que le Conseil constitutionnel ne juge, quant à lui, que la norme. Tout ceci ne rend pas toujours le dialogue facile.

Question à l'attention de Didier Le Prado - *Comment garantir le droit à un procès équitable et le droit à un recours effectif dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité dans la mesure où les juridictions suprêmes peuvent être à la fois juges et parties dans une instance. On peut citer par exemple la décision Association Alcaly³¹⁹ rendue en 2010 par le Conseil d'État qui a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité, jugeant dépourvu de tout caractère sérieux le moyen relatif à la dualité fonctionnelle de la juridiction suprême qu'est ce même Conseil d'État.*

Didier Le Prado

Cette question est intéressante en ce qu'elle pose la question de la nature de l'intervention des deux cours suprêmes. Le législateur organique a prévu trois critères que ces cours suprêmes doivent appliquer, ce qu'on ne peut leur reprocher. Le Conseil d'État, jouant son rôle de filtre, a considéré que l'un des critères, le caractère sérieux, faisait défaut, c'est pourquoi il n'a pas transmis cette requête. On ne peut lui reprocher d'avoir rempli le rôle que le constituant et le législateur organique lui ont conféré.

J'observerais que le Conseil d'État a transmis dernièrement une question prioritaire de constitutionnalité relative à la nomination d'un de ses membres comme directeur d'une administration centrale³²⁰, démontrant qu'il ne pouvait être soupçonné de répondre de manière partielle à la question qui lui était posée, au regard de son intérêt ou de l'intérêt de ses membres.

Question - *Parmi les multiples raisons qui expliquent que certains se satisfont de ce qu'il existe une séparation très forte entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, on a souvent mis en avant le fait que le contrôle de constitutionnalité est très abstrait, très objectif, à savoir un contrôle pur de la norme, alors que le contrôle de conventionnalité, surtout pratiqué par la Cour de Strasbourg elle-même, est un contrôle de la situation juridique reposant sur une dimension concrète beaucoup plus appuyée.*

319 CE, 16 avril 2010, *Association Alcaly et autres*, n° 320667.

320 CE, 24 novembre 2010, n° 343398.



Il y a un point sur lequel on n'a peut être pas autant insisté, qui est celui de la différence de contenu des corpus européens et constitutionnel, et aussi le fait qu'on y décèle de vraies différences. Certains ont défendu la thèse selon laquelle il existait une grande superposition des deux corpus, mais on rencontre cependant de nombreuses hypothèses dans laquelle cette superposition peut parfois s'avérer imparfaite. Un exemple a été donné récemment dans la décision du Conseil constitutionnel sur les avoués, concernant les créances³²¹. Il est tout de même très intéressant de constater qu'une créance au sens du droit constitutionnel ne pouvait pas être perçue comme un « bien », alors que la tendance dominante dans la jurisprudence de Strasbourg consiste plutôt à superposer deux catégories. Pourquoi le Conseil constitutionnel a-t-il jugé bon d'opérer cette distinction ?

Marc Guillaume

Le Conseil constitutionnel a repris une jurisprudence constante en la matière, à savoir sa décision de 2001³²² sur les courtiers interprètes et conducteurs de navires, dans laquelle il avait indiqué que son contrôle, en l'espèce, ne s'exerce pas au regard de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen mais au regard de la rupture de l'égalité devant les charges publiques. Cela pour une raison simple, à savoir que l'article 17 impose que l'indemnisation soit juste et préalable, ce qui n'a rien à voir avec l'article 1 du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ces deux normes n'ont pas le même objet. Partant de ce constat et c'est finalement le cœur du débat aujourd'hui, le Conseil et la Cour de Strasbourg sont arrivés ensemble, par des jurisprudences différentes, à l'élaboration d'une même protection, mais pas de la même nature. Si le Conseil avait appliqué l'article 17, il aurait été contraint de reconnaître que les avoués devaient être indemnisés préalablement à la fin de leur charge. Il ne faut pas oublier que l'article 17 est conçu *grosso modo* pour les cas d'expropriation. Le Conseil constitutionnel a donc repris sa jurisprudence de 2001 en appliquant la règle de l'égalité devant les charges publiques.

En revanche, le Conseil constitutionnel, au moins dans sa décision sur l'entreprise individuelle à responsabilité limitée de 2010³²³, a fait un pas vers la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur la notion de « bien », en l'étendant, sous certaines conditions, aux créances. La particularité de la décision sur les avoués réside en vérité dans l'analyse de la rupture d'égalité devant les charges publiques, cette dernière étant exactement la même que celle qui prévaut dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Lorsque le Conseil d'État a examiné le projet de loi que le Gouvernement lui avait soumis, le texte proposé n'indemnisait que le préjudice des avoués lié à la perte du droit de présentation. Le Conseil d'État ne l'avait pour autant pas jugé contraire à la Convention européenne des droits de l'homme. Dans son analyse, le Conseil d'État avait indiqué que ce projet

321 CC, 20 janvier 2011, *Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel*, n° 2010-624 DC.

322 CC, 10 janvier 2001, *Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*, n° 2000-440 DC.

323 CC, 10 juin 2010, *Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, n° 2010-607 DC.



était conforme et que l'indemnisation, même à hauteur de 66 %, continuait d'offrir la marge de manoeuvre qui, par le passé, avait été jugée conforme. On peut donner par exemple le chiffre de 50 % pour les commissaires-priseurs dans la réforme de 2000³²⁴. La non-indemnisation de ce préjudice était donc conforme. Ce que le Conseil constitutionnel a jugé contraire à la Constitution avait trait à l'indemnisation de trois autres types de préjudices dont l'un n'avait aucun rapport avec la notion d'office ministérielle (préjudice de carrière) et dont les deux autres constituaient des préjudices purement éventuels. La norme telle que publiée va donc être, au regard de l'analyse qui peut être faite de la Convention européenne des droits de l'homme, conforme à ladite Convention, puisque les préjudices en cause, qui ne sont donc plus dans la loi, ont été censurés alors que rien dans la Convention n'oblige à les réparer.

Question à l'attention de Marc Guillaume - *Selon Marc Guillaume, nous aurions trois états : premièrement, un grand marais de normes conventionnelles et constitutionnelles qui présentent de nombreuses similitudes ; ensuite, un bloc relativement étroit de différences fortes qui sont supportées par la notion de « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » ; et enfin, un ensemble de différences fines de l'ordre de celles qui viennent d'être expliquées. On trouve là un argument supplémentaire pour ne pas exiger que la question prioritaire de constitutionnalité soit intégralement menée afin d'aboutir à l'épuisement des voies de recours internes devant la Cour européenne des droits de l'homme. On ne voit donc pas, outre les nombreux défauts qu'on peut prêter à un tel système, quel serait l'intérêt d'exiger d'un requérant qu'il se rende devant le Conseil constitutionnel pour se faire débouter de sa demande, notamment lorsque celle-ci est susceptible de ne trouver une réponse favorable que devant la Cour européenne de Strasbourg.*

Il y a aussi beaucoup d'irrationalité à vouloir passer devant le juge constitutionnel pour obtenir un résultat négatif assuré, et ce qui vient d'être dit montre que cela peut se produire, que ce problème n'est pas complètement théorique.

Marc Guillaume

Il convient d'abord de préciser que le concept d' « *identité constitutionnelle de la France* » est un concept qui n'a rien à voir avec notre matière, car ce concept, qui ne fait pas partie du *corpus* européen, a été inventé au regard de la problématique de la transposition des directives, pour faire exception à la jurisprudence sur la transposition des directives et les exigences constitutionnelles.

J'ai essayé dans mon intervention de ramener à des proportions limitées la problématique de l'épuisement des voies recours interne afin de tenter de montrer que dans tout ce que l'on a pu lire jusqu'à présent, cette question a le plus souvent été mal posée.

324 Loi n° 2000-642 du 10 juillet 2000 portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques et décret n°2001-650 du 19 juillet 2001.



Olivier Dutheillet de Lamothe

C'est là un des apports de ce débat : l'intervention très claire de Marc Guillaume et la réponse également très claire de Mme Fura établissent en effet que l'exception d'inconstitutionnalité ne fait pas partie de la règle d'épuisement préalable des recours nationaux. Cela n'aurait par ailleurs aucun sens comme l'a expliqué Marc Guillaume. L'exception d'inconstitutionnalité peut cependant, en purgeant le *corpus* français de toutes les normes manifestement contraires à des droits ou libertés fondamentales, réduire potentiellement le nombre des requêtes devant la Cour. Les affaires de la garde à vue et de l'hospitalisation d'office constituent deux bons exemples de domaines où il y avait une multiplication des recours devant la Cour européenne des droits de l'homme et dans lesquels les nouvelles législations qui vont intervenir devraient mettre un terme à ces recours.

Marc Guillaume

On trouve justement, dans un article des *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, le bilan du nombre de cas où la Convention européenne des droits de l'homme était invoquée dans des affaires contentieuses devant le Conseil d'État. Il est en revanche évident que 99% des affaires portées devant la Cour européenne des droits de l'homme n'ont rien à voir avec des questions ayant trait aux questions prioritaires de constitutionnalité. On ne se situe pas ici dans le même champ intellectuel. On trouvera l'exception de l'exception dans de rares cas particuliers où l'inconventionnalité a été invoquée directement contre la norme législative, et sur ce point nous verrons dans quelques temps un arrêt de la Cour de Strasbourg évoquer sur cette éventualité. Peut-être rentrerons-nous alors dans les exceptions allemandes ou espagnoles que nous a rappelées Mme Fura.

Mais il convient encore une fois de ramener le débat dans de justes proportions. Il y a là probablement un débat très intéressant comme celui que nous avons eu sur l'application de la loi dans le temps. Il est important de bien faire comprendre à nos interlocuteurs étrangers que si le système qui a été mis en œuvre dans notre pays est très complexe et semble peu rationnel et pensé, cela l'est pour une raison simple. La France n'a connu ni Hitler, ni Mussolini, ni Franco. Elle n'a jamais mis en place un contrôle de la loi tel que ceux élaborés chez nos voisins au sortir de ces dictatures. Nous avons eu des régimes césaro-bonapartistes mais, dans le consensus républicain, la volonté d'empêcher que la tyrannie d'une majorité puisse porter atteinte aux droits et libertés ne s'est pas manifestée. Notre pays, du fait de sa tradition légicentriste notamment, n'a pas construit de contrôle de constitutionnalité. Ce contrôle de la loi s'est donc développé autrement, et le Conseil d'État et Cour de cassation n'ont pas failli à leur mission historique de défense des libertés publiques et des libertés individuelles. Le contrôle de constitutionnalité des lois s'est développé autrement alors qu'à l'origine le Conseil n'avait pas été créé dans cette optique. Une seule question s'est posée en 2008 qui consistait à déterminer comment, en respectant le cadre organisationnel du travail des juridictions



françaises, remédier à une question qui désormais appelait une solution. C'est tout. Comme le Président de la République l'a déclaré aux juridictions, au bout de 9 mois, c'est un travail immense qui a été accompli, et ce au bénéfice de tous.

Didier Le Prado

Il est vrai que les résultats, en moins d'un an, sont tout à fait exceptionnels. Nous avons constaté des avancées en matière de droits et libertés qui n'avaient pas pu être obtenus préalablement.

Olivier Dutheillet de Lamothe

Si je peux compléter ce témoignage, en tant qu'ancien membre du Conseil constitutionnel, je dirais qu'en neuf mois, le Conseil constitutionnel a rendu davantage de belles décisions, qui ont fait progresser l'État de droit, que durant les neuf années où j'ai eu l'honneur d'y siéger.

Il est vrai qu'il est très impressionnant de voir des pans entiers de la législation être examinés, comme la garde à vue, l'hospitalisation d'office, ou encore le code des douanes qui recèle un grand nombre de dispositions extrêmement anciennes et choquantes. Et j'ajouterais que je suis très frappé, pour avoir longtemps accompli cet office dans le cadre du contrôle *a priori*, par le fait que le style même des décisions a changé. Je trouve les décisions beaucoup mieux écrites, avec une plus grande portée juridique. Pourquoi cela ? C'est qu'elles sont quand même greffées sur une affaire. On ne dira jamais assez que cette nouvelle procédure, qu'est la question prioritaire de constitutionnalité, a apporté au Conseil constitutionnel ce que la question préjudicielle de l'ancien article 177, devenu 234, a apporté à la Cour de justice de l'Union européenne, et dont ne dispose malheureusement pas la Cour européenne des droits de l'homme. Il s'agit là d'un véritable cordon ombilical avec le système judiciaire qui lui donne une légitimité et qui, quelque part, l'oblige à entamer un dialogue avec les cours suprêmes dans un premier temps, mais un dialogue aussi avec les juges du fond ; un dialogue qui, en réalité, sort le Conseil constitutionnel de son splendide isolement. C'est ce modèle initial que décrivait très bien le doyen Favoreu, en parlant d'un modèle où la Cour constitutionnelle est complètement coupée du système judiciaire. Elle y est maintenant reliée, ce qui lui permet, de manière plus concrète, de lester ses décisions d'une affaire concrète qui sous-tend l'examen de la norme abstraite. A titre d'exemple, derrière la décision, que j'avais commentée, relative à la législation sur les accidents du travail³²⁵, il y avait un débat sur la nature des préjudices dont le requérant pourrait demander l'indemnisation s'il obtenait gain de cause, et notamment l'idée que l'assistance d'une tierce personne pourrait s'intégrer. Le Conseil constitutionnel, très prudemment, ne s'est absolument pas aventuré sur ce terrain en exposant que cela relevait de « *l'appréciation souveraine des juges du fond* » et qu'il n'avait pas à se prononcer sur la nature des préjudices que peut recouvrir la censure qu'il prononce. Mais on voyait tout de même poindre derrière cet argumentaire les problèmes humains de l'affaire.

325 CC, 18 juin 2010, *Époux L.*, n° 2010-8 QPC.



Question à l'attention d'Olivier Dutheillet de Lamothe et de Marc Guillaume -

La mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité a énormément changé le point de vue que l'on porte sur les affaires. Cela est notamment vrai davantage à la Cour de cassation qu'au Conseil d'État, ce dernier étant plus coutumier de l'examen de la constitutionnalité des textes (notamment dans son rôle d'avis). Il faut bien reconnaître qu'à la Cour de cassation, cela n'entraîne rien dans les usages. Il y a depuis le mois de mars 2010, une richesse qui est apparue, dans cette nouvelle lecture que la Cour de cassation fait des textes.

Dans le prolongement de ce que vient de nous dire M. Dutheillet de Lamothe, je me posais la question de savoir si la pratique de la question prioritaire de constitutionnalité fait apparaître le contrôle a priori d'une autre manière aux yeux du Conseil constitutionnel. M. Dutheillet de Lamothe y a répondu en partie dans la mesure où l'on sait que, dès lors qu'un texte législatif sera soumis au contrôle a priori, la réponse que va apporter le Conseil constitutionnel fermera la porte aux questions prioritaires de constitutionnalité éventuelles qui seront déclarées irrecevables puisqu'il s'est déjà prononcé. Que peut-on dire de l'influence de la question prioritaire de constitutionnalité sur l'évolution récente du contrôle a priori ?

Marc Guillaume

Je dirais, sous le contrôle des deux membres du Conseil constitutionnel qui sont dans la salle, qu'il ne me semble pas qu'il y ait eu un changement fondamental, et ce pour une raison simple qui est que, dans le cadre le contrôle *a priori*, on cherche d'abord à répondre aux moyens qu'énonce la requête. Une saisine est effectuée, des articles sont attaqués, et il faut bien les contrôler. Par ailleurs, dans le contrôle *a priori*, ce que le Conseil constitutionnel fait d'office en tout état de cause ne se retrouve pas dans la question prioritaire de constitutionnalité. Ce qui est relatif à la procédure parlementaire ne soulève pas forcément une question de droits et libertés garantis par la Constitution. Le travail du Conseil constitutionnel sur les cavaliers législatifs, qui l'a par ailleurs conduit à censurer environ cinq ou six articles de la loi de finances en fin d'année, est un travail qu'il effectue d'office dans les mêmes conditions.

Reste un cas, qui est celui de la disposition sur laquelle le Conseil constitutionnel va se saisir d'office au fond. Si l'inconstitutionnalité est criante, évidente, le Conseil constitutionnel la censurera de la même manière qu'avant à la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité. La seule problématique, qui est soulevée ici, consiste à savoir si l'on va modifier la manière dont le Conseil constitutionnel se saisit d'office d'une disposition sur laquelle il pourrait y avoir, dans le contrôle *a priori*, une opinion incertaine. La situation est à double tranchant, car si le Conseil constitutionnel soupçonne un risque d'inconstitutionnalité dans une disposition, il vaut peut-être mieux éviter qu'elle ne développe ses effets. On recourt donc vraiment au cas par cas dans cette dernière optique

Sur la rédaction des décisions, il apparaît de manière certaine que, dans les deux cas de figure, le Conseil constitutionnel est, quoiqu'il fasse, enserré dans les délais dans lesquels il travaille. Le délai est d'un mois en matière de contrôle *a priori*, 3 mois



dans le cadre du contrôle *a posteriori*, ce qui dans le deuxième cas est beaucoup, mais il est vrai que cela donne plus de latitude pour la qualité de la rédaction.

Olivier Dutheillet de Lamothe

Si je puis me permettre, il convient aussi de noter que, dans la question prioritaire de constitutionnalité, les avocats interviennent, ce qui est quand même très nouveau. Je pense que cela influe sur la qualité des décisions et je le dis sans flagornerie. J'ai été rapporteur ici au Conseil d'État où les avocats sont présents dans de nombreuses affaires, et ces derniers les décantent en quelque sorte. J'ai été frappé, lors de mon expérience de membre du Conseil constitutionnel, dans le cadre du contrôle *a priori*, de la médiocrité de la qualité des recours. L'époque où un professeur de droit écrivait les recours du groupe socialiste est terminée, et la seule fois où il en a écrit un, cela s'est soldé par une censure retentissante sur un point jamais jugé. Je pourrais donner un autre exemple, avec un autre professeur de droit qui avait rédigé le recours concernant l'affaire de la fusion de GDF avec Suez. Cela avait abouti aussi à une censure

Didier Le Prado

Je ne vous démentirai pas et vos propos me vont droit au cœur. Très certainement l'intervention de l'avocat modifie l'approche du Conseil constitutionnel dans le cadre nouveau du contrôle *a posteriori*. Et quand bien même ne sont transmis au Conseil constitutionnel que les mémoires relatifs à la question prioritaire de constitutionnalité et non l'ensemble des écritures des parties sur le fond des affaires, je suppose que le Conseil, en se prononçant sur une question soulevée dans un litige concret, trouve là de quoi nourrir sa réflexion, même si la question transmise elle-même l'est en termes abstraits.

Olivier Dutheillet de Lamothe

Je prendrai l'exemple de l'affaire relative à l'adoption³²⁶, qui s'est posée dans un cas, qui était complètement paradoxal, les circonstances de l'affaire n'ayant pu que peser sur la décision.

Marc Guillaume

Je reste bien évidemment attaché à l'idée qu'il s'agit là d'un contrôle abstrait et ne partage pas la thèse inverse. Le président du Conseil constitutionnel apporte une attention extrême, comme vous l'avez vu dans les décisions rendues, à ce que pas une seule, depuis mars, ne fasse mention des faits de l'espèce. Jamais tout ceci n'est évoqué. Le Conseil constitutionnel veille avec une grande attention à rester uniquement le juge de la disposition législative.

³²⁶ CC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, n° 2010-39 QPC : adoption au sein d'un couple non marié.



Question à l'attention de Marc Guillaume - La décision Compagnie agricole de la Crau du 14 octobre 2010³²⁷, commentée les cahiers du Conseil constitutionnel, fait référence à la doctrine du droit vivant. Cette doctrine, on le sait, a été forgée en Italie dans le cadre d'un différend qui a opposé la Cour de cassation italienne à la Cour constitutionnelle italienne, sur le fonctionnement du mécanisme de question incidente et le pouvoir d'interprétation des juges. Ma question porte sur le sens que le Conseil constitutionnel entend donner à cette notion de droit vivant, interrogation qui me semble intéressante à la fois pour la Cour de cassation et le Conseil d'État.

De quelle marge d'appréciation disposent les deux cours suprêmes dans leur pouvoir de déterminer s'il y a lieu ou non de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire, dès lors qu'elle pose le problème de l'interprétation de la loi ? A savoir que si la théorie du droit vivant est appliquée dans toute son acception cela implique, et c'est ce qu'elle a impliqué en tout cas en Italie, que les cours suprêmes disposent théoriquement d'une grande marge d'appréciation dès lors qu'il n'y a pas de doute sérieux de constitutionnalité. Et je pense à certaines questions prioritaires de constitutionnalité que la Cour de Cassation a été amené à traiter et qui, dès lors qu'il n'y a pas eu renvoi au Conseil constitutionnel, vont lui permettre dans le cadre d'une question incidente, lors de l'examen du pourvoi, d'examiner le pourvoi à la lumière de différentes normes, et en particulier à la lumière de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. On retrouve là une autre articulation entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité. Et finalement cette théorie du droit vivant que vous invitez les deux cours suprêmes à appliquer, nous renvoie aussi au contrôle de conventionnalité.

Enfin, qu'en est-il de l'appréhension d'une jurisprudence à travers une question prioritaire de constitutionnalité lorsque le Conseil constitutionnel s'y réfère pour apprécier la constitutionnalité d'une loi ?

Marc Guillaume

Dans cette décision, il était question d'une compagnie agricole qui, au terme d'une convention avec l'État, avait été chargée de l'aménagement et de l'assèchement du marais de La Crau, la convention, approuvée ensuite par une loi mettait à la charge de la société, non pas seulement un impôt sur la société, mais une contribution au bénéfice de 25 % supplémentaire. De nombreux contentieux s'étaient développés devant le Conseil d'État, ce dernier devant déterminer si cette contribution était de nature fiscale ou contractuelle. Était-ce une contrepartie des autres éléments présents dans la convention, ou bien un impôt ? Le Conseil d'État avait considéré souverainement que ladite contribution était de nature fiscale. Tout cela était devenu définitif car c'était une jurisprudence constante. Sur ce, une question prioritaire de constitutionnalité a été engagée, l'intéressé soutenant que cette imposition était contraire au principe d'égalité devant les charges publiques. Le Conseil d'État a renvoyé la question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel a dû estimer s'il devait prendre la loi approuvant la convention telle qu'elle était, ou bien telle qu'elle

327 CC, 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, n° 2010-52 QPC.



avait été interprétée par le juge. Dans la première hypothèse, il devait de nouveau statuer pour savoir si cette imposition, ces 25 % de bénéfiques, était de nature fiscale ou de nature contractuelle. Considérer que nous avons à traiter cette question aurait potentiellement pu nous placer face à une situation dans laquelle nous aurions adopté une position différente de celle du Conseil d'État. Le Conseil constitutionnel a donc décidé qu'il devait respecter l'interprétation constante donnée par les juridictions compétentes, en l'espèce le Conseil d'État. Nous n'avions alors pas à retrancher la question : c'était une imposition. C'est évidemment une position extrêmement respectueuse des deux ordres de juridictions. La décision du Conseil constitutionnel n'a pas à se substituer à eux.

Se posait ensuite une question de constitutionnalité qui consistait à savoir si cette imposition était conforme au principe d'égalité devant les charges publiques. Comme le rapporteur public devant le Conseil d'État l'avait laissé entendre, cette imposition était contraire à l'égalité devant l'impôt, les autres sociétés d'aménagement ne payant effectivement pas ces 25 % d'impôts supplémentaires. Le Conseil constitutionnel a donc censuré une telle disposition.

Cette construction jurisprudentielle, a pour objet de dire que, bien entendu, la jurisprudence n'est pas tenue à l'écart de la question prioritaire de constitutionnalité. Il serait en effet bien extraordinaire que seule la norme puisse désormais être contestée et sa conformité à la Constitution contrôlée, mais pas la jurisprudence. Lorsque la première condition de l'article 23-2 ou la condition de 23-5 de l'ordonnance de 1958 modifiée visent les dispositions applicables, il s'agit de dispositions applicables telles qu'interprétées de manière constante par les juges. Donc bien entendu la jurisprudence peut faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Mais dans ce cas, le Conseil constitutionnel doit juger uniquement de la disposition telle qu'interprétée.

Cela ne signifie pas d'ailleurs que ce sera sur la base du critère de la question sérieuse que les cours suprêmes nous renverront ces questions. En lisant les questions prioritaires de constitutionnalité qui nous ont été renvoyées récemment par la Cour de cassation sur la motivation des arrêts de cours d'assises, j'ai noté en effet que ce n'est pas à ce fondement que le Quai de l'Horloge se réfère mais au critère de la question nouvelle. Le raisonnement est simple : la jurisprudence de la Cour de cassation est, bien entendu, en cause car c'est sa jurisprudence qui énonce que les arrêts de cours d'assises n'ont pas à être motivée, ici la première condition est remplie puisqu'on se réfère à la disposition telle qu'appliquée. La deuxième condition porte sur le fait que ce n'est pas jugé conforme, et enfin, troisième condition, la Cour de cassation estime que la question n'est pas sérieuse à ses yeux mais que question est nouvelle. La Cour de cassation fait ici une parfaite application de la décision du 3 décembre 2009 puisque dans cette décision le Conseil constitutionnel avait précisé que ce critère de la question nouvelle renvoyait, soit à la disposition constitutionnelle qui n'avait pas été appliquée (telle que le Conseil d'État l'a utilisée dans sa décision *Daoudi*³²⁸ sur l'interprétation de l'article 66-1 de la Constitution), soit pour renvoyer une question un peu sérieuse, qui se pose avec ampleur devant les cours suprêmes et pour laquelle elles ont recours à ce critère là. Tout cela s'articule de manière raisonnable et bien entendu la jurisprudence doit respecter la Constitution, tout comme la loi.

³²⁸ CE, 8 octobre 2010, *M. Daoudi*, n° 338505.



On doit cependant tenir compte du fait que la jurisprudence a une faculté d'adaptation beaucoup plus grande de la loi. Autant il reste des vieilles lois dans notre ordonnancement juridique qui ne sont pas conformes à la conception actuelle des droits et des libertés, autant la jurisprudence a eu la capacité de s'adapter au fil du temps. Sans que l'on puisse peser l'une et l'autre, il y a à l'évidence beaucoup moins de jurisprudences qui vont poser des problèmes constitutionnels que des lois, puisque les deux cours suprêmes ont su adapter leur jurisprudence aux évolutions des attentes de la société.

Question - *J'aurais voulu prolonger la réponse de M. Guillaume. N'y aurait-il pas un risque tout de même que la réponse du Conseil constitutionnel soit une réserve d'interprétation nouvelle susceptible de soulever à nouveau des quantités de difficultés jurisprudentielles pour la Cour de cassation ? Vous savez bien que depuis des années la question est posée et qu'il y a eu déjà des tentatives de certaines cours d'assises de motiver. La Cour de cassation a d'ailleurs cassé des décisions qui allaient en ce sens.*

Olivier Dutheillet de Lamothe

La dialectique est un peu plus complexe. Les réserves d'interprétation constituent une excellente formule d'un point de vue pratique puisqu'elles permettent une application immédiate, voire rétroactive de la solution, et évitent une censure disproportionnée par rapport à l'enjeu comme dans le premier cas dans lequel elles ont été utilisées concernant les accidents du travail³²⁹. Pour les avoir souvent pratiquées dans le cadre du contrôle *a priori*, je dirai, mais sans renier les réserves d'interprétation, qu'il est vrai que, par rapport à la théorie du droit vivant, un risque de contradiction peut surgir.

Marc Guillaume

De ce point de vue là, les exemples étrangers montrent que toutes les cours constitutionnelles étrangères utilisent les réserves d'interprétation, y compris dans le cadre du contrôle *a posteriori*, et y compris dans le contrôle de la loi et de la jurisprudence. Tout réside, une fois de plus, dans le dialogue des juges. La difficulté que soulève cette question a trait finalement à la problématique de la substitution, par le Conseil constitutionnel, d'une jurisprudence par une autre, au détriment de celles de la Cour de cassation ou du Conseil d'État. Je n'ai, sur cette question, pas de réponse générale à formuler mais il est évident qu'elle met en relief une préoccupation importante de la part de la Cour de cassation sur l'utilisation des réserves d'interprétation. Répondre que, dans le cadre du contrôle de la loi telle qu'interprétée, il n'y aura jamais de réserves d'interprétation, n'est pas concevable. Je crois que la nécessité consiste à trouver, au cas par cas, la bonne réponse.

³²⁹ CC, 18 juin 2010, *Époux L.*, n° 2010-8 QPC.



Question à l'attention de Marc Guillaume - Si l'on se place dans une hypothèse dans laquelle les réserves d'interprétation demeurent possibles et encore multiples, comme en matière de cour d'assises par exemple, on pourrait imaginer qu'il y ait une réserve qui consiste à dire « il faut motiver » ? La question qui se posera ensuite sera « comment motiver ? ». Une multiplicité de possibilités pourra être proposée par la jurisprudence. Ne pourrait-on pas alors se poser la question de savoir si la loi ne devrait pas intervenir afin de déterminer souverainement les éléments de la procédure pénale au regard de l'article 34 de la Constitution ?

Marc Guillaume

Concernant l'exemple qui est donné, il révèle avant tout un ensemble de divergences sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la non motivation des arrêts de cour d'assises, et des échanges ont eu lieu au Quai de l'Horloge pour savoir s'il fallait faire évoluer votre jurisprudence. La Cour de cassation a eu la grande sagesse, dès lors que la chambre criminelle était devenue compétente de renvoyer cette question au Conseil constitutionnel. Et nous verrons bien ce que le Conseil constitutionnel jugera, mais en tout cas il est conscient qu'au sein du corps judiciaire, la question reste compliquée. Il y a environ dix ans, le Parlement s'est saisi de la question et n'a jamais réussi à se mettre d'accord sur la manière de motiver les arrêts de cours d'assises.

Olivier Dutheillet de Lamothe

Je voudrais juste compléter ces propos car je suis un fanatique de la théorie du droit vivant. Comme vous le savez, elle a été inventée par un des esprits les plus subtils de notre époque qui est Gustavo Zagrebelsky, l'ancien président de la Cour constitutionnelle italienne, qui a notamment écrit un article publié il y a quelques années dans lequel il élabore le premier la théorie du droit vivant. Je fais partie de ceux qui pensent que, de même que M. Jourdain faisait de la prose sans le savoir, nous faisons tous du droit vivant sans le savoir.

Je voudrais simplement ajouter deux choses sur un point qui me paraît très important.

La première est que le Conseil constitutionnel n'a pas attendu la question prioritaire de constitutionnalité pour appliquer la théorie du droit vivant. Il le faisait déjà dans le cadre du contrôle *a priori*. On peut en donner pour exemple celui de la décision *Loi de modernisation sociale*³³⁰ censurant la définition du licenciement qui figurait dans la loi. Cette définition avait été volontairement conçue pour contrer au moins deux jurisprudences de la Cour de cassation, notamment l'arrêt *SAT*³³¹ et l'arrêt selon lequel la cessation d'activité d'une entreprise constituait un licenciement pour motif économique³³². Et le Conseil constitutionnel, en réalité, pour censurer la définition qu'avait voulu donner le législateur du licenciement pour motif

330 CC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, n° 2001-455 DC.

331 Cass., Assemblée plénière, 8 décembre 2000, *Société anonyme de télécommunications (SAT) c/ M. Coudière et autres*, n° 97-44.219.

332 Cass., soc., 10 octobre 2006, *Madame X c/ Société Saumaty Méditerranée*, n° 04-43453.



économique, a clairement relevé dans sa motivation que cette définition était conçue pour porter atteinte à deux jurisprudences importantes de la Cour de cassation. Et pour juger s'il y avait une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre, il s'est bien fondé sur le droit vivant, c'est-à-dire sur le code du travail tel que l'avait interprété la Cour de cassation. Il s'agit de ma première remarque.

Ma seconde remarque vient compléter la réponse du secrétaire général car je crois quand même que la théorie du droit vivant avait pris en Italie des dimensions à l'italienne, inconcevables dans un pays comme la France. La « *Guerra delle corti* » a conduit Gustavo Zagrebelsky, dans ses écrits, à inciter la Cour constitutionnelle italienne à privilégier une solution plus binaire, consistant à dire que la loi, telle qu'interprétée par la jurisprudence, et reçue telle quelle sans y substituer l'interprétation de la Cour constitutionnelle, est soit conforme à la Constitution, soit non conforme. Cela a conduit, dans un contexte très différent qui avait pris des proportions considérables, à faire un usage plus limité de la technique de la réserve d'interprétation, qui, si elle est très développée, finit selon moi par soulever des difficultés par rapport à cette théorie.

Marc Guillaume

Je précise tout de même que le Conseil constitutionnel n'a pas fait une seule application de cette formule depuis mars 2010. Il n'y a d'ailleurs pas eu de réserve d'interprétation sur une disposition telle qu'appliquée. Nous y arriverons peut-être un jour mais cela ne s'est pas produit une seule fois jusqu'ici.

Question - *La notion de jurisprudence constante relève de la quadrature du cercle, ce qui peut sembler être un peu évasif. Est-ce un arrêt d'assemblée ? Ou un arrêt de chambre ? Le statut normatif de la jurisprudence, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, est une question qui a fait quand même l'objet de thèses de doctorat. L'affaire n'est pas close et il faudra quand même y réfléchir sérieusement. Le Conseil constitutionnel a-t-il progressé sur la définition de la jurisprudence constante ?*

Olivier Dutheillet de Lamothe

Personne mieux que le président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation n'est qualifié pour définir ce qu'est une jurisprudence constante.

Didier Le Prado

La jurisprudence constante est qualifiée ainsi par l'avocat quand il considère, dans l'intérêt de son client, qu'elle n'a pas lieu d'évoluer. Je ne pense pas qu'il existe une définition véritablement précise de la jurisprudence constante. Ceci étant dit, les cas dans lesquels le Conseil constitutionnel s'y est référé, sont des cas dans lesquels il n'y avait pas de controverse, en tout cas récente, sur la position adoptée, par l'une comme par l'autre des deux cours suprêmes, et sur l'interprétation des dispositions législatives en cause.



Olivier Dutheillet de Lamothe

Si je puis me permettre, la théorie du droit vivant, ne fait pas référence à la notion de jurisprudence constante, elle se réfère simplement à la notion de jurisprudence. Le juge constitutionnel, à mon avis, prend la jurisprudence dans son état à un moment *t*. Il ne va pas remonter à la position assumée par la Cour de cassation 20 ans auparavant. On demande seulement au Conseil constitutionnel si telle disposition législative, telle qu'interprétée de façon actuelle par les cours suprêmes, est conforme à la Constitution. Le problème du caractère constant de la jurisprudence n'est pas le problème du Conseil constitutionnel. En tout cas ce n'est pas le problème de la théorie du droit vivant.

Question à l'attention de Marc Guillaume - *En Azerbaïdjan, il existe une possibilité de contrôler la jurisprudence de la cour suprême, par recours individuel devant la cour constitutionnelle. Cette possibilité existe aussi en Allemagne mais pas en France. Que pensez-vous d'une telle compétence de la cour constitutionnelle vis-à-vis des cours suprêmes ?*

Marc Guillaume

Oui, je crois que volontairement le constituant français n'a pas fait ce choix là pour un certain nombre de raisons. Cela n'a tout d'abord pas semblé au constituant le bon mécanisme pour répondre à la question qui se posait en France qui était celle du contrôle de la constitutionnalité des lois *a posteriori*. Ainsi, l'*amparo* espagnol ou le *Verfassungsbeschwerde* allemand, avec tout de même les 6 000 décisions annuelles que cela représente pour nos homologues de la Cour de Karlsruhe ou pour ceux du Tribunal constitutionnel de Madrid, n'a pas semblé au constituant la bonne réponse. Le problème ne résidait pas là, et cela aurait abouti à mettre un énorme mécanisme en place pour répondre à une question minoritaire qui se posait, de manière très épisodique chez nous. Donc je ne crois pas que la question se pose, le mécanisme qui a été mis en place répondant plutôt à l'idée que, dans notre ordonnancement juridique, il restait un certain nombre de lois n'ayant pas fait l'objet d'un contrôle *a priori* qui gagneraient à être contrôlées.

Olivier Dutheillet de Lamothe

Je crois que les expériences allemande et espagnole montrent que le recours individuel possède tout de même deux inconvénients de taille, auxquels il convient de bien réfléchir avant de l'introduire dans un système juridique, d'où le choix du constituant français qui me paraît sage.

Le premier inconvénient est qu'il multiplie les recours et qu'il tend à créer un troisième degré de juridiction. J'avais été très frappé dans nos contacts avec la cour constitutionnelle allemande de constater qu'il s'agit d'une cour qui traite plus de 5 000 affaires par an et où les juges sont hyper spécialisés. Je connais très bien un juge spécialisé en droit du travail. Disposant de 4 assistants, il traite chaque année



plus de 2 000 recours en cette matière. Une cour constitutionnelle est-elle faite pour ça ? Il est permis d'y réfléchir.

Le deuxième inconvénient n'est pas apparu en Allemagne mais en Espagne, et est générateur de conflits avec les cours suprêmes. Le recours individuel fait indiscutablement d'une cour constitutionnelle une cour suprême coiffant les autres, ce qui contribue à créer des tensions extrêmement fortes en Espagne entre le Tribunal constitutionnel et la cour suprême. Autant je pense profondément, à titre personnel, que le Conseil constitutionnel respecte totalement la souveraineté des deux autres cours suprêmes dans le système tel qu'il fonctionne, autant je crois que le recours individuel aboutit inévitablement à faire de la cour constitutionnelle la cour suprême coiffant les deux autres puisqu'elle n'est saisie à ce moment-là que de recours contre les jugements, ce qui la place *ipso facto* dans la même situation que la Cour européenne des droits de l'homme.

Question à l'attention de Marc Guillaume - *La question prioritaire de constitutionnalité a derrière elle une longue maturation doctrinale. Peut-on penser ou doit-on penser qu'elle est indissolublement une spécificité française ? Existe-t-il des exemples doctrinaux identiques en Europe, voire des voies procédurales de droit positif dans les autres pays membres ?*

Marc Guillaume

Bien sûr, l'ensemble des systèmes européens, notamment les systèmes allemand, italien, espagnol ont été pris en compte, et particulièrement le système belge car il est le premier à avoir mis en place du fait des tensions entre la Cour de cassation belge et le Conseil constitutionnel belge, ce mécanisme de priorité de question de constitutionnalité. Bien sûr, les exemples étrangers ont été pris en compte mais, comme j'ai essayé de le dire tout à l'heure, le constituant français a ensuite essayé de les adapter à l'histoire de la France. Or l'histoire de la France s'est bâtie sur deux ordres de juridictions avec deux cours suprêmes et un Conseil constitutionnel en plus. Le constituant a donc tenté de créer quelque chose qui permette à des gens de bonne volonté de travailler ensemble et de faire progresser les droits et les libertés.

Cependant les comparaisons avec les exemples étrangers sont compliquées car, dans le cas de la Cour belge, celle-ci a posé huit questions préjudicielles à la Cour de Luxembourg dans sa confusion des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité. La Cour italienne a également posé une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg. Donc par rapport à la question qui nous réunit de conventionnalité/constitutionnalité, alors c'est de la conventionnalité de l'Union européenne, mais quand même, je crois que le système que nous avons choisi est minoritaire en Europe. L'État dont le système semble finalement le plus proche de celui que nous avons bâti est le Portugal. Et le système portugais de contrôle de constitutionnalité centralisé semble plutôt bien s'articuler avec le contrôle de conventionnalité diffus. Il n'y a donc pas de raison qu'un tel système ne fonctionne pas chez nous, mais vraiment la théorie des climats de Montesquieu s'applique particulièrement à cette question qui nous réunit aujourd'hui : des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité.



Question à l'attention de Marc Guillaume - *La composition du Conseil constitutionnel ne présente-t-elle pas des difficultés au regard du principe d'impartialité (article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme), notamment du fait de la présence de jure d'anciens chefs de l'État qui seront amenés à prendre position sur des lois dont ils ont pu être les instigateurs ?*

Marc Guillaume

La nouveauté de cette question est qu'elle se situe dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité puisque c'est le seul cas dans lequel l'article 6 va s'appliquer au Conseil constitutionnel. Dans ce cas là, le Conseil constitutionnel, à la suite de ses contacts avec la Cour de Strasbourg, y a apporté la réponse, puisque dans son règlement de procédure du 4 février 2010, il a veillé à ce que l'ensemble des règles applicables, quelque soit le jugement futur porté par la Cour européenne des droits de l'homme sur son application, réponde à l'ensemble des conditions que la Cour de Strasbourg a posé, à savoir la possibilité pour les parties, dans un premier délai, de déposer une demande particulière visant à récuser un membre de la formation de jugement : un ancien président de la République s'il était à l'origine du texte en train d'être débattu, un ministre, etc. Depuis mars 2010, nous n'avons reçu aucune demande de récusation tandis que dans une bonne douzaine de cas, les membres se sont déportés de leur propre initiative, estimant avoir eu un lien avec la disposition législative qui était examinée. En ce qui concerne la question prioritaire de constitutionnalité, cette question a trouvé sa réponse aisément pour l'instant.

Propos conclusifs

Jean-Marc Sauvé

Je voudrais, à l'heure où cette conférence touche à sa fin, remercier le président et modérateur de ce débat, le président Olivier Dutheillet de Lamothe, le juge Elisabeth Fura, le président Le Prado de l'Ordre des avocats au Conseil et le secrétaire général du Conseil constitutionnel, Marc Guillaume, qui nous ont fait profiter les uns et les autres de leur expérience, dont chacun a pu mesurer à quel point elle était grande, et de leur riche réflexion sur le sujet.

Nous avons il est vrai davantage évoqué le contrôle de constitutionnalité que le contrôle de conventionnalité. Peut-être le départ précoce du juge de la Cour européenne des droits de l'homme a-t-il un peu pesé sur l'orientation de nos débats ? Ce fut en tout cas une soirée tout à fait passionnante par la qualité des intervenants ainsi que celle de l'auditoire dont je loue la participation.





Cinquième conférence

Le droit européen de la détention et son influence sur le droit national

Cette cinquième conférence est consacrée à l'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit pénitentiaire français. La table ronde sera organisée autour des trois thèmes suivants :

- l'influence des jurisprudences de la Cour de Strasbourg et du Conseil d'État sur le développement d'un cadre juridique propre à l'action pénitentiaire : de la règle prétorienne à la loi pénitentiaire ;
- la justiciabilité croissante des mesures pénitentiaires : l'utile aiguillon du droit au recours effectif dans la réduction du champ des mesures d'ordre intérieur ;
- la protection des droits fondamentaux des détenus : la source conventionnelle des obligations positives (articles 2, 3 et 8 de la Convention).

Sommaire de la conférence

Introduction de Mattias Guyomar, Maître des requêtes au Conseil d'État <i>Moderateur de la conférence</i>	p. 181
1^{er} thème : la densification progressive de la règle et plus exactement à l'écart subsistant entre la règle et les pratiques	
Intervention de Jean-Marie Delarue, Contrôleur général des lieux de privation de libertés	p. 183, 193
Intervention de Béatrice Pastre-Belda, Maître de conférences à l'université Montpellier I	p. 188
Intervention de Françoise Tulkens, Juge et vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme.....	p. 191
Intervention de Patrice Spinosi, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation	p. 192
Échanges avec les participants	p. 194



**2^{ème} thème : la justiciabilité croissante des mesures pénitentiaires : l'utile
aiguillon du droit au recours effectif dans la réduction du champ des mesures
d'ordre intérieur**

Introduction de Mattias Guyomar,

Maître des requêtes au Conseil d'État p. 196

Intervention..... p. 203

Intervention de Patrice Spinosi,

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation p. 197

Intervention de Béatrice Pastre-Belda,

Maître de conférences à l'université Montpellier I p. 204

Échanges avec les participants p. 208

**3^{ème} thème : protection des droits fondamentaux des détenus : la source
conventionnelle des obligations positives (articles 2, 3 et 8 de la Convention)**

Introduction de Mattias Guyomar,

Maître des requêtes au Conseil d'État p. 208

Interventions p. 216, 219

Intervention de Françoise Tulkens,

Juge et vice-présidente de la Cour européenne des droits
de l'homme p. 209

Intervention de Béatrice Pastre-Belda,

Maître de conférences à l'université Montpellier I p. 216

Intervention de Jean-Marie Delarue,

Contrôleur général des lieux de privation de liberté p. 218

Intervention de Patrice Spinosi,

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation p. 219

Propos conclusifs p. 220

Documentation sur le thème du débat

Index des principaux arrêts et décisions p. 271

Extraits des principaux articles des traités cités au cours des débats

et Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

fondamentales..... p. 285



Actes – Le droit européen de la détention

Introduction de Mattias Guyomar
Maître des requêtes au Conseil d'État
Modérateur

Je vous souhaite la bienvenue à cette conférence consacrée au droit européen de la détention et à son influence sur le droit pénitentiaire français.

Je vous présenterai, même s'il n'en est nul besoin, les personnes que nous avons l'honneur d'avoir à la tribune.

Françoise Tulkens, après avoir été professeur des universités, est, depuis le 1^{er} novembre 1998, juge à la Cour européenne des droits de l'homme, et vice-président de cette Cour depuis le 1^{er} février 2011. C'est un grand honneur de l'avoir aujourd'hui parmi nous car, d'une certaine manière, elle incarne le dynamisme jurisprudentiel de la Cour au service de l'élévation constante de la protection des droits.

Béatrice Pastre-Belda est maître de conférence à l'université de Montpellier I et a consacré sa remarquable thèse aux *Droits de l'homme des personnes privées de liberté : contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme*. Elle apportera le regard de la doctrine sur le dynamisme des jurisprudences.

Jean-Marie Delarue, conseiller d'État et contrôleur général des lieux de privation de liberté depuis 2008, a eu plusieurs fois à connaître au long de sa très riche carrière de la question du droit, et des droits, notamment à la direction des affaires juridiques et des libertés publiques du ministère de l'intérieur. Et c'est bien évidemment dans le cadre de ses fonctions de contrôle qu'il interviendra aujourd'hui.

Enfin, Maître Patrice Spinosi, qui plaide souvent au Conseil d'État comme à Strasbourg, est avocat au Conseil d'État et à la Cour de Cassation depuis 2000. Il est également enseignant à l'École de droit de l'Institut d'études politiques de Paris et est, en outre, administrateur de l'Observatoire international des prisons dont il a été le conseil dans un certain nombre d'affaires qui ont contribué à faire évoluer la jurisprudence. Il apportera à la fois le regard de l'avocat et, d'une certaine manière, celui de l'utilisateur, qui par son entremise aura voix au chapitre.

Ces quatre personnes vont intervenir aujourd'hui pour évoquer un thème qui, *a priori*, marque dans son intitulé même une tension. Le droit pénitentiaire est une notion qui peut reposer sur un paradoxe, tant le monde pénitentiaire a été malheureusement, et reste encore parfois, une zone de non droit marquée par l'usage de pratiques qui se situent en dehors de tout cadre juridique. Et c'est pourquoi l'idée même d'un droit pénitentiaire n'apparaît pas intuitivement à l'esprit. Pourtant, plus qu'ailleurs, c'est un monde qui a besoin de la règle de droit parce que des exigences contradictoires s'y rencontrent. Il faut bien évidemment faire régner l'ordre intérieur de ces établissements fermés que constituent les établissements pénitentiaires car



il y a des peines à exécuter. Mais il faut aussi le faire dans le respect d'un certain nombre d'exigences propres aux droits individuels des personnes qui sont les usagers contraints de ce service public à nul autre pareil. Si bien que le droit pénitentiaire apparaît d'abord comme le droit du service public pénitentiaire. Cependant, et c'est ce que j'ai appelé l'élévation constante du niveau de protection, l'aspect subjectif du droit dans le monde carcéral n'a eu de cesse de progresser. Nous sommes passés d'une certaine manière du droit du service pénitentiaire au droit, ou aux droits, du détenu. Nous voilà réuni aujourd'hui pour traiter de l'émergence d'un droit qui a d'abord été celui que le juge a développé dans sa jurisprudence, le juge administratif français, qui est compétent en matière de service public pénitentiaire, et bien évidemment le juge européen des droits de l'homme. Dans ce dialogue fécond entre la Cour de Strasbourg et le juge national, qui est, dans le cadre de la subsidiarité, le premier juge de la Convention européenne, on voit se construire un droit prétorien du monde pénitentiaire, particulièrement dynamique, qui n'a pas terminé d'évoluer et qui conduit un certain nombre d'autres acteurs à intervenir. Il est intéressant de voir que le cadre juridique s'échappe peu à peu du seul prétoire du juge pour venir irriguer, d'une part, le code de procédure pénale, dans sa partie réglementaire, puis dans sa partie législative tout récemment avec la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, et d'autre part, la jurisprudence constitutionnelle avec notamment la décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2009³³³.

Je vous propose d'aborder le thème qui nous réunit aujourd'hui en trois temps.

Le premier sous-ensemble de questions que nous traiterons ici portera précisément sur l'émergence de la règle de droit dans le monde pénitentiaire, sa progressive cristallisation, d'abord sous l'impact des jurisprudences et sa réappropriation par les autorités normatives. Jean-Marie Delarue interviendra de manière liminaire sur ce thème pour nous parler, presque paradoxalement, de ce que la règle ne permet pas. Alors même qu'elle se développe, il y a forcément entre cette règle et la pratique qu'elle est censée encadrer, un écart, parfois lié à l'absence de respect de la règle, parfois lié à l'impossibilité de celle-ci d'appréhender *a priori* et de manière abstraite toutes les situations données. On commencera à questionner cet écart entre la règle et la pratique. Béatrice Pastre-Belda réagira dans un premier temps et les autres intervenants développeront leurs propres observations dans le cadre de ce premier thème. Des questions formulées par les participants seront alors accueillies. Nous répéteront cet enchaînement pour les deux autres thèmes.

Le deuxième thème sera, quant à lui, consacré à la justiciabilité croissante des mesures pénitentiaires, l'accès au juge, le recul des mesures d'ordre intérieur, l'influence du droit au recours positif. Maître Patrice Spinosi ouvrira ce thème.

Enfin le dernier moment de cette conférence sera consacré à la protection des droits fondamentaux des détenus, cette fameuse notion de droits et libertés des détenus ayant été consacrée par le législateur et par la jurisprudence du Conseil d'État, avec évidemment un intérêt particulier pour la source conventionnelle de la protection de ces droits, Françoise Tulkens insistera dans son exposé liminaire sur les obligations positives qui découlent des droits protégés par la Convention.

333 CC, 19 novembre 2009, *Loi pénitentiaire*, n° 2009-593 DC.



1^{er} thème : la densification progressive de la règle de droit et de l'écart subsistant entre la règle et les pratiques

Intervention de Jean-Marie Delarue
Contrôleur général des lieux de privation de liberté

Merci de m'avoir convié à ce colloque dans le sommet français des juridictions administratives pour échanger quelques idées sur un sujet difficile que nous appréhendons collectivement quasi-quotidiennement au sein de l'autorité administrative indépendante qui m'est confiée.

Je souhaiterais donc lancer quelques réflexions sur les rapports que le système pénitentiaire entretient avec le droit. Je voudrais, pour ce, développer trois thèmes : le premier a trait à la nature des règles que l'on trouve dans les établissements pénitentiaires, le deuxième porte sur le devenir de telles règles, ou plutôt sur ce qu'elles ne deviennent pas. Enfin le troisième ordre d'idées touche au contrôle juridictionnel de ces règles et de leur application.

I- Premièrement, quelle est la nature des règles qui s'appliquent dans les établissements pénitentiaires ?

Je voudrais en exposer deux traits.

- Le premier va presque de soi pour ceux qui sont familiers du service public français, mais il est plus vrai encore en matière pénitentiaire : la surabondance des règles. Cette surabondance était jusqu'en 2009 le fait d'un seul acteur puisque, à travers le décret simple, et *a fortiori* l'arrêté, la circulaire, ou la note, l'administration pénitentiaire rédigeait elle-même ses propres textes. La situation est désormais plus complexe puisque depuis la loi du 24 novembre 2009, la part législative et le décret en Conseil d'État tiennent une part plus importante. Je ne pense cependant pas que les choses en soient changées substantiellement, et c'est l'administration pénitentiaire qui continue, pour l'essentiel, à édicter les règles qu'il lui appartient ensuite d'observer. On est confronté ici à une superposition de textes d'où il résulte, fait classique dans l'administration française, un temps nécessairement assez long entre l'édiction de la règle et son application effective. Rien ne se passe dans un établissement sans que le chef d'établissement ait repris à son propre compte, sous forme de note de service, ce que doivent faire ses propres agents. Pour en donner un seul exemple, la loi pénitentiaire de 2009 accorde le droit de téléphoner aux personnes qui sont prévenues alors même que certains établissements avaient déjà expérimenté cette possibilité. Or les premiers coups de téléphones des prévenus ne surviendront pas avant 2012 selon l'administration pénitentiaire. Autre exemple visant à démontrer que le recours à certaines sociétés privées ne facilite pas forcément une meilleure gestion des délais, le Garde des Sceaux avait annoncé que la location de téléviseurs par les personnes détenues serait facturée à hauteur de 8 euros par mois ; ce prix nécessite un ajustement des contrats passés avec les sociétés de location de téléviseurs, et ce prix de 8 euros ne sera « mis en



musique », si tout se déroule correctement, qu'à partir de 2013. Je vous rappelle que dans l'attente de ces mesures, croît l'impatience d'un certain nombre de personnes qui ont évidemment entendu ces annonces avec beaucoup d'intérêt.

- Le deuxième trait de ce droit pénitentiaire se rapporte à son aspect extrêmement minutieux, détaillé. L'explication tient en un mot : la sécurité. Cette dernière exige en effet de très grandes précisions. La sécurité, poutre maîtresse de la vie pénitentiaire française, exige par exemple que soit interdite l'entrée en prison des livres reliés alors que les livres brochés le peuvent. Les règles pénitentiaires exigent aussi depuis un arrêté de mars 2011 que lorsqu'un enfant se rend dans un parloir afin d'offrir un dessin à son père détenu, ce dessin ne doit pas dépasser dans ses plus grandes dimensions dix centimètres. Sans multiplier les exemples je voudrais dire qu'au fond, la minutie de ces textes s'explique par le fait que la préoccupation essentielle de l'administration pénitentiaire est d'assurer la sécurité, c'est-à-dire de prévenir les évasions et de préserver bien évidemment la sécurité de ses personnels et également celle des détenus mais je reviendrai sur ce point tout à l'heure. Et par conséquent, je crois pouvoir en déduire, ce qui est important à dire, que la sécurité n'est pas dans le droit pénitentiaire en équilibre avec d'autres exigences, par exemple la dignité des personnes, même la dignité est la porte par laquelle passe nécessairement les droits des détenus. Je veux dire que les droits des détenus viennent après l'exigence posée par cette règle sécuritaire, sauf dans le cas où la vie d'un détenu serait menacée de façon très urgente. Là, l'extraction hospitalière ou l'intervention du Samu voire des pompiers, se déroule très vite. En dehors de cette exception très réduite, je crois que la sécurité est au fond un peu comme la parabole du portier dans « *Le Procès* » de Kafka où l'on patiente devant la porte d'entrée pour avoir accès à ce qui s'y trouve enfermé. Pour revenir par exemple à ce sujet que j'évoquais à l'instant à savoir le droit à la vie, cette question est venue au contentieux ici au Conseil d'État, je peux donc en parler. Nous avons été confrontés au cas d'un détenu qui bénéficiait d'un protocole visant à guérir une infection cancéreuse extrêmement développée, mais il faisait également partie de la frange signalée des détenus, la plus surveillée qui ne fait, par ailleurs, l'objet d'aucun texte détaillé, hormis l'article D. 276-1 du code de procédure pénale. Dans le cas de ce détenu, ses sorties hospitalières nécessitaient l'accompagnement par près de 15 % des effectifs de gendarmerie du département. Il en est résulté que le protocole de soins n'a pas été suivi car cela était impossible. Ainsi, lorsque je dis que les droits passent après, c'est bien ce qui doit être déduit, non seulement de cette minutie mais aussi de l'ordonnancement de ces textes pénitentiaires.

II- La deuxième idée que je voudrais évoquer tient aux modalités d'application de ces règles. La prison peut être considérée comme le paradigme d'une certaine distance à la règle. Parler de distance relève en quelque sorte de l'euphémisme. Je me souviens que le président de la commission pour les conflits d'intérêts disait, naguère, que l'on a en France beaucoup de goût pour la règle mais peu d'attrait pour l'application de cette règle. La prison en est l'illustration vivante.

Tout d'abord, il faut noter que la règle n'est guère possible à appliquer : elle n'est pas toujours connue. Nous avons un jour conduit une sorte d'étude qui consistait à tester un certain nombre de surveillants afin de déterminer combien d'entre



eux connaissait le règlement intérieur de l'établissement où ils servaient ; nous en étions arrivés à un pourcentage de 40 %. Le règlement intérieur n'est par ailleurs pas toujours disponible puisqu'il est sans cesse révisé, nous dit-on, et nous avons également constaté qu'un certain nombre d'établissements n'avait pas de règlement intérieur utile.

Ensuite, il faut préciser que les détenus aussi ne connaissent pas nécessairement la règle. Il y a quelque chose qu'il conviendra de régler dans les mois ou années qui viennent et qui est l'accès des détenus aux règles qui les gouvernent. Il y a bien entendu le règlement intérieur auquel ils ont accès, en théorie, ce qu'il convient de toujours rappeler au chef d'établissement. Mais s'agissant des circulaires, des notes de services multiples, dont j'ai dit qu'elles jalonnaient la vie pénitentiaire, ces règles-là les détenus ne les connaissent pas. Ils ne reçoivent pas le Journal officiel, et n'ont pas accès à Internet. Donc comment contester, lorsque l'on est détenu, une circulaire dont on va être soi-même l'objet ? Ce problème n'est nullement réglé aujourd'hui.

Troisième élément, je crois qu'il existe des lieux de l'établissement pénitentiaire où la règle par définition ne s'applique pas parce que l'administration a renoncé à l'appliquer. Ces lieux sont au nombre de trois : les cours de promenades, les douches, et la cellule elle-même. Autrement dit, tout se passe comme si la règle pénitentiaire n'était qu'en quelque sorte la règle des parties communes comme l'on dit dans le domaine du droit de l'immobilier. Mais surtout, ce qui empêche l'application stricte de la règle, c'est la nécessité de laisser le personnel pénitentiaire s'adapter à la personnalité des détenus qui lui font face. Et par conséquent, la règle pénitentiaire vient se heurter à l'idée que se fait chaque agent, et notamment chaque surveillant, de sa propre sécurité et de sa propre responsabilité. Et je prendrai à nouveau l'exemple très simple des extractions hospitalières, dont je ne voudrais pas abuser, sur lequel nous avons tenté déjà, depuis trois ans, d'inciter l'administration pénitentiaire à un mode d'action différent, sans aucun succès. Quand on extrait un détenu pour le conduire à l'hôpital, il y a, dans les règles applicables, trois ou quatre niveaux de sécurité en fonction des établissements : un premier niveau auquel on menotte le détenu, un deuxième auquel on ajoute aux menottes des entraves aux pieds puis un troisième niveau, le plus élevé, auquel on adjoint aux menottes et aux entraves une escorte policière. Les notes ou le règlement intérieur précise que ce niveau de sécurité est déterminé par le chef d'escorte en fonction de ce qu'il estime devoir être appliqué compte tenu de la personnalité du détenu. Ainsi dans la quasi-totalité des cas, on recourt aux menottes et aux entraves, voire à l'escorte policière si on en dispose, même lorsque la personne est grabataire. Autrement dit, on a là une disproportion évidente qui découle du fait que le surveillant est conscient qu'en cas d'évasion il sera jugé devant une commission de discipline, non pas sur les moyens employés mais sur les résultats obtenus.

Ainsi, il convient de voir que le fonctionnement même du régime disciplinaire le met en situation de requérir le niveau de sécurité maximal. Intervient donc ici la question de la marge de manoeuvre dont dispose l'agent : suivant en effet l'idée qu'il se fait de son travail et de son choix d'agir soit par le biais de l'autorité, soit par celui de la négociation, les résultats obtenus seront totalement différents.



Et je prendrai un exemple très simple : celui des échanges entre cellules au sein d'une maison d'arrêt, qui sont évidemment interdits, les fameux jeux de ficelles d'une fenêtre à l'autre venant contrer cette interdiction. Lorsque l'heure du repas du soir arrive, l'occupant d'une cellule peut demander au surveillant qui est là d'amener une cigarette ou un pot à tabac dans une autre cellule où un détenu en aurait besoin. Il se passe dans ce cas là des choses très différentes : soit le surveillant peut accepter de passer n'importe quel bien, soit il procède à une sélection des biens en question, soit il refuse catégoriquement. Il en résulte que lorsqu'on interroge les détenus, ces pratiques sont unanimement ressenties comme arbitraires. Car chacun de ces agents peut décider de la manière dont va s'appliquer la règle.

De tout ceci, il résulte une multiplicité de décisions, ou d'absence de décisions d'ailleurs, qui illustrent avec étonnement le crédit que l'on accorde aujourd'hui dans les établissements pénitentiaires, ou que l'on n'accorde pas, aux recours gracieux ou aux recours hiérarchiques.

III- Un dernier point que je voudrais évoquer, face à cette situation, est celui du contrôle juridictionnel. Je souhaiterais simplement m'interroger, de mon propre point de vue, sur les méthodes de travail des différents juges appelés à se prononcer sur cet état de fait, et cet état de droit aussi, si je puis dire, du fait du rapprochement de l'un et de l'autre. Je rappelle tout de même que le juge judiciaire a son mot à dire sur les conditions d'incarcération sur au moins deux plans.

D'abord, le juge de l'application des peines, s'il juge en maître le comportement d'un détenu auquel il retirera par exemple des réductions de peines supplémentaires lorsque celui-ci aura été puni d'une sanction de cellule disciplinaire, va également juger en creux, d'une certaine manière, les conditions de la détention. Il le peut, tout du moins, même si son entrain à le faire est moindre à cet égard, mais il peut cependant porter une appréciation légère sur ce point.

Deuxièmement, le juge judiciaire est le juge de l'indemnisation de la détention provisoire indue, après relaxe ou acquittement. Il est, d'ailleurs, intéressant de rapprocher ce que fait le juge judiciaire à cet égard, notamment dans sa méthode d'évaluation des dommages dus à raison des mauvaises conditions de détention, de ce que fait de son côté le juge administratif qui se penche également sur ce sujet.

Le juge administratif précisément assume deux formes d'intervention. Je viens de faire allusion à la première en ce qu'il est juge de l'indemnisation qui nourrit un contentieux important du côté des tribunaux administratifs et des cours, si j'en crois une jurisprudence plutôt récente, et qui tend à se développer.

La seconde forme d'intervention concerne en revanche l'excès de pouvoir. A cet égard, la méthode de travail du juge administratif a été illustrée récemment par les trois arrêts du 14 décembre 2007³³⁴ qui retiennent que le juge a à connaître d'une décision prise dans un établissement pénitentiaire suivant la nature de

³³⁴ CE, Ass., 14 décembre 2007, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ M. Boussouar*, n° 290730 ; *Planchenault*, n° 290420 ; *M. Payet*, n° 306432.



cette décision et suivant la gravité des effets qu'elle entraîne. Cela implique une classification entre d'un côté ce que l'on peut nommer les décisions élues, et de l'autre les décisions damnées. La question de savoir si, d'une part, cette classification est aujourd'hui satisfaisante et, d'autre part, si elle correspond au fond aux préoccupations majeures des détenus, ce qui n'est pas toujours le cas. Sauf erreur de ma part il est aujourd'hui convenu que la décision d'affectation, ou plutôt de transfèrement, d'une maison d'arrêt en centre d'exécution de peines ne peut pas être déferée au juge. Quid d'une détenue qui, transférée d'une maison d'arrêt de la région parisienne vers un centre de détention pour femmes, se retrouvera éloignée de ses enfants ? La gravité des effets de cette décision emporte-t-elle la possibilité de déférer cette dernière au juge administratif ?

Enfin, je voudrais terminer en évoquant la méthode de travail du juge de la Cour de Strasbourg. Celle-ci est très différente, à mes yeux, du juge administratif en ce sens que, à partir de l'allégation d'un droit fondamental reconnu, la Cour va procéder à l'inventaire de toutes les décisions de l'administration pénitentiaire qui ont contribué, ou qui auraient contribué à la méconnaissance de ce droit fondamental. Ce faisant, elle va approcher non seulement les grandes décisions mais aussi éventuellement les plus petites décisions. Par exemple, si le droit à la santé d'un requérant n'a pas été respecté, on examinera les conditions dans lesquelles celui-ci a été effectivement soigné, y compris sous des angles quasi-microscopiques. La Cour joue ici en quelque sorte le rôle de cathéter implanté dans l'organisme pénitentiaire et raisonne, si je puis employer cette formule ambiguë, par faisceaux de décisions. Elle embrasse en quelque sorte tout ce qui concerne son objet, c'est-à-dire le droit fondamental en cause, ce qui est bien évidemment assez différent en termes de perspective de ce que fait le juge administratif du contentieux de l'excès de pouvoir.

En conclusion de tout ceci, je souhaiterais dire simplement qu'au-delà du constat que nous avons certes encore du chemin à parcourir, il convient de réfléchir sur deux points.

D'une part, quel est l'effet du contrôle du juge sur l'administration pénitentiaire ? Cet effet sera nécessairement important à terme ; nous le jugeons encore modéré, pour dire les choses ainsi.

D'autre part quelle complémentarité existe-t-il entre nous autres, contrôleurs, et les juges que je viens d'évoquer ? Je suis personnellement très intéressé par le fait que la Cour européenne des droits de l'homme est très attentive à ce que lui dit le Comité européen de prévention de la torture, et réciproquement. Nous sommes nous autres attentifs évidemment au droit qui avance, de telle sorte que nous pouvons l'opposer bien entendu à l'administration pénitentiaire. C'est pour nous un instrument de contrôle quotidien, et, comme l'a indiqué Mattias Guyomar précédemment, il faut associer à ces instruments ce que dit le Conseil constitutionnel. Il reste peut-être toutefois une meilleure complémentarité à trouver, point sur lequel je désirais terminer.



Intervention de Mattias Guyomar
Maître des requêtes au Conseil d'État

Merci Jean-Marie Delarue. Avant de passer la parole à Béatrice Pastre-Belda, il me semble que l'on peut retenir, à brûle-pourpoint si je puis m'exprimer ainsi, trois idées fortes de cet exposé.

La première consiste en l'idée que la règle ne peut pas tout résoudre et, même lorsqu'elle intervient, il y a ce temps entre l'édition de la règle et sa réalisation. On peut penser d'ailleurs au principe de l'encellulement individuel qui en est une illustration, avec le différé de l'entrée en vigueur, loi après loi, de ce principe, faute de moyens concrets pour le mettre à exécution.

Deuxième élément qui, à mes yeux, ressort de cet exposé, c'est la multiplicité des règles, qui relève souvent d'ailleurs, de l'infra-droit (circulaire, note de service, règlement intérieur ...), qui paradoxalement ne garantit ni la sécurité juridique ni la protection effective des droits.

La troisième chose qui me frappe aussi c'est la persistance, à l'intérieur de l'établissement, de zones sanctuarisées de non-droit, d'espaces où, quoiqu'en disent les autorités normatives et le juge, il n'y a pas de rappel à la règle.

Voilà les trois points qui ont relevé mon attention, mais peut-être que Béatrice Pastre-Belda en aura retenu d'autres.

Béatrice Pastre-Belda
Maître de conférences à l'université Montpellier I

M. le vice-président,

Je vous remercie vivement de m'avoir conviée à cette conférence sur ce thème qui m'est effectivement très cher puisque j'y ai consacré mes recherches doctorales et que je continue de m'y intéresser encore à présent.

J'aurais voulu mettre l'accent sur un point particulier, si vous me le permettez. Puisque l'on parle du développement du cadre juridique propre à l'action pénitentiaire, je souhaitais justement pointer du doigt l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, influence à double titre, d'abord au sein du système conventionnel européen des droits de l'homme, puis au sein du droit national également.

Concernant l'influence exercée au sein du système conventionnel européen des droits de l'homme, il convient de noter que le juge européen, en matière de droits des détenus, est parti de rien. En effet, il n'y a pas, dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de stipulations spécifiques relatives au droit des détenus. Il n'existe que l'article 5 de la Convention qui protège l'individu contre les détentions arbitraires, tandis qu'aucune stipulation ne protège le détenu contre les traitements inhumains et dégradants, ainsi que sa



vie familiale, sa vie privée... Une règle prétorienne a été élaborée progressivement que le juge continue d'ailleurs à enrichir.

Pour combler ce vide normatif, le juge européen a utilisé deux techniques, toujours usitées actuellement :

- la protection par ricochet, qui est une protection indirecte que le juge continue à utiliser, j'en donnerai un exemple récent fort intéressant tiré d'un arrêt *Brândușe c. Roumanie* de 2009³³⁵ dans lequel le juge applique la protection par ricochet afin de consacrer pour l'individu le droit à vivre dans un environnement sain. Il s'agissait d'un détenu qui était emprisonné dans un établissement situé à proximité d'une décharge et qui sur cette base se plaignait des conditions d'hygiène et des odeurs. Le juge européen a consacré par ricochet le droit à vivre dans un environnement sain au titre de son droit au respect de la vie privée.

- l'exigence de conformité des conditions de détention au respect de la dignité humaine, qui est une forme de protection directe formulée en 2000 dans l'arrêt fondamental *Kudla c. Pologne*³³⁶. Dans cet arrêt, le juge européen va consacrer pour la première fois un droit propre au détenu au titre de l'article 3 de la Convention relatif à l'interdiction de la torture. Cette protection directe se réalise à mon sens chaque fois que le juge européen consacre des obligations positives propres au détenu, c'est-à-dire spécifiques à un individu en fonction du contexte fonctionnel de sa détention.

Le juge européen a donc élaboré un arsenal complet de la protection du droit des détenus qui protège celui-ci sous tous ses aspects d'homme, de citoyen et de justiciable. Il s'agit là où d'une approche catégorielle où, en fonction de son statut particulier, le juge a façonné une norme adaptée aux conditions du détenu. La norme européenne, ce standard minimum de droits et de libertés, s'applique donc bien évidemment en droit interne. On ne rappellera pas que les dispositions de la Convention sont d'effet direct, les justiciables pouvant l'invoquer devant le juge. Ce qui est assez notable, c'est que le juge administratif lui-même peut, dans ses décisions, faire référence à la jurisprudence européenne ainsi qu'au mode de raisonnement du juge européen.

On mentionnera quelques exemples à ce titre, comme celui de la jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur, qui se révèle en l'occurrence typique, à savoir que le juge administratif a emprunté le mode de raisonnement du juge européen, allant même au-delà, à mon sens, dans les arrêts *Boussouar* et *Planchenault* du 14 décembre 2007³³⁷ puisqu'il réfléchit par catégorie de mesure. Cet exemple suffit à démontrer l'influence exercée par la jurisprudence de la Cour, que ce soit dans les conclusions du rapporteur public ou dans le raisonnement même du juge administratif.

Autre exemple, celui de la jurisprudence sur les matelas sécurisés du Conseil d'État illustrée par l'arrêt *Section française de l'OIP* du 17 décembre 2008³³⁸, exemple

335 CEDH, 7 avril 2009, *Brândușe c. Roumanie*, n° 6586/03.

336 CEDH, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, n° 302010/96.

337 CE, Ass., 14 décembre 2007, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ M. Boussouar*, n° 290730 ; *Planchenault*, n° 290420.

338 CE, 17 décembre 2008, *Section française de l'OIP*, n° 305594.



caractéristique puisque le Conseil d'État se fonde notamment sur l'article 2 de la Convention qui protège le droit à la vie pour consacrer une obligation positive de prendre des mesures propres à protéger la vie du détenu. Il est intéressant de noter que ce sont les termes mêmes employés par le juge européen afin de consacrer des obligations positives que l'on lit dans le raisonnement du juge administratif lorsque le Conseil d'État fait référence à la vulnérabilité des détenus et à leur situation d'entière dépendance. Le juge administratif se positionne donc par sa récente jurisprudence comme le protecteur de droit commun des droits fondamentaux des détenus. Si l'arrêt du 17 décembre 2008 précité consacre pour la première fois l'obligation positive de protéger la vie des détenus, cette jurisprudence n'a toutefois pas encore été appliquée, en droit interne, au cas des suicides de détenus et de violences entre codétenus, alors qu'elle a déjà été, au niveau européen, étendue à ces cas de figures-là. L'avenir nous dira si cette jurisprudence du Conseil d'État s'appliquera à d'autres hypothèses, elle demeure en tout cas clairement limitée au risque incendiaire au sein des établissements.

Afin d'illustrer encore l'influence de la jurisprudence européenne en droit national et sur la jurisprudence du Conseil d'État, on peut évoquer la question de la responsabilité pour faute de l'administration pénitentiaire en raison des mauvaises conditions de détention. Dans un jugement du tribunal administratif de Rouen de mars 2008³³⁹, le juge administratif reprend le même mode de raisonnement que le juge européen en acceptant d'engager la responsabilité de l'administration en raison des mauvaises conditions de détention non conformes au respect de la dignité humaine. Le juge administratif y fait référence également à un autre mode de raisonnement, qui est celui de la technique des effets cumulatifs qu'utilise le juge européen, en combinant la durée particulièrement longue de l'encellulement, le problème de l'hygiène et de la salubrité, la taille des cellules, l'absence de respect de l'intimité... Tous ces éléments sont cumulés pour aboutir à la responsabilité pour faute de l'administration.

S'agissant du passage de la règle prétorienne à la loi pénitentiaire, il faut noter que si le juge européen et le juge administratif ont élaboré une norme protégeant le détenu, il convient de voir si cette norme a été reprise par le législateur dans la loi de 2009. Le point positif de cette loi est que des droits sont pour la première fois explicitement reconnus aux détenus. La lacune principale tient cependant au fait que cette loi était destinée à renverser, en quelque sorte, la hiérarchie des normes puisqu'on parlait auparavant, en matière pénitentiaire, de hiérarchie des normes inversée où le droit était surtout construit par l'administration pénitentiaire. Il aurait donc dû revenir au législateur d'encadrer et de définir les droits alors que l'on constate aujourd'hui que c'est encore, dans les faits, l'administration pénitentiaire qui, sur la base de décrets adoptés en décembre 2010, fixe et encadre les limites aux droits. De plus les notions consacrées dans cette loi sont relativement vagues, ce qui contribue à laisser une grande marge de manoeuvre au chef d'établissement. Autre point négatif de cette loi, l'existence de régimes différenciés peut être critiquée car, sur ce point le pouvoir est, encore une fois, confié au chef d'établissement qui, en fonction de la personnalité du détenu, va modifier son régime de détention.

Il faut également se demander si l'encadrement effectué par cette loi de 2009

339 TA Rouen, 6 mars 2008, *M. Christian D.*, n° 0602590.



ne va pas servir à forger un outil disciplinaire entre les mains de l'administration pénitentiaire. Ces questions restent en suspens et on doit continuer de s'interroger sur la portée réelle de cette loi en matière de garantie des droits.

Françoise Tulkens³⁴⁰

Juge et vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme

Je voudrais simplement formuler quelques remarques pointillistes. La question a été posée de savoir s'il y avait, au sein de la Convention européenne des droits de l'homme, des droits spécifiques relatifs aux détenus. La réponse est bien entendu non, car contrairement au Pacte civil et politique des Nations unies, elle ne contient aucune disposition propre. En revanche, et c'est ce que je trouve très fort, tous les droits de la Convention s'appliquent bien évidemment aux détenus et les restrictions aux droits protégés par la Convention doivent être appliquées de la même manière aux détenus. C'est une question récurrente et je constate qu'elle est à nouveau posée. La question a déjà été posée, il y a une quinzaine d'années, de savoir s'il fallait un protocole additionnel concernant les droits des détenus ou une charte des détenus, à l'instar de la Charte sociale européenne et je suis frappée de voir cette question réapparaître à intervalles réguliers depuis une vingtaine d'années. Je considère pour ma part qu'il est préférable de disposer d'une jurisprudence souple et évolutive, susceptible de s'appliquer à des situations nouvelles. On court en effet toujours le risque, si on inscrit un droit dans un protocole ou dans une charte, de pétrifier les choses. Il est surtout important de voir, au cours du débat, quels sont les droits que l'on souhaiterait inscrire dans cette charte, et ceux-ci évoluent singulièrement.

M. Delarue a précédemment évoqué une autre question, celle de la multiplicité des normes. Il est vrai que, ces dernières années, le droit pénal s'est développé de façon exponentielle, à tel point qu'un auteur malicieux a pu poser la question, impertinente mais très juste, de l'application effective du droit pénal, c'est-à-dire de savoir si le droit pénal est vraiment fait pour être appliqué. On pourrait se le demander dans certains cas, car le dispositif pénal est parfois totalement séparé de son application concrète. Cela renvoie cependant à un autre débat qui porte sur le fossé existant entre la dimension symbolique et la dimension instrumentale du pénal, avec la question notamment de l'exécution de la peine. On peut citer des auteurs classiques bien que contestés, comme Michel Foucault qui affirme, en 1975, que c'est la condamnation qui est censée marquer le délinquant, tandis que l'exécution est une honte supplémentaire que la justice devrait avoir honte d'imposer au condamné, l'exécution tendant à devenir un secteur autonome.

Mattias Guyomar

Maître des requêtes au Conseil d'État

Ce que vous venez de dire évoque au moins deux questions autour desquelles nous tournons tous. Il y d'abord un débat toujours actuel hésitant entre la nécessité d'un droit spécifique au détenu avec la question d'une charte des droits des détenus ou

³⁴⁰ Françoise Tulkens s'exprime à titre personnel, sans engager la Cour.



la réaffirmation de l'application du droit commun au détenu, adapté aux conditions spécifiques de la détention. Entre un droit spécifique et un droit commun adapté, la question n'est jamais véritablement tranchée.

Ensuite, vient la confrontation entre la règle *a priori*, posée *in abstracto*, et la plasticité de la jurisprudence, les deux pouvant éventuellement se compléter, mais c'est un point sur lequel interviendra désormais Maître Patrice Spinosi.

Patrice Spinosi

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Il y a dans le contentieux pénitentiaire une vraie question qui est celle de l'opportunité d'une règle de droit. L'enjeu est de savoir comment, matériellement, les droits des détenus sont susceptibles d'être garantis. Il faut donc non pas simplement, et c'est déjà essentiel, garantir ces droits mais aussi en assurer l'application pratique. L'expérience dont nous a fait part M. Delarue montre à quel point il est difficile de faire entrer le droit dans les prisons, malgré une plus grande justiciabilité des mesures. Je réagirai aux exemples qui ont été fournis avant de tenter d'illustrer le problème que soulève l'appréhension du réel par le droit.

M. Delarue a donné l'exemple de ce détenu malade qui ne pouvait pas bénéficier de soins parce que placé sous le statut des détenus particulièrement signalés (DPS). Que faire d'un détenu placé dans cette situation lorsque l'administration refuse son extraction ? Grâce à la jurisprudence du Conseil d'État, des recours sont aujourd'hui possibles, comme par exemple un référé-suspension contre la décision refusant l'extraction devant le tribunal administratif qui statuera dans un bref délai. Pourtant, quand bien même le tribunal administratif donnera raison au requérant, l'administration elle-même sera susceptible de faire un recours. Elle va donc attaquer, en cassation devant le Conseil d'État, la décision rendue par le tribunal administratif. Il aura fallu, dans l'exemple concret de ce détenu, attendre que l'audience intervienne devant le Conseil d'État pour que, la veille de l'audience, l'administration décide de se désister de son recours et d'abandonner le statut de DPS de ce détenu. Le Conseil d'État rend alors une décision de non-lieu à statuer dans cette affaire, puisque la mesure qu'on cherche à suspendre n'existe plus, mais en profite aussi pour affiner sa jurisprudence et dire que le maintien d'un statut de DPS ne constitue pas une *mesure d'ordre intérieur*. Tout ça pour vous dire qu'il est difficile d'obtenir la garantie du droit qu'il faut se battre longtemps et avec force, chose difficile lorsque l'on est un prisonnier car on n'en a souvent pas les moyens, ni l'habitude de ce type de contentieux.

Je rebondirai de la même manière sur la problématique du temps en évoquant l'exemple donné par M. Delarue. Il s'agit de la question des entraves et de cette circulaire relative aux entraves s'agissant des sorties des prisonniers pour se rendre dans un hôpital public. Cette circulaire a été attaquée par l'Observatoire international des prisons en 2005, le Conseil d'État n'ayant pas encore décidé de l'annuler, et nous avons un recours pendant à Strasbourg qui a franchi le stade de l'admission. Nous aurons donc peut-être une décision de la Cour européenne à cet



égard qui suscitera une modification de la règle de droit, mais, là encore, combien de temps entre la cristallisation de cette situation-là et une éventuelle condamnation de l'État à Strasbourg ?

La question des droits est donc fondamentale mais il est également absolument déterminant de savoir comment ces droits s'appliquent et comment les détenus sont susceptibles de pouvoir en bénéficier.

Jean-Marie Delarue

Contrôleur général des lieux de privation de liberté

Je souhaiterais revenir sur trois points.

Le premier a trait à l'évocation par Mme Pastre-Belda du parcours d'exécution de peine, et notamment à la possibilité de différer le régime de détention suivant les personnes, introduite par l'article 81-9 de la loi du 24 novembre 2009. En réalité, ce dispositif se traduit sous la forme simple de l'introduction de trois régimes de détentions différents dans un même établissement pénitentiaire : un régime très contraint, un régime intermédiaire et un régime un peu plus souple. Par conséquent, l'affectation d'une personne détenue entre ces trois quartiers de l'établissement va s'effectuer selon son comportement. Que fera le juge administratif ? Cela complique en effet sa position quant aux décisions qu'il a à connaître. S'emparera-t-il des décisions d'affectation ?

Je souhaiterais aussi fournir à Mme Tulkens quelques indications relatives à sa question concernant l'opportunité de la Charte des détenus. Je dirai que nous cheminons, bien que lentement, pour rapprocher du droit commun les détenus et pour arriver à considérer que ce droit commun s'applique aussi en prison. Une Charte des détenus signifiera qu'on y introduira des éléments qui tendront à éloigner les détenus du droit commun, avec le risque de figer les droits qui leur seront applicables. Et on verra bien entendu apparaître cette dissymétrie que j'évoquais précédemment ou cette porte d'entrée nécessaire que seront les obligations de sécurité qui pèseront du fait d'une telle charte.

Enfin, pour faire écho à ce disait Maître Spinosi, je voudrais rappeler que lorsque une commission présidée par Guy Canivet s'est penchée sur l'idée d'un contrôle extérieur des établissements pénitentiaires en 2000, le premier président de la Cour de cassation de l'époque écrivait à peu près ceci : « *l'existence d'un contrôle extérieur est de nature à garantir en soi une meilleure application des droits au détenu* ». Par conséquent, j'ai la vanité de penser que le contrôle général des lieux de privation de liberté n'est pas, sur ce point, totalement inutile.



Échanges avec les participants sur le 1^{er} thème

Question - *Quelles sont les procédures d'urgence existantes au niveau de la Cour européenne des droits de l'homme susceptibles de s'appliquer au cas de personnes étrangères détenues dans des centres de rétention de pays parties à la Convention lorsque les conditions de détention mettent leur vie en danger de manière urgente ? Je pense notamment au cas de prisonniers tchéchènes détenus dans des conditions déplorables dans des centres de rétention d'Europe occidentale et qui sont menacés en outre d'une extradition vers la Russie où les guetterait une condamnation à mort. Ce questionnement pose également le problème des délais de recours et celui de l'effectivité des mesures ordonnées par le juge.*

Françoise Tulkens

Lorsqu'une personne court un risque imminent, grave, réel et personnel de dommage irréparable, cette dernière peut demander à la Cour qu'elle indique une mesure provisoire. Cela s'est notamment fait dans le cas de la Géorgie, concernant cette fois-ci des prisons et non des centres de rétention. Nous avons ainsi enregistré des demandes sur le fondement de l'article 39 du règlement de la Cour³⁴¹ visant à ce que la personne détenue soit transférée de la prison vers un centre médical, voire même à l'extérieur en raison de la pathologie dont elle souffrait. Cette mesure urgente et provisoire existe mais elle n'est prise que dans des situations tout à fait extrêmes et à la condition aussi que le dossier qui parvient à la Cour soit suffisamment documenté pour montrer le risque imminent d'un préjudice irréparable. Les conditions sont réunies par exemple dans les cas où le pronostic vital d'un détenu est engagé. Elle se doit de n'être utilisée qu'à bon escient. Mais, une fois une mesure provisoire adoptée, la Cour peut demander à l'État dans lequel a lieu la rétention de prendre des mesures appropriées et exiger par exemple d'extraction du détenu. Ces mesures adressées à l'État sont bien sûr obligatoires.

Quant à la question de l'accès des détenus à la connaissance de leurs propres droits, on note certes que les rapports du contrôleur général des lieux de privation de liberté sont lus avec attention et que de nombreux avocats s'investissent afin d'expliquer à leurs clients quelles sont les différentes procédures. Mais on note aussi que de nombreux détenus sont encore privés de l'information, notamment ceux qui n'ont pas formulé le désir d'avoir accès à cette information, et il revient donc aux personnes connaissant le droit d'aller vers eux. Mais cela n'est pas toujours possible. Dans de nombreux cas, les points d'accès au droit se réduisent au strict minimum et en général ne concernent pas le droit de l'application des peines et le droit pénitentiaire.

Concernant cette fois le rôle des associations qui interviennent dans les prisons, peut-on considérer aujourd'hui qu'elles pallient la difficulté d'accès au droit et aux voies de recours, qui sont par ailleurs souvent simples et longues ? De nombreuses

³⁴¹ Article 39 du règlement de la Cour : « 1. La chambre ou, le cas échéant, son président peuvent, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure. ».



années vont parfois s'écouler avant que la Cour de Strasbourg ne soit saisie, entraînant parfois des modifications dans la situation même des détenus, ceux-ci pouvant alors perdre leur qualité de victime au regard de la Convention.

Jean-Marie Delarue

Je pense en effet que grâce aux associations du chemin a été parcouru. Depuis une cinquantaine d'années, l'intervention de tiers constitue le plus grand changement qu'ont connu les prisons françaises. Si autrefois le devenir du détenu reposait exclusivement sur l'administration pénitentiaire, beaucoup d'autres personnes le prennent à leur charge aujourd'hui. Cette intervention de tiers est également quelque chose de rassurant. On peut penser ainsi à l'intervention des personnels de santé, des associations ou de divers intervenants, y compris les entreprises privées. Un certain nombre d'entre eux sont alors à même, lorsqu'ils en ont la capacité, de renseigner les détenus dans un certain nombre de domaines. On peut penser aussi à l'action du GENEPI³⁴², groupement d'étudiants intervenant en prison.

A cet égard, le rôle des associations est tout à fait positif, à la condition du moins que l'on veuille bien le développer, autrement dit faire en sorte que, d'une part, les associations aient des moyens, ce qui est aujourd'hui quelque peu problématique, et, d'autre part, qu'on ne les éloigne pas ou qu'on ne menace leurs militants dès lors qu'ils mèneraient des actions jugées peu favorables à l'administration.

Sur l'information des détenus, on se place sur un sujet nous engageant dans le long terme et qui suscite la réflexion se déclinant selon plusieurs axes. Il convient aussi de rappeler que, indépendamment des associations, il y a de l'information qui circule entre détenus, les prisons étant un lieu où elle circule plutôt rapidement. La difficulté réside donc davantage dans la qualité de cette information que dans son flux brut.

Au contrôle, nous réfléchissons, non seulement sur la base des visites que nous effectuons mais aussi en puisant dans le courrier que nous recevons, sur trois éléments :

- le premier consiste à s'assurer que les instruments traditionnels soient à la disposition des détenus, l'idée par exemple qu'une prison soit abonnée au journal officiel ou au bulletin officiel du ministère de la justice, et que cet ouvrage figure dans la bibliothèque, n'est, à cet égard, pas complètement déplacée.
- le deuxième porte sur un problème plus global, qui donnera lieu, je pense, à un avis de notre part dans les prochaines semaines³⁴³, est qui est celui de l'introduction de l'informatique dans les lieux de détention. Cela concerne non seulement l'introduction d'outils informatiques mais aussi la garantie d'un accès aux serveurs Internet.
- le troisième a trait au développement de ce que l'on nomme les points d'accès au droit en prison, c'est-à-dire l'intervention des barreaux, même si cela pose des problèmes difficiles puisque, aujourd'hui, ces points d'accès au droit, lorsqu'ils existent, peuvent leur fournir un certain nombre de renseignements aux personnes

342 Groupement Étudiant National d'Enseignement aux Personnes Incarcérées.

343 Avis publié ultérieurement au Journal officiel du 12 juillet 2011.



détenues, à l'exception de ce qui concerne leur cas pénal personnel car cela pose évidemment des problèmes vis-à-vis des avocats qui les ont représentés et pris en charge. Toutefois je considère que, s'agissant des condamnés, cela ne me semble pas constituer une difficulté majeure.

Sur ces trois points, des progrès sont encore possibles et j'espère que nous pourrons les réaliser dans les prochains mois.

2^{ème} thème : la justiciabilité croissante des mesures pénitentiaires : l'utile aiguillon du droit au recours effectif dans la réduction du champ des mesures d'ordre intérieur

Mattias Guyomar

Nous allons à présent aborder le deuxième thème qui est celui de la justiciabilité croissante des mesures pénitentiaires, qui permet de saisir le juge dans bien plus d'occasions que ce n'était le cas auparavant. De ce point de vue là, l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence sur le droit à un recours effectif, est indéniable et son appropriation par le juge administratif français est incontestable.

Nous sommes passés d'une situation où le juge compétent en matière pénitentiaire, à savoir le juge administratif, refusait de se saisir d'un certain nombre de décisions qualifiées de *mesures d'ordre intérieur* à des cas de plus en plus fréquents de saisines. Dans une décision du 28 mars 2011, *Garde des Sceaux c/ M. Bennay*³⁴⁴, le Conseil d'État vient de juger que le passage d'un régime de détention à un autre était susceptible de faire l'objet d'un recours. En tant que tel, nous nous trouvons dans une catégorie de mesure susceptible d'un recours pour excès de pouvoir.

Pour répondre à Jean-Marie Delarue sur la question du transfert d'une maison d'arrêt à un centre de détention, les arrêts *Boussouar* et *Planchenault* ont marqué l'idée qu'il restait des catégories de décision insusceptibles de recours, mais avec une réserve, qui est que, dans tous les cas, lorsqu'est en cause un droit ou une liberté du détenu, alors l'accès au juge doit être autorisé. Ainsi, même dans l'hypothèse qui était évoquée d'une mesure qui *a priori* n'est pas attaquant, s'il est avéré que, dans le cas d'espèce, il y a une atteinte aux droits du détenu qui déborde le cadre inhérent à la détention, alors l'accès au prétoire est garanti. Il existe un arrêt *Miloudi* de 2009³⁴⁵ qui, s'agissant du transfert d'un établissement à un autre de même catégorie, accepte la recevabilité de la requête parce qu'il avait été constaté en l'espèce un éloignement tel du centre familial que le juge devait vérifier si elle était légale ou non.

344 CE, 28 mars 2011, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ M. Bennay*, n° 316977.

345 CE, 27 mai 2009, *Miloudi*, n° 322148.



Afin de nous entretenir sur cette justiciabilité croissante, interviendra désormais Maître Spinosi, qui est un des acteurs de la jurisprudence puisqu'il a porté de nombreuses affaires devant le Conseil d'État ayant nourris cette évolution jurisprudentielle.

Patrice Spinosi

La question de la justiciabilité d'une mesure est une question absolument essentielle car elle est celle de savoir si on pourra soumettre ou non au juge une mesure prise par l'administration pénitentiaire. Et selon qu'il pourra y avoir, ou non, un contrôle du juge, il pourra y avoir un contrôle du droit. La question de la justiciabilité d'une mesure est donc la question de savoir si, matériellement, le droit sera susceptible d'appréhender véritablement une mesure qui est prise par l'administration pénitentiaire. C'est dire à quel point cette question était une question déterminante et essentielle dans la vie de l'univers carcéral.

L'évolution à cet égard de la jurisprudence du Conseil d'État a été très dynamique et s'est enrichi de solutions qui étaient celles de la Cour européenne des droits de l'homme. On parle beaucoup de la nécessité d'un dialogue entre les cours suprêmes. Je crois sincèrement que l'exemple de l'évolution des mesures d'ordre intérieur constitue un très bel exemple de ce dialogue constant entre le Conseil d'État et la Cour de Strasbourg. Je me permettrai de retracer rapidement cette évolution afin de vous donner quelques éléments de réflexion par la suite.

Le point de départ de cette évolution réside dans la notion même de *mesure d'ordre intérieur*, qui, comme son nom l'indique, concerne l'administration au sens interne. Traditionnellement, le juge administratif avait construit une jurisprudence selon laquelle cette mesure était considérée appartenir à l'administration, parce qu'il fallait laisser l'administration libre d'agir et faire en sorte que le juge qui viendrait à s'en mêler ne bloque pas les rouages de l'administration. Ainsi, pendant très longtemps, l'univers carcéral va être l'un des foyers essentiels de cette mesure d'ordre intérieur, en considérant que cet univers est complexe et d'une gestion difficile, justifiant une certaine marge manoeuvre de l'administration et le refus d'une immixtion trop importante du juge dans ces rouages sensibles. D'anciennes jurisprudences avaient donc considéré que, somme toute, les mesures d'ordre intérieur s'appliquaient globalement à un certain nombre d'actes quotidiens de la vie carcérale.

Puis on va assister à la progressive montée en puissance de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, assez rapidement, dans ses décisions anciennes telles que l'arrêt *Golder* de 1975³⁴⁶, ou l'arrêt *Campbell* de 1984³⁴⁷, va poser comme principe le fait que l'incarcération ne saurait priver un justiciable du droit fondamental que constitue le droit au procès équitable mentionné à l'article 6 de la Convention. Ainsi, lorsqu'un détenu subit une sanction, la notion d'autonomie développée par la Cour va autoriser à considérer qu'une telle sanction tombe dans le champ du procès équitable, ce qui implique par là même un droit d'accès au

346 CEDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70.

347 CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, n° 7819/77; 7878/77.



prétoire pour le concrétiser. D'autres droits fondamentaux importants vont être garantis, comme l'interdiction des traitements inhumains et dégradants prévue à l'article 3 de la Convention. On va se rendre compte que dans un certain nombre de cas la détention s'exerçant dans des conditions extrêmement pénibles et rudes, dans des conditions matérielles à ce point délabrées, que l'on va pouvoir entrer dans le champ de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il faut aussi mentionner le droit fondamental garanti par l'article 8 de la Convention, qui est le droit au respect de la vie privée et familiale. Et la protection de ce droit là va pouvoir effectivement toucher le prisonnier car ce dernier subit des contraintes dans son existence individuelle et familiale, dans son droit à la socialisation.

Ces décisions fortes de la Cour de Strasbourg vont irriguer petit à petit la jurisprudence du Conseil d'État qui va en 1995 formuler une première décision essentielle avec la décision *Marie*³⁴⁸ et qui va rompre de façon significative avec sa précédente position sur les *mesures d'ordre intérieur*. Le Conseil d'État va alors ériger en principe que la punition en cellule constitue une décision faisant grief. On entre donc bien dans cette logique de la sanction infligée à un détenu qui introduit lentement la notion de justiciabilité. Cette influence de la Cour européenne des droits de l'homme, on la voit notamment dans les conclusions très éclairantes du rapporteur public, alors dénommé commissaire du Gouvernement, Patrick Frydman, qui invoque précisément des décisions telles que la décision *Golder*, les stipulations de l'article 6 de la Convention ou celles de l'article 13. On assiste donc déjà à la construction d'une jurisprudence proactive du Conseil d'État.

Viennent ensuite les années 2000 qui, comme vous le savez, ont marqué une véritable réflexion autour de l'univers carcéral. Un certain nombre de rapports d'enquêtes ont été élaborés, dont celui évoqué précédemment du premier président Canivet, ainsi que des rapports parlementaires qui mettent en évidence une certaine indignité des prisons françaises que l'on dénonce. La loi du 12 avril 2000³⁴⁹ marque aussi un élément déterminant avec l'arrivée de l'avocat en prison. Elle constitue la reconnaissance pour les détenus, dans le cadre du contentieux disciplinaire, de la possibilité d'être représenté. On voit donc déjà à quel point le droit était en train d'entrer, peu à peu dans l'espace carcéral français. A partir de ce moment, les détenus comprennent que ce droit leur offre de nouvelles possibilités et qu'il constitue une arme pour se défendre au sein des prisons.

La Cour européenne des droits de l'homme a par ailleurs reconnu, dans un arrêt *Keenan c. Royaume-Uni* d'avril 2001³⁵⁰, le principe du droit d'accès à l'avocat pour le détenu dans l'hypothèse d'un cas d'isolement. En 2003, avec l'arrêt *Remli*³⁵¹, le Conseil d'État opère un revirement par rapport à sa précédente décision *Fauqueux* de 1996³⁵² dans laquelle il avait refusé d'examiner un recours contre une mesure prise à l'encontre d'un détenu. Il faut noter que lorsque le Conseil d'État opère un revirement, il le fait en connaissance de cause, à savoir en prenant la mesure

348 CE, Ass., 17 février 1995, *Marie*, n° 97754.

349 Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration.

350 CEDH, 3 avril 2001, *Keenan c. Royaume-Uni*, n° 27229/95.

351 CE, 30 juillet 2003, *Garde des Sceaux, Ministre de la justice c/ M. Remli*, n° 252712.

352 CE, 26 février 1996, *Fauqueux*, n° 106582.



de l'évolution du droit. L'arrêt *Remli* pose donc en principe que le placement à l'isolement devient un acte susceptible de recours et n'est plus une simple mesure d'ordre intérieur. Pour arriver à cette conclusion, le Conseil d'État a adopté une mécanique individuelle qui se rapproche assez fortement de celle qui est habituellement usitée par la Cour européenne des droits de l'homme, et qui consiste en une approche concrète, pratique. Il ne s'est pas simplement borné à rechercher quels auraient été les effets juridiques de la décision, mais a recherché également les effets pratiques de la décision sur la détention de la personne, considérant qu'il y avait là, *in concreto*, une modification de l'état de sa détention justifiant l'exercice d'un recours contre cette décision.

C'est donc une démarche nouvelle qu'illustre également un autre arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *Ramirez Sanchez c. France* de 2005³⁵³, qui vient condamner la France en raison de l'ancienne jurisprudence du Conseil d'État. On voit ici le jeu qui intervient dans le rapport entre ces cours suprêmes. Le temps de l'examen du recours avait fait précisément en sorte que, certes, la Cour européenne des droits de l'homme condamne la France, mais sur le fondement d'une jurisprudence que le Conseil d'État a d'ores et déjà modifiée, ayant lui-même conscience de la nécessité de faire évoluer celle-ci au regard des normes de la Convention.

C'est dans le cadre de cette évolution que vont intervenir les décisions *Boussouar, Planchenault et Payet* du 14 décembre 2007, que nous avons déjà évoquées, qui constituent les notions phares en matière de limitation du champ des *mesures d'ordres intérieur*. Je me permettrais de citer, s'il m'y autorise, les conclusions éclairantes de Mattias Guyomar sur cette question. La grille qui va être posée à cette occasion est celle que nous appliquons encore aujourd'hui dans une décision du 28 mars 2011, *Garde des Sceaux c/ M. Bennay*. Cette grille est construite sur un raisonnement du Conseil d'État, éclairé par son rapporteur public, qui s'articule en trois temps :

- le premier temps consiste à ne pas prendre en considération que le seul statut juridique de la décision. Il s'agit de ne pas chercher à créer un recours au regard du seul statut juridique de la mesure susceptible d'avoir été prise. Un autre critère sera recherché.
- la recherche de ce critère autre marque ce deuxième temps du raisonnement. Ce critère est double. Il va s'agir de vérifier quelle est la nature mais aussi quels sont les effets de la mesure. Ces critères sont complémentaires et non cumulatifs. Ils peuvent se compléter, tout en restant alternatifs. L'un est susceptible de suffire pour pouvoir faire entrer la mesure dans la grille en permettant ainsi sa justiciabilité. Le juge administratif va donc devoir rechercher si la mesure, par sa nature même, sera susceptible de permettre la saisine du juge administratif, réintroduisant par là-même la notion de statut juridique de la mesure. Il devra sinon en rechercher directement les effets et déterminer l'application concrète et matérielle sur la vie du détenu, dans l'hypothèse d'une modification significative de la détention qui justifierait alors un recours contre la mesure à l'origine de cette modification.
- le troisième temps du raisonnement repose sur l'idée selon laquelle, une fois posés ces deux critères, un de nature, l'autre de fait, il demeure nécessaire de créer

³⁵³ CEDH, 27 janvier 2005, *Ramirez Sanchez c. France*, n° 59450/00.



une soupape de sécurité. Ainsi, même lorsque, selon cette même grille, la mesure contestée n'est pas censée rentrer dans le champ des mesures susceptibles de recours, la soupape de sécurité que constitue le recours se met en place, à partir du moment où est en cause une liberté fondamentale et un droit de l'homme spécifique. La justiciabilité est donc toujours présumée, de façon irréfragable, lorsque sont présents les critères évoqués, tandis que l'injusticiabilité ne fait faire l'objet que d'une présomption réfragable, c'est-à-dire susceptible d'être renversée lorsque se dessine une atteinte à des droits fondamentaux.

Voilà la grille telle qu'elle a été posée, et dont on trouve deux applications.

- On en trouve une première dans l'arrêt *Boussouar* s'agissant des transferts de détenus et reposant que le transfert d'un établissement à un autre entraîne une modification désavantageuse pour la personne du régime de sa détention et confère donc une justiciabilité à la mesure autorisant à l'attaquer. Toutefois, lorsque ce transfert s'effectue entre établissements jugés équivalents, il n'y a pas lieu d'accueillir un recours pour excès de pouvoir.

- Une seconde application se lit dans l'hypothèse de M. Planchenault qui va se voir déclassé dans un emploi qu'il exerçait, ce dernier lui étant retiré par l'administration. Perdant son emploi, il perd donc le bénéfice d'une source de revenus et donc d'une qualité de détention significative, ouvrant droit à une action en justice de sa part. On se trouve bien, dans le cadre de l'arrêt *Planchenault*, confronté à cette logique de l'appréciation concrète et effective, au sein d'un même établissement carcéral, où la perte de certains avantages tirés de revenus est susceptible de caractériser une mesure dont le juge administratif ait à connaître.

Est ici résumée la portée de ces grandes décisions de 2007. Là encore, l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme est évidemment présente. Je cite Mattias Guyomar qui notait dans ses conclusions que « *en élargissant l'accès à votre prétoire, vous confèrerez sa pleine portée au caractère subsidiaire du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, prenant en charge dès les instances nationales la vérification du respect des droits conventionnellement garantis* ».

S'ensuit par la suite une série d'évolutions jurisprudentielles au travers de l'application des éléments de cette grille, pour en arriver jusqu'à cette décision *Garde des Sceaux c/ M. Bennay* rendue aujourd'hui, le 28 mars 2011, et qui marque l'expression de la lisibilité de la jurisprudence. Cette décision est extrêmement importante parce que, nous l'avons évoqué précédemment, elle touche à la question des régimes différenciés, à savoir ces régimes qui sont au cœur de la loi pénitentiaire, et qui font l'objet de critiques d'un certain nombre d'acteurs de la vie carcérale dont l'Observatoire international des prisons. Les régimes différenciés, dont on a brossé à grands traits l'idée, soulève la question de la diversité des types de détention au sein de la prison. On distingue d'abord une détention dénommée « portes ouvertes » dans laquelle les détenus ont la clef de leur cellule et sont libres de déambuler dans leur unité en bénéficiant de la confiance de l'administration. Puis viennent ensuite les détentions de type mixte où la possibilité de sortir est enserrée dans des horaires déterminés. On trouve enfin les centres dans lesquels



la détention est dite « fermée », les possibilités de sorties autres que la promenade ou le parloir étant prohibées. Cette dernière mesure, la plus combattue dans le cadre de la loi pénitentiaire ayant vocation à se généraliser très bientôt, a posé la question de savoir si un changement d'affectation d'un régime ouvert à un régime fermé était susceptible de pouvoir faire l'objet d'un recours. S'agissait-il d'une mesure d'ordre intérieur ou d'une mesure contestable devant le prétoire ? L'arrêt du 28 mars 2011 est la reconnaissance de ce que le changement d'affectation constitue effectivement un acte susceptible de recours car cela constitue une modification significative du régime de la détention, quand bien même on se situerait au sein d'un même établissement carcéral. Il s'agit d'une décision positive sur le principe qui marque la dernière étape de ce processus judiciaire aboutissant à une présence de plus en plus accrue du contrôle du juge en milieu carcéral.

Il est légitime de s'interroger sur l'avenir de la catégorie des mesures d'ordre intérieur. On peut poser la question de savoir si le recul progressif de cette catégorie qu'a effectué le Conseil d'État ne va pas aboutir à sa disparition.

Premièrement, il convient de noter que ce n'est actuellement pas le cas, et que cela ne semble pas envisagé par le Conseil d'État, un certain nombre de mesures étant encore qualifiées assez fortement de *mesures d'ordre intérieur*.

Deuxièmement, il faut bien comprendre que l'on se situe ici sur la question de la justiciabilité d'une mesure, la capacité à saisir le juge administratif n'entraîne pas pour autant l'annulation effective de la mesure contestée, loin de là. J'en veux pour preuve l'arrêt *Miloudi* qui reflète cette fonction de soupape de sécurité. Il s'agissait en l'espèce du transfert d'une maison d'arrêt à une autre, n'entraînant donc pas *a priori* la justiciabilité, mais concernant un père de famille qui se trouvait par cette mesure éloigné de ses enfants. Le Conseil d'État, sur le fondement de l'article 8 de la Convention relatif au respect de la vie privée et familiale, a donc admis une possibilité de recours, et donc la justiciabilité. Cependant, comme juge administratif, le Conseil a ensuite examiné le fond en estimant que l'atteinte était proportionnée et que des exigences de sécurité justifiaient la mesure.

On voit donc que, quand bien même la *mesure d'ordre intérieur* disparaîtrait, cela impliquerait seulement la possibilité d'accéder au prétoire. Et ce n'est pas rien car il s'agit du seul moyen de vérifier la légalité d'une mesure prise par l'administration pénitentiaire.

Toutefois, si l'accès au juge est un progrès essentiel, il n'est pas suffisant. La population carcérale est une population qui est extraordinairement faible sur le plan juridique, qui ne dispose que d'une connaissance très limitée de ses droits et cela dans une grande pénurie de moyens et une absence d'instruction. Il faut considérer que cette population est souvent déconnectée de sa propre défense : leur avocat ne l'a accompagnée que durant la phase pénale et bien moins souvent durant celle de l'après-détention. Là aussi la défense des droits passe par l'exercice de recours mal connus d'un pénaliste. Le détenu est donc une personne extrêmement seule et livrée à elle-même, qui aura de nombreuses difficultés à accéder aux droits. Les points d'accès au droit qui ont été précédemment évoqués ont certes le mérite



d'exister, mais ne peuvent renseigner le justiciable en ce qui concerne son affaire pénale et ne peut lui donner aucun conseil qui lui donnerait l'occasion de mettre en jeu la responsabilité de l'administration pénitentiaire ou d'exercer un recours contre elle.

Il y a là une première difficulté que vient pallier l'existence d'associations, notamment l'Observatoire international des prisons qui s'est fortement battu sur ces sujets. La grande partie des décisions que j'ai citées dans mon exposé a été initiée à son instigation. Mais il faut noter que le combat des associations est avant tout un combat de pointe, et le fait d'amener devant le prétoire un dossier susceptible de faire jurisprudence ne signifie pas que la modification jurisprudentielle qui en résultera aura un effet erga omnes, permettant à tous les détenus placés dans une situation équivalente d'introduire un recours. L'exercice d'un recours n'est d'ailleurs jamais quelque chose de simple. Les détenus qui nous ont suivi avec l'Observatoire international des prisons sont souvent des détenus qui sont placés dans une position définitivement irréconciliable vis-à-vis de l'administration pénitentiaire. Cette dernière ne peut par ailleurs se réjouir que des recours soient exercés, et affiche parfois une certaine résistance. M. Delarue disait au début de cette conférence que si l'administration aime la règle, elle rechigne à l'appliquer, je pense pour ma part que l'administration pénitentiaire n'est pas tant attachée à la règle qu'au principe de sa liberté de gérer les choses de la façon qu'elle juge être la plus appropriée. Cette administration s'est battue contre toutes les avancées que nous avons évoquées et qui ont émergé de décisions rendues en dernier ressort par le Conseil d'État sur des recours présentés non pas par des détenus mais par l'administration pénitentiaire elle-même. La cour administrative d'appel de Paris, qui est assez en pointe sur ce contentieux-là, a très souvent rendu des décisions que l'administration pénitentiaire a contestées jusqu'au bout afin de tenter de cristalliser des jurisprudences.

Le recours au juge, s'il est un instrument formidable, ne doit pas aussi masquer cette réalité : c'est la nécessité absolue de règles qui soient des règles a priori permettant de contrôler l'administration en amont, et non simplement un contrôle a posteriori par le juge. On voit donc la limite que l'on rencontre dans l'application trop stricte d'une mécanique de type anglo-saxon qui peut être celle de la Cour européenne des droits de l'homme où l'on se trouve dans la logique d'une garantie processuelle donnée par le juge, laissant l'administration libre d'agir sur le principe. Cette garantie est bien évidemment essentielle mais ne doit pas faire oublier la nécessité d'un contrôle a priori. C'était là une volonté que le premier président Canivet avait formulé dans son rapport publié en 2000, et je rejoins sur ce point Mme Pastre-Belda sur l'immense déception qu'a pu susciter la loi pénitentiaire, qui avait vocation à permettre le contrôle de l'administration, mais qui est, pour de nombreuses hypothèses, beaucoup trop lâche. Elle a entériné en pratique des évolutions jurisprudentielles d'ores et déjà initiées par le Conseil d'État mais laisse pour autant entièrement libre l'administration dans son organisation. M. Delarue le notait lorsqu'il parlait de la latitude du solitaire du fond de la courserie, cette latitude représente un danger qui, si elle n'est pas encadrée strictement par la loi, continuera à faire courir aux détenus ignorants de leurs droits le risque de subir l'action de l'administration.



Après ces quelques éléments, je voudrais enfin ajouter que le combat pour l'entrée du droit en prison est un combat long qui a remporté aujourd'hui un certain nombre de batailles, la jurisprudence du Conseil d'État étant très vivante à cet égard. Mais il convient de continuer à assurer de façon positive et claire l'accès des détenus au droit, le droit étant parfois, compte tenu du dénuement de la population carcérale, tout ce qui lui reste.

Mattias Guyomar

En effet comme vient de le relever de façon très intéressante Maître Spinosi, le juge ne peut pas tout faire. Mais qu'à tout le moins, il fasse ce qu'il lui appartient de faire. Et, avec le recul des mesures d'ordre intérieur, le juge administratif a pris la pleine responsabilité de son office. Ce que Maître Spinosi a également noté au sujet de la modification du critère concernant la prise en compte des effets concrets d'une décision sur les droits des détenus, a été directement puisé dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Dans cette dernière, l'on s'aperçoit en effet que ce qui compte, pour savoir s'il faut saisir le juge, est moins le critère de la nature de l'acte que celui de l'atteinte qu'il porte à des droits subjectifs, à savoir la notion de grief défendable.

De ce point de vue-là, je voudrais juste ajouter, avant de passer la parole à Béatrice Pastre-Belda, que la réforme des référés a aussi produit des effets. En créant le référé-liberté, la loi du 30 juin 2000³⁵⁴ a permis de saisir le juge administratif de la mesure d'ordre intérieur qui n'est pas une notion pertinente pour déclencher l'intervention du juge des référés qui est subordonnée aux seules conditions d'urgence et d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Nous avons ainsi eu de nombreux référés-libertés sur des questions pénitentiaires, ce qui a fini par engendrer un phénomène de contagion bénéfique sur le juge de l'excès de pouvoir qui ne pouvait pas refuser plus longtemps de s'approprier, dans la question de la recevabilité des recours, le critère de l'atteinte à un droit.

Il y a donc une source qui est double, d'une part la convention, d'autre part le référé liberté. Elle puise en fait à la même source : la protection des droits fondamentaux.

Béatrice Pastre-Belda

La jurisprudence interne a été abondamment détaillée, je me focaliserai pour ma part sur la jurisprudence européenne.

Effectivement, l'évolution de la jurisprudence interne sur les *mesures d'ordre intérieur* a été influencée par celle européenne et ce dès 1995 avec l'arrêt *Marie*³⁵⁵ puisque dans ses conclusions le commissaire du Gouvernement Patrick Frydman faisait référence aux engagements internationaux, en particulier à ceux présents

354 Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

355 Précité, v. index.



dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La part la plus importante de cette jurisprudence européenne réside dans la jurisprudence portant sur l'article 13 de la Convention garantissant le droit à un recours effectif³⁵⁶. Maître Spinosi a cité un important arrêt *Keenan c. Royaume-Uni* ainsi que l'arrêt *Ramirez Sanchez c. France* qui constitue un exemple important relatif à l'isolement. Dans ces arrêts, la Cour a tenu à apprécier les effets de la mesure imposée aux détenus, sans pour autant qu'il soit nécessaire que cette mesure viole un droit protégé par la Convention. La violation de ce droit n'a pas à être établie et il est fait référence simplement à une atteinte à un droit fondamental suffisante à faire jouer l'article 13. Je citerai un bref passage de l'arrêt *Keenan c. Royaume-Uni*, dans lequel la Cour précise que « *le requérant, puni dans des conditions révélant une violation de l'article 3, était en droit, de par l'article 13, de disposer d'un recours visant à annuler cette sanction* ». Dans l'arrêt *Ramirez Sanchez c. France*, la Cour précise que « *compte tenu de l'importance des répercussions d'une mise à l'isolement prolongée pour le détenu, un recours effectif permettant à celui-ci de contester aussi bien la forme que le fond était impératif* ». Ce sont, dans ces exemples, bel et bien les effets de la mesure qui sont pris en compte par le juge européen pour ouvrir ce droit à un recours effectif.

Cette jurisprudence sur le fondement de l'article 13 est importante mais elle n'est pas la seule à avoir influencé le juge interne. Il convient aussi de mentionner toute la jurisprudence relative à l'article 6-1 qui consacre le droit à un procès équitable et à l'accès au prétoire³⁵⁷, depuis l'arrêt *Golder*, ce droit ayant été consacré sur le fondement de cet article. On peut aussi mentionner un arrêt de la Cour d'avril 2010 *Stegarescu et Bahrin c. Portugal*³⁵⁸ relatif à un détenu qui se plaignait de son placement en cellule de sécurité, et je cite la Cour qui, se fondant sur l'article 6, précise que « *l'existence d'une procédure judiciaire permettant d'attaquer des actes ayant des répercussions importantes sur les droits civils des détenus est nécessaire pour réaliser le juste équilibre entre, d'une part, la prise en compte des contraintes du monde carcéral et, d'autre part, la protection des droits des détenus* ». Encore une fois, ce sont les répercussions importantes et concrètes sur les droits civils des détenus qui jouent pour avoir accès au prétoire au titre de l'article 6. Cette jurisprudence a pu clairement influencer le juge interne.

Autre jurisprudence européenne qui a également influencé, à mon avis, le juge interne, toujours sous l'angle de l'article 6-1 est celle qui vise à appliquer les garanties du procès équitable aux procédures disciplinaires carcérales. Il faut

356 Article 13 de la Convention : « *Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.* ». V. *infra* p. 290.

357 Article 6 de la Convention : « *1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...)* ». V. *infra* p. 289.

358 CEDH, 6 avril 2010, *Stegarescu et Bahrin c. Portugal*, n° 46194/06.



ici nous reporter à la vieille jurisprudence *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*³⁵⁹ et aux trois critères qu'elle pose. Le critère important, permettant d'appliquer les garanties du procès équitable aux procédures disciplinaires carcérales, est celui de la gravité de la sanction. Encore une fois, c'est donc la mesure des effets concrets de la sanction prononcée à l'encontre du détenu qui va permettre d'appliquer les garanties du procès équitable aux procédures disciplinaires. On peut citer à cet égard le récent arrêt *Payet c. France*³⁶⁰ relatif aux rotations de sécurité qui confirme l'importance de ce critère pour le juge européen. Dans ce cas d'espèce, le détenu avait été placé pendant 45 jours en quartier disciplinaire à la suite de son évasion. Afin de déterminer si l'accès au prétoire devait lui être accordé, la Cour européenne des droits de l'homme s'est focalisée effectivement sur le troisième critère concernant les effets de la sanction. Elle avait en l'occurrence estimé que la sanction qui était infligée n'emportait pas un allongement de sa privation de liberté et qu'il n'était donc pas nécessaire d'appliquer les garanties de l'article 6. On voit ainsi de façon fermement établie que ce critère des effets de la sanction est un critère déterminant dans la jurisprudence européenne.

Dernier élément enfin, il convient de noter, de manière plus générale, qu'en appliquant ce critère-là, le Conseil d'État ne fait qu'appliquer la jurisprudence européenne *Kudla c. Pologne* de 2000³⁶¹, précédemment évoquée, qui consacre le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine. Ainsi, à partir du moment où les conditions de détention procurent des souffrances allant au-delà de celles inhérentes à toute privation de liberté, il est nécessaire d'avoir accès au juge pour se plaindre de ces mauvaises conditions de détention. C'est donc toute la philosophie initiée par le juge européen qu'a ensuite appliquée le Conseil d'État.

Le Conseil d'État est d'ailleurs allé au-delà de la jurisprudence européenne puisqu'il conduit désormais un raisonnement par catégories de mesures. Un souci de prévisibilité de l'accès au prétoire est donc instauré dans le mode de raisonnement du juge administratif.

359 CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, n° 7819/77; 7878/77.

360 CEDH, 20 janvier 2011, *Payet c. France*, n° 19606/08.

361 CEDH, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, n° 302010/96.



Échanges avec les participants sur le 2^{ème} thème

Question - *Il faut considérer que la limite majeure à l'extension des droits des détenus tient au fait que ce droit est majoritairement encore un droit militant. Un intervenant a tout à l'heure fait référence à une décision du tribunal administratif de Rouen ayant trait à l'engagement de la responsabilité de l'État et donc à l'indemnisation³⁶². On pourrait souligner que certes la jurisprudence évolue avec les décisions jurisprudentielles, mais encore faut-il que les juridictions administratives soient saisies de recours et de questions par des avocats. Si le tribunal administratif de Rouen a pu faire évoluer la jurisprudence sur la question de l'indemnisation, mais aussi sur d'autres questions, c'est qu'à Rouen se trouve établi un avocat spécialisé sur les questions relatives au contentieux des détenus, qui est par ailleurs un correspondant de l'OIP³⁶³. C'est effectivement grâce à la multiplicité des requêtes présentées par cet avocat spécialisé que la jurisprudence a pu évoluer. Toutefois, le nombre d'avocats spécialisés sur des questions de droit pénitentiaire reste faible et le cas de figure qui vient d'être évoqué fait quelque peu exception à la règle. Quelles sont les conséquences de cet état de fait sur l'évolution des jurisprudences ?*

Mattias Guyomar

Ce phénomène est assez fréquent en sociologie juridictionnelle. On peut faire le rapprochement du droit des étrangers et l'action du GISTI³⁶⁴ qui a provoqué des évolutions de jurisprudence. Cette remarque, effectivement, peut expliquer l'existence de zones de diffusion *a priori* restreintes mais il convient de noter que les progrès de cette jurisprudence s'étendent ensuite heureusement à l'ensemble des justiciables.

Question - *Il semblerait que la Cour européenne des droits de l'homme considère que la procédure disciplinaire n'a pas de conséquence sur la durée de la peine. Or si on examine concrètement le travail du juge d'application des peines, on note qu'il se fonde bien souvent sur les débats en commission de discipline et sur la procédure disciplinaire pour retirer des crédits de réduction de peine. Ainsi, lorsque le juge d'application des peines rend une ordonnance de retrait, cette décision va allonger la durée de la peine pour le détenu, en sachant aussi que si la faute disciplinaire correspond à une infraction pénale, le parquet peut décider de poursuivre l'action. Il le fait en général sur la base d'une comparution immédiate et donc avec un risque, eu égard au choix de poursuite décidée, d'y ajouter d'autres peines. Le dossier se limitera alors à la procédure disciplinaire, comportant un rapport d'incident très peu motivé, et mentionnant vaguement des propos du détenu, tout ceci sans enquête. En résumé, on se trouve ici face à quelque chose d'extrêmement sommaire. Là aussi,*

362 TA Rouen, 6 mars 2008, *M. Christian D.*, n° 0602590.

363 Observatoire international des prisons.

364 Groupe d'information et de soutien des immigrés.



peut-on dire que le militantisme de certains avocats serait à même de faire évoluer la situation ? En portant devant la Cour de Strasbourg tous ces éléments qui indiquent des conséquences sur la durée de la peine et sur la manière dont elle s'exécute, aurait-on une possibilité de voir évoluer les choses à plus ou moins long terme ?

Patrice Spinosi

Il s'agit effectivement d'une problématique spécifique relative à la question du crédit de réduction de peine, qui résulte de l'application quelque peu stricte par la Cour européenne des droits de l'homme de sa jurisprudence Campbell. Il faut cependant bien comprendre qu'il n'est pas nécessaire de se focaliser sur ce point, au sens où il faudra d'une manière ou d'une autre que le régime disciplinaire entre dans le champ de l'article 6 de la Convention. Certes dans l'affaire *Payet*, le juge européen a considéré, pour des raisons pratiques, qu'il n'y avait pas d'influence sur le crédit de réduction de peines. Il existe cependant d'autres hypothèses dans lesquelles il existe une influence directe, et il suffira d'obtenir une condamnation de la France à Strasbourg sur ce point là pour que l'ensemble du dispositif évolue en conséquence. On ne peut pas avoir un dispositif disciplinaire à géométrie variable selon la nature de la sanction susceptible d'être proposée. Dès lors que se dessinera un exemple dans lequel se lit une influence directe sur le crédit de réduction de peines et donc une influence sur la détention, le juge de Strasbourg entrera dans le champ d'application de l'article 6. La réponse de la France sera logiquement de faire entrer l'ensemble du contentieux disciplinaire dans le champ d'application de l'article 6 afin d'y contrôler l'ensemble des garanties qui sont attachées au procès équitable.

Jean-Marie Delarue

Premièrement, nous verrons bien ce que dira la Cour sur ce point. Je considère pour ma part que la durée de la peine subit une aggravation par ricochet du fait de la sanction disciplinaire, cela semble assez clair.

Deuxièmement, je pense qu'il est possible, sans attendre une décision de la Cour, d'améliorer la procédure. La loi pénitentiaire l'a d'ailleurs fait en introduisant une tierce personne dans la composition de la commission pénitentiaire. On pourrait peut-être espérer quelque chose de plus ambitieux. Il convient donc de mettre l'accent sur le sérieux des enquêtes, ce à quoi nous nous employons au contrôle général des lieux de privation de liberté lorsque nous nous rendons en établissement pénitentiaire. Car si des enquêtes sont effectuées, celles-ci sont tout simplement unilatérales. La commission de discipline ne recueille pas de témoignages et ne visionne pas d'enregistrement vidéo par exemple. Ce sont là des éléments qu'il ne serait pas inutile d'introduire, et ce, sans attendre que des arrêts de la Cour interviennent sur ce point.

J'ajoute deux remarques :

1^{ère} remarque - concernant la loi pénitentiaire, on note que, quand bien même l'une de ses vocations est d'encadrer les pouvoirs de l'administration pénitentiaire, elle



semble également contenir dans certains de ses articles une contrepartie, venant instaurer un rééquilibrage au profit de cette administration. J'en veux pour preuve les articles qui augmentent la procédure en ce qui concerne les aménagements de peines simplifiées, voire ceux créant la surveillance électronique en fin de peine, mesures qui donnent tout de même des pouvoirs accrus à l'administration pénitentiaire. On peut donc s'interroger sur ce mécanisme de balance à l'intérieur de la loi, entre pouvoirs retirés et pouvoirs redonnés.

2^{ème} remarque - Maître Spinosi a parlé tout à l'heure du fait que les personnes détenues étaient extrêmement isolées en raison d'une multitude de critères qui leur étaient personnels, ou liés à leur origine, et qui expliquent qu'il y ait un frein assez important à l'émergence et au développement des procédures et des recours. Un problème important réside également dans la formation des avocats, car la formation initiale n'aborde que très peu la question de l'application des peines. Il s'agit là véritablement d'un problème qui appelle une prise en compte conséquente dans la formation des futurs avocats. Je tiens à titre d'exemple à indiquer que dans le cadre de l'arrêt dont parlait Maître Spinosi, l'arrêt *Remli* du mois d'août 2003, la procédure a été effectuée par Saïd Remli du fond de sa cellule. Il y a donc un souci de formation révélée par la prise d'ampleur d'un contentieux de plus en plus nourri.

3^{ème} thème : protection des droits fondamentaux des détenus : la source conventionnelle des obligations positives (articles 2, 3 et 8 de la Convention)

Mattias Guyomar

On vient tout naturellement à ce dernier thème car il n'y a pas de meilleure raison d'être à la légalité procédurale que de permettre la garantie des droits substantiels.

Si précisément le juge doit être saisi de plus en plus souvent, c'est afin de contrôler le respect d'un certain nombre de droits, et ce faisant parfois, distiller la règle là où elle n'existait pas avant son intervention. A titre d'illustration, dans un arrêt *Bompard* de novembre 2010³⁶⁵, le Conseil d'État a rangé dans la catégorie des mesures susceptibles de recours toute décision par laquelle un chef d'établissement fixe les modalités essentielles de l'organisation des visites aux détenus, et notamment le nombre de visiteurs admis simultanément à les rencontrer, car il est indissociable de l'exercice effectif du droit de visite. Le recours au juge s'explique par la nécessité de vérifier le respect d'un droit substantiel particulièrement important qu'est le droit de visite.

Sur cette notion de droits substantiels ou droits fondamentaux dont bénéficient les détenus sous l'angle particulier des obligations positives, s'exprimera tout d'abord Mme Françoise Tulkens.

365 CE, 26 novembre 2010, *Ministre d'État, Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés c/ M. Bompard*, n° 329564.



Je souhaiterais tout d'abord remercier le Conseil d'État d'avoir organisé ce cycle de conférence sur le droit européen des droits de l'homme car cette initiative marque véritablement une ouverture. Précédemment a été employé de manière générale un terme qui, sur ces questions, me paraît essentiellement fondamental, celui de subsidiarité du contrôle européen. Entendre mentionner que la décision du Conseil d'État *Garde des Sceaux* rendue le 28 mars 2011 va au-delà des exigences conventionnelles telles qu'elles existent aujourd'hui, illustre à mes yeux la juste position à adopter. L'article 53 de la Convention le dit très clairement³⁶⁶, les États sont invités à aller plus loin et notre contrôle, en tout état de cause, n'est jamais que subsidiaire. Or la véritable idée de la subsidiarité repose sur le fait que les droits et libertés doivent d'abord et fondamentalement être protégés dans l'ordre interne.

En second lieu, je voudrais également vous remercier de vous adresser aux détenus car, comme il a été précisé auparavant, il s'agit d'une population vulnérable, marginalisée et très souvent oubliée ou négligée. On a évoqué précédemment le fait que les droits fondamentaux mentionnés dans la Convention européenne des droits de l'homme s'appliquent aux détenus comme à toutes les autres personnes. Certes, mais il convient de prendre garde à ne pas tomber dans la fiction en supposant que les détenus jouissent et exercent leurs droits comme s'ils étaient en liberté. La question de l'accès au droit de l'exécution des peines également abordée tout à l'heure est pour moi fondamentale, d'autant que ce domaine est fortement marginalisé dans l'ensemble des pays européens. Il est juste de dire que l'on doit veiller à assurer la formation des avocats et des magistrats au domaine de l'exécution des peines, et ce dans toutes les universités où cette matière n'était même pas enseignée tant elle paraissait marginale. Il y a de ce côté-là des choses à accomplir, mais peut-être du côté de la Cour aussi devrait-on considérer que des évolutions sont souhaitables au niveau de l'accès à la justice et à la justice internationale. On parle par exemple de ce que l'on nomme l'action d'intérêt collectif. Bien entendu la Cour européenne des droits de l'homme ne va pas s'engager dans de telles actions car notre légitimité en serait alors mise en cause. Mais entre le tout et le rien se dégagent forcément des nuances. Comme il a été dit, faire un recours en prison n'est pas pour un détenu une situation aisée et peut entraîner toute une série d'effets. La Cour ne devrait-elle pas par conséquent, dans certaines circonstances bien maîtrisées, faire évoluer sa jurisprudence sur la notion fondamentale de victime, à partir de laquelle le recours peut se mettre en place, afin de prendre en compte, dans certaines situations, ce que l'on appellerait des actions d'intérêt collectif ?

366 Article 53 de la Convention : « Aucune des dispositions de la présente convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie. ». V. *infra* p. 297.



Je laisse ces questions en suspens pour traiter dès à présent des droits fondamentaux des détenus sur lesquels il y aurait énormément de choses à dire. Mattias Guyomar m'a suggéré de me limiter aux obligations positives dans la jurisprudence récente de la Cour concernant les articles 2, 3 et 8 de la Convention. J'ajouterai un court commentaire sur l'article 9 sur le fondement duquel a été rendu un arrêt que je juge propre à susciter l'intérêt.

Les obligations positives irriguent aujourd'hui chaque disposition de la Convention dont pas une seule n'échappe à ce domaine. Ces obligations positives peuvent être substantielles ou procédurales :

- les obligations positives substantielles imposent aux États de prendre des mesures légales, administratives, judiciaires, pratiques, propres à permettre la réalisation et la jouissance effective des droits garantis par la Convention ;
- les obligations positives procédurales imposent aux États l'organisation de procédures internes en vue d'assurer la protection des droits garantis par la Convention ou la réparation d'une atteinte à ceux-ci.

La Cour européenne des droits de l'homme donne d'une certaine manière consistance à cette triade classique que l'on retrouve au niveau de l'ONU : la ratification de la Convention engage non seulement les États à respecter les droits et libertés garantis (obligations négatives d'abstention) mais aussi à protéger et à mettre en œuvre ces droits, ce qui évidemment nous entraîne dans le champ des obligations positives.

L'article 2 de la Convention énonce le droit à la vie, qui est un droit indérogeable, excepté dans les strictes conditions qu'énonce la Convention, et que l'on pourrait qualifier d'une certaine manière de « *core right* »³⁶⁷. Ce droit se situe au sommet de l'échelle des droits même si la hiérarchie des droits fondamentaux est une question rudement délicate. La Cour va, au regard de cet article, imposer à l'État défendeur des obligations positives afin de protéger l'intégrité physique de la personne détenue dont il a la garde et la responsabilité. Elle va prendre en compte le fait que les détenus sont dans une situation vulnérable et que les autorités ont le devoir de les protéger.

Je m'en tiendrais à un seul exemple, celui de la question des suicides en prison. Celle-ci se pose aujourd'hui dans de nombreux pays alors que cette réalité a été durant de nombreuses années ignorée. Dans l'affaire *Renolde c. France* de 2008³⁶⁸, la Cour va condamner la France au titre d'une violation de l'article 2 ainsi que de l'article 3 pour ne pas avoir pris les mesures s'imposant pour protéger la vie d'un détenu souffrant de problèmes mentaux graves et présentant des risques suicidaires. On se trouve bien confronté ici à une obligation positive substantielle. Dans un autre arrêt rendu contre la Pologne, la négligence des autorités avait permis à un détenu de se suicider alors que celles-ci avaient des indications quant à l'état de santé mentale du fils de

³⁶⁷ Article 2 de la Convention : « 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. / 2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire: / a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ; / b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ; / c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection. ». V. *infra* p. 288.
³⁶⁸ CEDH, 16 octobre 2008, *Renolde c. France*, n° 5608/05.



la requérante et pouvaient légitimement s'interroger sur ce risque de suicide³⁶⁹. Le détenu avait dans ce cas d'espèce accumulé dans sa cellule une grande quantité de psychotropes qu'il avait ensuite ingérés, se donnant ainsi la mort. La Cour va alors dire, ce qui constitue un mélange d'obligations positives et procédurales, d'une part, que la situation de ce jeune homme ne pouvait pas échapper à la vigilance des autorités pénitentiaires et, d'autre part, que les autorités n'avaient jamais cherché à éclaircir les circonstances dans lesquelles le traitement à base de psychotropes avait été administré.

Voici deux exemples récents qui illustrent cette obligation de protéger l'intégrité physique des détenus. Il existe cependant des limites, elles existent s'agissant même de l'article 2, et la jurisprudence de la Cour s'est récemment développée aussi dans ce sens-là, à savoir qu'il convient d'éviter d'imposer aux autorités pénitentiaires une obligation disproportionnée ou impossible à satisfaire. Le comportement humain reste, dans certaines circonstances, imprévisible et il faut en tenir compte. Il ne s'agit donc pas d'adopter une position absolutiste mais de déterminer, pour qu'une obligation positive existe, si les autorités connaissaient ou auraient dû connaître en temps opportun, la notion de négligence étant ici évidemment importante, l'existence d'un risque réel et immédiat pour la vie d'une personne. Et si effectivement celles-ci le connaissaient ou auraient dû le connaître, il faut constater qu'elles ont dans certains cas manqué de prendre cette mesure. L'exemple type en est donné dans l'affaire *Younger c. Royaume Uni* qui s'est soldée en 2003 par une décision d'irrecevabilité³⁷⁰. La personne détenue s'étant donné la mort était dans ce cas d'espèce une toxicomane dont rien ne pouvait laisser présager une tendance suicidaire.

Une autre limite qui doit également être prise en compte est que, s'il existe aujourd'hui certaines mesures générales à prendre afin d'éviter les risques d'automutilation ou de suicide, il y a cependant une autre exigence en matière de droits fondamentaux qui est le respect de l'autonomie personnelle. C'est une chose que la Cour doit prendre en compte et, dans l'arrêt *Keenan c. Royaume-Uni* du 3 avril 2001, elle va ajouter que les autorités pénitentiaires doivent s'acquitter de leur tâche de manière compatible avec les droits et libertés de l'individu concerné, et que les mesures de précaution générales ne peuvent pas empiéter sur l'autonomie individuelle. Il faut tenir compte de cette dimension, y compris dans le cadre du droit à la vie, et de telles questions se posent pour la Cour face à des cas de grève de la faim en prison, notamment dans toute une série d'affaires concernant la Turquie.

L'article 3 de la Convention prohibe la torture ainsi que les traitements inhumains et dégradants³⁷¹. Je souhaiterais à ce sujet évoquer certains points particuliers, dont celui de la santé en prison. Ce droit à la santé est aujourd'hui de plus en plus important et, disons-le, les obligations positives sont en quelque sorte la manière dont la Cour assure une sorte de lien entre les catégories de droits fondamentaux. La

369 CEDH, 1er juin 2010, *Jasinka c. Pologne*, n° 28326/05.

370 CEDH, 7 janvier 2003, *Younger c. Royaume Uni*, n° 57420/00.

371 Article 3 de la Convention : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. ». V. *infra* p. 288.



Convention concerne certes exclusivement les droits civils et politiques qui sont ceux de la première génération mais, dans certains cas, les droits de deuxième génération, comme le droit à la santé, sont indissociables. Les obligations positives constituent alors une sorte d'enjambement entre ces deux catégories. Le droit à la santé en prison, aussi audacieuse soit ma formule, résulte du fait que la santé n'est pas seulement, dans notre jurisprudence sur l'article 3, un paramètre à prendre en considération pour déterminer si cette disposition est violée ou non. C'est bien selon moi quelque chose que la Cour a érigé en droit.

L'arrêt fondateur en la matière, le fameux arrêt *Kudla c. Pologne*, est toujours évoqué en matière de recours effectif. Mais il est beaucoup plus important à mon sens dans le domaine de la détention où la Cour va résumer les obligations qui pèsent sur l'État au regard de l'article 3. Cette disposition impose à l'État de s'assurer :

- que tout prisonnier est détenu dans des conditions compatibles avec le respect de la dignité humaine ;
- que les modalités d'exécution ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou une épreuve qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention ;
- que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être des détenus sont garantis de manière adéquate.

Ces notions de santé et de bien-être doivent s'apprécier au regard de la dignité humaine et pour cela l'arrêt *Kudla c. Pologne* fait figure d'arrêt fondateur. Comment donc s'organisent à partir de là les obligations de l'État ? Dans un tout récent arrêt *Xiros c. Grèce* de 2010³⁷², la Cour a tenu à systématiser, dans le domaine de l'article 3, le contenu de l'obligation positive qui pèse sur l'État.

Cette obligation se décompose en trois composantes :

- 1 - veiller à ce que le détenu soit en capacité de purger sa peine.

La capacité à subir une détention exprime la condition nécessaire à la poursuite de l'exécution d'une peine. La Cour va rappeler très fréquemment que la Convention ne prévoit pas une obligation de libérer le détenu pour des motifs de santé. Toutefois, dans des cas exceptionnels où l'état de santé est absolument incompatible avec la détention, l'article 3 pourrait exiger la libération de la personne concernée, et ce à certaines conditions. La question primordiale sur ce premier point consiste à savoir si le milieu carcéral est *per se* inadapté à la situation d'un détenu souffrant de pathologies parfois extrêmement invalidantes et si l'épreuve de la détention, dans ce contexte-là, ne dépasse pas la mesure requise. Dans l'arrêt *Rivière c. France*³⁷³, la Cour a par exemple laissé entendre que les graves problèmes mentaux dont souffrait la personne en l'espèce sont incompatibles avec son maintien en détention dans une maison d'arrêt. Concernant la question du maintien en détention des personnes âgées, il s'agit là d'une catégorie de la population que l'on voit de plus en plus apparaître dans la jurisprudence de la Cour.

372 CEDH, 9 septembre 2010, *Xiros c. Grèce*, n° 1033/07.

373 CEDH, 11 juillet 2006, *Rivière c. France*, n° 33834/03.



2 - administrer des soins médicaux appropriés.

Les soins médicaux nécessaires constituent le cœur de la question du droit à la santé en prison. Du principe général en vertu duquel les autorités sont dans l'obligation de protéger la santé des personnes privées de liberté, découle ce constat que le manque de soins médicaux peut constituer un traitement contraire à l'article 3. L'État devra donc assumer l'obligation d'assurer les soins médicaux requis. Cette notion de soins médicaux requis peut se décliner dans toute une série d'exigences. Le suivi médical par exemple doit être adapté au besoin particulier du détenu malade. Dans un arrêt *Kupczak c. Pologne*³⁷⁴, la Cour a été confrontée au cas d'une personne paraplégique souffrant de douleurs chroniques à laquelle on ne pouvait administrer que des antalgiques. Aucun autre soin ne pouvant être administré et la personne étant placée en détention provisoire, la Cour a dû constater que l'établissement pénitentiaire ne lui a pas donné la possibilité de disposer d'une pompe à morphine fonctionnant correctement et qui aurait constitué la seule chose lui permettant de soulager ses souffrances étant donné son état de santé. Il faut donc des soins médicaux adaptés aux besoins particuliers du détenu ainsi qu'une assistance médicale. Dans un arrêt rendu contre la Lettonie³⁷⁵, où le cas d'espèce impliquait un homme condamné pour génocide et profondément handicapé, le gouvernement letton avait fait valoir devant la Cour que cette assistance pouvait lui être accordée par le biais des autres détenus. La Cour a rejeté cet argument au motif que l'assistance devant être octroyée à un détenu gravement handicapé doit être une assistance médicale. Il est également exigé que les traitements soient administrés par des spécialistes, cette dimension étant particulièrement importante. On pourra citer sur ce point la récente affaire *Raffray Taddei c. France*³⁷⁶ concernant une requérante souffrant de pathologies nécessitant une surveillance et une prise en charge thérapeutique, et où la Cour avait considéré en l'espèce qu'elle n'avait pas bénéficié d'un suivi spécialisé adéquat. La Cour avait notamment été frappée dans cet arrêt par la discordance entre les soins préconisés par les médecins et les réponses apportées par les autorités. La Cour a donc énoncé qu'il n'est pas suffisant qu'un patient soit examiné et un diagnostic établi, mais qu'il est en outre impératif qu'une thérapie correspondant au diagnostic puisse être mise en œuvre.

3 - fournir un environnement carcéral adapté à l'état de santé du détenu.

Il faut tout d'abord que l'environnement carcéral soit adapté aux besoins spéciaux des détenus. Sur ce point, l'affaire *Price c. Royaume-Uni*³⁷⁷ est toujours évoquée. Il s'agissait d'une femme handicapée des quatre membres et ayant souffert de la thalidomide qui avait été placée dans un environnement carcéral inadapté à son état d'handicap extrême. Le second volet de cette obligation réside dans la compatibilité des mesures de coercition avec un état de santé, notamment en ce qui concerne par exemple la question des menottes. Cette question peut dans certains cas susciter un problème non seulement physiologique mais parfois également psychologique. C'est dans ce contexte que s'est posée la question du tabagisme passif en prison. Deux affaires contre la Russie et contre la Roumanie

374 CEDH, 25 janvier 2011, *Kupczak c. Pologne*, n° 2627/09.

375 CEDH, 2 décembre 2004, *Farbthus c. Lettonie*, n° 4672/02.

376 CEDH, 21 décembre 2010, *Raffray Taddei c. France*, n° 36435/07.

377 CEDH, 10 juillet 2001, *Price c. Royaume-Uni*, n° 33394/96.



sont intervenues sur ce point dans lesquelles la Cour a cherché à déterminer si le fait d'être placé en cellule avec des fumeurs pouvait atteindre le seuil de gravité requis par l'article 3 en l'absence de conséquences spécifiques ou d'effets sérieux sur la santé. La Cour a dans ces deux affaires conclu à une violation de l'article 3 du fait d'avoir maintenu un détenu non fumeur en cellule avec des fumeurs³⁷⁸. Dans une autre affaire, toujours contre la Roumanie, la Cour a été confrontée à un autre cas de tabagisme passif concernant cette fois-ci un détenu souffrant d'une maladie pulmonaire³⁷⁹. Concernant l'article 3, la santé en constitue le champ d'application judiciaire le plus important, mais il convient aussi de citer le thème des violences entre détenus. Dans un tout récent arrêt *Premininy c. Russie*³⁸⁰, la Cour a eu à connaître d'un cas de violence entre détenus où la victime était systématiquement humiliée et frappée par ses compagnons de cellules. La Cour a dans cette affaire-là dégagé une obligation substantielle et une obligation procédurale, sachant aussi qu'aucune enquête n'avait été menée et que l'administration n'avait pas, sur le plan substantiel, examiné la situation personnelle de cette personne afin de déterminer le choix le plus approprié pour mettre fin à cette situation.

L'article 8 de la Convention protège, quant à lui, le droit au respect de la vie privée et familiale ainsi que de la correspondance³⁸¹.

1/ Prenant d'abord le cas de la correspondance, j'évoquerai l'exemple très clair d'un arrêt rendu contre la Roumanie dans une affaire où l'administration avait refusé de fournir au requérant le matériel nécessaire à l'entretien de sa correspondance avec la Cour. L'obligation peut sembler mince mais elle consistait tout simplement à mettre à la disposition de ce détenu du papier à lettre, des timbres, des enveloppes pour l'entretien de sa correspondance. M. Delarue et Mme Pastre-Belda ont aussi évoqué la question d'Internet à laquelle nous sommes maintenant confrontés. La Cour vient de communiquer une affaire récente concernant la Lituanie où le détenu fait valoir la nécessité pour lui de disposer d'Internet afin de pouvoir suivre un programme universitaire par correspondance. L'affaire est actuellement pendante et nous verrons ce que la Cour dira sur cette question.

2/ Sur la vie privée, on pourra citer le fameux arrêt *Brândușe c. Roumanie* que Mme Pastre-Belda a mentionné concernant une prison située à proximité d'une décharge et dans lequel le requérant alléguait que, du fait de la proximité de celle-ci et de la passivité des autorités, il était contraint de respirer un air vicié et pestilentiel l'exposant à des maladies. La Cour a examiné cette affaire sous un angle procédural, en observant en premier lieu que les autorités n'ont pris aucune mesure pour constater les effets de cette activité polluante. Elle a noté ensuite que les autorités n'ont jamais communiqué le moindre renseignement au détenu sur les effets de cette décharge. Troisièmement, les autorités n'ont pas fourni au détenu de renseignements sur d'éventuels travaux pour régler le problème posé par la proximité de cette décharge à la prison.

378 CEDH, 1er avril 2010, *Gulyayeva c. Russie*, n° 67413/01 ; CEDH, 14 septembre 2010, *Florea c. Roumanie*, n° 37186/03.

379 CEDH, 25 janvier 2011, *Elefteriadis c. Roumanie*, n° 38427/05.

380 CEDH, 10 février 2011, *Premininy c. Russie*, n° 44973/04.

381 Article 8 de la Convention : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. ». V. *infra* p. 289.



3/ Concernant la vie familiale cette fois, dont nous avons déjà évoqué certains aspects, la Cour a, depuis une dizaine d'années, affirmé que l'administration pénitentiaire est tenue d'aider le détenu à maintenir le contact avec sa famille proche. Ce point constitue désormais un élément central d'une obligation positive, susceptible de comporter de multiples prolongements.

On a évoqué au cours de cette conférence les liens entre le Comité européen de prévention de la torture (CPT) et la Cour. Il est vrai que le CPT a déjà constaté, il y a plus d'une quinzaine d'années en France par exemple, que la prison de Montpellier, qui faisait partie du programme des prisons nouvelles, était contrainte de faire transférer dans ses locaux des détenus du Nord de la France afin d'épuiser ses capacités d'accueil. Cela posait implicitement cette question du maintien des contacts avec la famille.

Un autre aspect de ce point, concernant cette fois-ci des requêtes pendantes, a trait à la contestation, sous le visa de l'article 8, des décisions du juge d'application des peines d'un pays partie à la Convention qui refuse systématiquement au détenu toute mesure de libération en vue de maintenir des contacts avec la famille, en se fondant sur le fait qu'il fera l'objet d'un ordre d'expulsion à sa libération.

Concernant les visites conjugales, je ne connais pas la situation de la France vis-à-vis de ce sujet mais la jurisprudence de la Cour reste très mitigée sur cette question.

L'article 9 de la Convention, enfin, garantit la liberté de pensée, de conscience et de religion. Dans un récent arrêt *Jakóbski c. Pologne*³⁸², le requérant faisait valoir que le refus de lui permettre de suivre un régime alimentaire sans viande du fait de sa confession bouddhiste constituait une ingérence dans son droit garanti par l'article 9. La Cour a considéré que cela ne constituait pas une ingérence, mais un manquement à une obligation positive, modifiant ainsi l'approche du problème. La Cour a donc exposé dans son arrêt que ce repas n'imposait aux autorités pénitentiaires aucune obligation exigeante à satisfaire, celles-ci n'ayant qu'à s'assurer que son repas ne contienne pas de produits carnés. La Cour s'est référée aux Règles pénitentiaires européennes qui énoncent que les détenus devraient bénéficier d'un régime alimentaire tenant compte de leur religion.

Il n'est pas facile à présent de conclure au sujet de ce rendez-vous sur les droits de l'homme en matière pénitentiaire. D'un côté, et nous en sommes tous conscients, les droits sont essentiels, tout en constituant une condition nécessaire mais non suffisante. D'un autre côté, il est certes important pour la Cour de les faire valoir, mais en prenant conscience de certaines limites, à savoir le fait que le maintien d'un climat pénal au sein d'une prison est aussi fondamental.

De nouveaux problèmes sont par ailleurs aujourd'hui posés par l'usage accru des mesures et des sanctions dans un climat pénal marqué depuis des années par le redéploiement de la sécurité et de la dangerosité, et ce souvent dans un contexte d'urgence. Ces questions des droits de l'homme en prison prennent donc aujourd'hui des dimensions accrues pour des raisons plus larges de politiques pénales.

382 CEDH, 7 décembre 2010, *Jakóbski c. Pologne*, n° 18429/06.



La tâche de la Cour est donc de poursuivre, dans ce champ clos de la prison, l'exercice d'un contrôle continu et rigoureux des droits qui sont garantis par la Convention à tout citoyen des pays du Conseil de l'Europe. Ce contrôle ne doit céder ni au défaitisme ni au triomphalisme car les droits de l'homme ne sont pas une idéologie, et ils ne seront jamais acquis. Un grand soir n'est pas à espérer en matière de droits de l'homme. Les droits fondamentaux sont toujours à construire, au plus près et au plus juste. Cela nous engage donc tous à une vigilance constante, individuelle et collective, sur ces situations problématiques.

Mattias Guyomar

Merci beaucoup pour cet éclairage donné de l'intérieur sur l'évolution constante des droits garantis par la Convention, et sur la capacité de la Cour à faire en sorte, à chaque cas qui lui est soumis, que la règle de droit épouse la question de fait pour y réponde avec les subtilités que vous avez abordées.

Béatrice Pastre-Belda

Votre exposé si complet ne nous laisse que peu de choses à dire sur les obligations positives.

Je me contenterai de rebondir sur vos propos s'agissant de la protection de la santé en prison. On note, à cet égard, une évolution dans la jurisprudence européenne. Cette dernière se limitait au tout début à un contrôle de conventionnalité des conditions de détention afin de déterminer si ces conditions ou l'absence de soins médicaux étaient contraire à la Convention. Désormais, c'est l'opportunité du maintien en détention même qui est en jeu. C'est un point sur lequel le juge européen insiste dans l'arrêt *Xiros c. Grèce*. On note en particulier un changement de termes dans l'arrêt *Xiros c. Grèce* qui se reporte à l'arrêt *Kudla c. Pologne*, mais en élargissant ce dernier qui mentionne des « conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine », tandis que dans l'arrêt *Xiros c. Grèce*, il est fait référence à un « système pénitentiaire conforme au respect de la dignité humaine ». Ce second terme englobe en effet une réalité beaucoup plus large que celle des conditions de détention et dénote le changement de perception de la part du juge européen.

Même chose pour le tabagisme passif. Mme Tulkens a évoqué un premier arrêt *Florea c. Roumanie*³⁸³ dans lequel la Cour a évoqué ce problème, mais elle l'a fait de manière quelque peu annexe, examinant d'abord le problème de la surpopulation, pour ensuite seulement se pencher sur d'autres facteurs supplémentaires susceptibles de constituer une violation de l'article 3, dont le tabagisme passif. Dans le dernier arrêt de janvier 2011 contre la Roumanie³⁸⁴, la Cour a même énoncé une obligation positive, explicite, de protéger le détenu contre les effets nocifs du tabagisme. Il y a donc là une véritable évolution et un approfondissement en matière de droit de la santé.

383 CEDH, 14 septembre 2010, *Florea c. Roumanie*, n° 37186/03.

384 CEDH, 25 janvier 2011, *Elefteriadis c. Roumanie*, n° 38427/05.



Les choses ayant été dites en matière d'obligations positives, je ferai seulement quelques remarques sur la protection des droits substantiels. Pour reprendre ce que disait M. Delarue, cette primauté de la sécurité sur la protection individuelle des détenus, qui prévaut dans la conception française, est pointée du doigt par le juge européen qui, quant à lui, privilégie la protection des libertés individuelles des détenus, et considère que ces mêmes libertés ne devront être limitées que pour des raisons d'ordre public ou sécuritaires. La liberté individuelle y est plus que tout valorisée et ce en se calquant sur le statut du citoyen libre. A cet égard, plusieurs arrêts peuvent être mentionnés et montrent cette importance de la liberté individuelle, notamment un arrêt *Frasik c. Pologne*³⁸⁵ de janvier 2010 concernant l'article 12 de la Convention qui garantit le droit au mariage³⁸⁶. Cet arrêt est intéressant sous l'angle du droit au mariage mais aussi plus largement sous l'angle de la protection de cette liberté individuelle. Une autorisation de mariage avait été refusée par les autorités à un détenu souhaitant se marier avec son ancienne compagne. La Cour va, dans cet affaire, formuler plusieurs affirmations qui montrent l'importance de la liberté des individus et le choix de privilégier l'analogie avec le statut du citoyen libre. La Cour va notamment affirmer que la liberté personnelle n'est pas une pré-condition nécessaire à l'exercice du droit de se marier. Elle reprend ici une jurisprudence édictée dans l'arrêt *Hirst*³⁸⁷ concernant le droit de vote des détenus, et énonce que « toute limitation opposée aux détenus au droit d'établir une relation matrimoniale avec une personne de leur choix doit être justifiée par les autorités et en particulier par des considérations de sécurité. » Elle poursuit en précisant que « le choix d'un partenaire et la décision de se marier avec lui ou elle, en liberté comme en prison, est strictement une affaire privée et personnelle, il n'y a aucun modèle universel ou communément accepté pour ce type de choix ou de décision. » Cela est clairement affirmé, la Cour choisit d'appliquer ce droit au mariage aussi bien dans l'espace social libre qu'en prison, et les raisons de sécurité sont les seules à pouvoir justifier une limitation. Dans le cas d'espèce présenté ici, aucune raison de sécurité ne pouvait justifier ce refus de la part des autorités polonaises à la requête du détenu.

Un autre exemple rappelé à l'instant, mais qui est assez ancien, a trait à la question du droit de vote des détenus, l'arrêt de principe étant l'arrêt *Hirst* de 2005, et récemment la Cour est venue rappeler l'importance de ce droit de vote dans un arrêt *Frodol c. Autriche* de 2010³⁸⁸, et plus récemment encore dans un arrêt *Scoppola c. Italie* du 18 janvier 2011³⁸⁹ où la Cour réaffirme qu'il n'y a pas de place dans une société démocratique pour une privation automatique du droit de vote fondée sur la seule condamnation. La Cour va même expliciter les conditions auxquelles se justifie une privation du droit de vote.

Trois conditions sont posées : la privation du droit de vote doit concerner un groupe de délinquants purgeant de longues peines ; il doit être établi un lien direct entre les faits qui ont justifié la condamnation et la privation du droit de vote ; cette décision doit être imposée par un juge.

385 CEDH, 5 janvier 2010, *Frasik c. Pologne*, n° 22933/02.

386 Article 12 de la Convention : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. ». V. *infra* p. 290.

387 CEDH, 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni*, n° 74025/01.

388 CEDH, 8 avril 2010, *Frodol c. Autriche*, n° 20201/04.

389 CEDH, Gr. ch., 20 juin 2011, *Scoppola c. Italie*, n° 126/05.



Cette jurisprudence vise donc bien à faire de la privation du droit de vote une exception, assimilant ainsi le détenu à un citoyen libre.

Enfin, énième exemple que l'on peut mentionner et qui participe ici de la même logique, il s'agit de la jurisprudence construite sur le fondement de l'article 8 de la Convention. Un arrêt d'octobre 2010 *Marcu c. Roumanie*³⁹⁰, fait référence à la privation de l'autorité parentale. Là encore, le même raisonnement est suivi, la Cour précisant qu'il n'y a pas non plus de place dans une société démocratique pour un retrait automatique de l'autorité parentale à un détenu à raison de sa seule condamnation. Là encore il convient d'effectuer un contrôle de proportionnalité et tenir compte de l'intérêt de l'enfant et des exigences en matière pénale.

Jean-Marie Delarue

Je m'en tiendrai pour ma part à quelques brèves remarques destinées à exprimer ma satisfaction de constater ce que des notions si étrangères à notre tradition juridique ont connu comme progrès depuis une vingtaine d'années dans ce pays.

Ensuite, je tiens à rappeler que, même si on n'aborde ces choses-là qu'en tremblant, la possibilité pour un détenu d'introduire une action devant un juge risque de se traduire à son égard par des mesures de rétorsion, et que par conséquent, il convient d'être sensible à cet aspect des choses. La pire injure en milieu pénitentiaire, pour le personnel, consiste à être procédurier.

Je suis convaincu, à propos de ce qui a été dit sur l'équilibre à trouver entre prévention du suicide et respect de l'autonomie personnelle, que, en prison notamment, réside là un des thèmes majeurs de la sécurité dans le mauvais sens du terme aujourd'hui. Et cela du fait de cette volonté d'enserrer un certain nombre d'individus dans un faisceau de contraintes, de réseaux de surveillance, de fichiers, etc. au nom de la protection des personnes ou du danger qu'elles peuvent faire naître.

Enfin, après tout ce qui a été dit sur le droit de la santé en prison et les obligations positives, je ne peux m'empêcher de regretter très vivement que dans la loi pénitentiaire, se trouve un article qui suscite un *a contrario* abominable en ce qu'il interdit de menotter les parturientes sur leurs lits, ce qui veut dire que tout autre détenu malade peut l'être.

Concernant ce qui a été dit sur le tabagisme passif, je pose une interrogation en notant cependant qu'il existe de nombreux détenus prêts à en venir aux mains pour une cigarette et me demande ce qu'il pourrait bien y avoir à dire face au cas d'un détenu contraint sans raison à un sevrage tabagique.

Sur l'article 9, je pense qu'il existe un vrai débat, et je suis heureux de cette décision que vous avez citée. Le contrôle général doit d'ailleurs rendre un avis sur les pratiques des cultes en détention dans une quinzaine de jours³⁹¹.

390 CEDH, 26 octobre 2010, *Marcu c. Roumanie*, n° 43079/02.

391 Avis du 24 avril 2011 du contrôleur général des lieux de privation de libertés relatif à l'exercice du culte dans les lieux de privation de liberté, paru le 17 avril 2011 au Journal officiel de la République française.



Je me limiterai à deux brèves remarques.

Concernant les propos tenus sur l'article 8 et, d'une manière plus générale, sur une possible extension du champ de la protection à laquelle ni la Cour ni le Conseil d'État n'ont été pour le moment sensibles, on peut évoquer une éventuelle reconnaissance d'un droit à la réinsertion. Ce point fait actuellement débat et soulève une difficulté importante. Peut-être avec une vision extensive de la notion de l'article 8, ou un recours bien évidemment au Pacte et à son article 10, nous serions susceptible de pouvoir obtenir la reconnaissance d'une garantie à cet égard, et cela constitue un thème de réflexion important. La reconnaissance d'un tel droit à la réinsertion conditionnerait un certain nombre d'engagements de l'administration pénitentiaire à ne pas, pour de mauvaises raisons, casser un parcours de réinsertion au sein d'un établissement pénitentiaire, en recourant même, si besoin est, à un changement d'affectation.

Deuxième point que je voulais évoquer, et qui a trait aux propos de M. Delarue dans le sens desquels je ne peux qu'abonder, c'est la question du fantasme sécuritaire. Et il y a bien souvent dans les prisons des situations qui sont des situations de rupture ou des situations de grippage pour des raisons qui tiennent à la peur sécuritaire de l'administration. Mon impression au fond est que bien que nous soyons encore une fois en train de parler surtout de droit et de la possibilité d'imposer une norme, soit par le biais du contrôle du juge, soit par l'imposition d'une norme a priori, au fond ce qui a vocation à changer c'est bien la nature de ce qui peut exister au sein des prisons. Et il existe de nombreuses situations qui ont vocation à se régler par une appréhension différente de la détention et dont on ne peut, à mon sens, faire l'économie. Il existe d'autres possibilités d'envisager les conditions carcérales ainsi que les relations entre détenus et surveillants, on a par ailleurs précédemment cité Foucault sur ce point. Les choses ont désormais fortement changé et il y a à cet égard une réflexion qui là d'ordre philosophique et politique, et non simplement juridique sur la manière dont nous envisageons les prisons.

L'heure de nous quitter approche. Nous avons vu au cours de cette conférence, à travers de chacun des trois thèmes abordés, quelle était l'importance du droit européen pour la cristallisation et la diffusion de la règle, pour l'accès au juge et pour le développement des recours. Ensuite, il faut mentionner bien sûr la consécration et l'enrichissement des droits fondamentaux des détenus. C'est là ce que ressort aussi, à mon sens, des échanges de ce soir, l'idée que le droit n'est jamais désincarné. Il est des lieux et des moments où il pèse et compte plus qu'ailleurs ou qu'à un autre moment. En prison le droit pèse davantage, tout simplement parce qu'il existe un droit dont les détenus sont privés, et qui est celui d'aller et venir. En cela, la vulnérabilité de leur situation implique un renforcement des garanties afin que les autres droits, dont ils restent titulaires, puissent être effectivement garantis.



On l'a entendu, cet objectif est toujours à poursuivre, et les débats de ce soir ont montré dans quelle mesure le droit de la Convention européenne, sa réception en droit interne par le juge administratif et les autorités normatives, la vérification de son respect par le contrôleur et les juges, ne sont qu'un moment dans ce que je nommais précédemment l'élévation continue du niveau des droits protégés.

C'est l'heure pour moi de remercier l'ensemble des personnes qui ont enrichi ces débats de leur contribution en acceptant de venir ici, de remercier le vice-président du Conseil d'État d'avoir organisé cette conférence, et de lui laisser la parole pour une allocution finale.

Propos conclusifs

Jean-Marc Sauvé

Je tiens tout d'abord à remercier l'ensemble des participants à cette conférence, ainsi que le modérateur pour l'office dont il s'est acquitté tout au long de ce débat. Chacun aura pu mesurer à quel point la jurisprudence administrative a été totalement refondée depuis une quinzaine d'années, notamment à la lumière de celle de la Cour européenne des droits de l'homme pour, en application du principe de subsidiarité, forger une nouvelle synthèse, qui nous est propre et qui va d'ailleurs au-delà du socle minimal de droits reconnus par la Convention.

De ce point de vue, je crois que cette conférence, qui nous a permis de prendre connaissance des expériences de chacun, d'entendre leurs témoignages et leurs réflexions, est de nature à nous faire progresser.

Permettez-moi, pour conclure, d'évoquer mes activités du dernier week-end : j'ai lu l'ouvrage de Robert Badinter, qui s'intitule *Les épines et les roses*, qui relate son expérience de Garde des Sceaux. Je ne dirai pas que cette expérience est extrêmement ancienne, bien qu'elle me renvoie à seulement quelques années suivant ma sortie de l'ENA, mais, pour manier la litote, qu'elle n'est pas toute récente. Peu importe les portraits, les anecdotes, voire même les récits qui y sont contés. Je crois que l'important, dans cet ouvrage, réside dans la restitution d'un contexte, de l'esprit d'une époque, et aussi d'un projet de modernisation de la justice et de l'administration pénitentiaire. De quoi parlait-on alors ? D'objectifs accessibles tels que les parloirs sans dispositifs de séparation, la suppression des quartiers de sécurité renforcée et des quartiers de plus grande sécurité, l'installation de postes de télévision dans les cellules, l'intégration du dispositif de santé pénitentiaire dans le système hospitalier et de santé de droit commun et *in fine* la création d'unités de vie dans lesquelles les détenus pourraient le cas échéant circuler de manière plus libre. Nous parlions aussi, à voix basse et tout à fait entre nous, de l'éventuelle introduction d'un contrôle externe de l'administration pénitentiaire, nous pensions également que si l'on rattachait l'inspection des



services pénitentiaires au cabinet du Garde des Sceaux, et non plus seulement au directeur de l'administration pénitentiaire, cela constituerait un progrès significatif.

Lorsque l'on prend la mesure des progrès effectués depuis deux décennies, je crois que les insatisfactions qui ont pu être exprimées quant au point où nous sommes parvenus, doivent être relativisées. Étaient alors des objectifs totalement inaccessibles le fait que l'avocat puisse être présent durant la procédure disciplinaire ou encore l'existence d'un contrôleur général des lieux de privation de liberté. Après l'arrêt *Caillol*³⁹², il n'était pas véritablement concevable, et le président Genevois s'en souvient, de penser que les mesures d'ordre intérieur en milieu pénitentiaire, insusceptibles de recours contentieux, puissent régresser jusqu'au point que nous avons désormais atteint.

C'est donc un message d'optimisme que je voudrais délivrer. Je crois que ce qui est en cause est moins la reconnaissance de droits nouveaux pour le détenu que l'effectivité des droits auxquels nous sommes aujourd'hui parvenus. C'est une grande tâche qui attend notamment les responsables de l'administration pénitentiaire et je terminerai en disant que les objectifs restant à atteindre ne pourront pas l'être contre l'administration pénitentiaire, mais nécessairement avec son concours.

Je vous remercie.

392 CE, Ass., 27 janvier 1984, *Caillol*, n° 31985, Lebon p. 28.





Sixième conférence

Le droit européen de la propriété et son influence sur le droit national

Cette sixième conférence aborde le thème essentiel et très actuel de la protection européenne du droit de propriété et son influence en droit interne. Consacré comme un droit « inviolable et sacré » par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le droit de propriété figure désormais au titre des droits fondamentaux garantis par l'article 1^{er} du protocole additionnel n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme et, plus récemment, par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Les débats seront l'occasion de faire le point sur une jurisprudence européenne abondante, et son influence sur les juges nationaux par la voie du contrôle de conventionnalité.

Sommaire de la conférence

Introduction d'Yves Robineau,

Président de la section de l'intérieur du Conseil d'État

Modérateur de la conférence..... p. 224

Intervention de Dean Spielmann,

Président de la 5^{ème} section de la Cour européenne des droits de l'homme . p. 226

Intervention d'Allan Rosas,

Juge à la Cour de justice de l'Union européenne p. 233

Intervention d'Alain Lacabarats,

Président de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation..... p. 237

Intervention de Gilles Bachelier,

Président de la 8^{ème} sous-section de la section du contentieux

du Conseil d'État..... p. 245

Intervention de Bertrand Favreau,

Avocat, ancien bâtonnier du barreau de Bordeaux et président

de l'Institut des droits de l'homme des avocats européens..... p. 259

Échanges avec les participants p. 266

Propos conclusifs p. 269

Documentation sur le thème du débat

Index des principaux arrêts et décisions p. 271

Extraits des principaux articles des traités cités au cours des débats et

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales p. 287



Actes - Le droit européen de la propriété et son influence sur le droit national

Introduction d'Yves Robineau

Président de la section de l'intérieur du Conseil d'État

Modérateur

Je suis particulièrement heureux d'ouvrir cette sixième et dernière conférence du cycle consacré au droit européen des droits de l'homme, et je remercie les participants qui ont bravé la canicule pour venir se pencher sur un sujet si important. Cette conférence s'inscrit dans un cadre plus large voulu par le Conseil d'État, sous l'égide de sa section du rapport et des études.

Sans tarder, je présenterai les participants qui ont accepté de nous honorer de leur présence. Le thème abordé ce soir est l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 annexé à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Nous savons que le droit au respect des biens que proclame cet article est l'un des plus couramment évoqués au titre de cette Convention devant le juge national, mais aussi sans doute à Strasbourg, comme il nous sera confirmé.

Certes un juriste français un peu étroit aurait pu penser que les articles 2³⁹³ et 17³⁹⁴ de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen relatifs au droit de propriété avaient épuisé le débat. Si tant est qu'on ait pu le penser, on sait maintenant qu'il n'en est rien, le Conseil constitutionnel ayant d'ailleurs très récemment confirmé, dans le commentaire d'une décision sur les sections de commune³⁹⁵, que le droit de propriété, au sens de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen était bien distinct du droit au respect des biens au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. Nous savons tous que le concept autonome de droit au respect des biens a appelé une conception extensive de son champ d'application et de sa portée.

Il ne sera pas possible, dans le laps de temps qui est nous est offert, d'aborder les multiples questions que soulèvent cet article et la jurisprudence qui s'y attache. Ainsi, plutôt que de restreindre le débat à l'un des aspects de ce droit fondamental, les organisateurs ont fait le choix d'un chœur à cinq voix particulièrement expertes qui toutes, dans leurs domaines respectifs, participent à l'émergence d'un droit européen de la propriété.

Les questions en effet sont innombrables, j'en citerai cinq, de façon non exhaustive :

- le champ d'application de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme suscite toujours une interrogation chez ceux

393 Article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.* ».

394 Article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.* ».

395 CC, 8 avril 2011, *M. Lucien M.*, n°2011-118 QPC.



qui ne sont pas habitués à des critères plus subjectifs. A-t-on achevé d'en dessiner les critères ? Y a-t-il encore des champs à couvrir ?

- Quid des obligations positives dont on voit bien qu'elles ont commencé à déployer leurs effets ? Quid également de l'effet horizontal qui, au-delà de l'effet vertical, suscite, dans de nombreuses branches du droit, une attention toute particulière pour cet article, et que notamment les spécialistes du droit des affaires n'avaient peut-être pas apprécié à sa juste valeur ?

- L'articulation avec d'autres droits proclamés par la Convention est-elle possible ? On songera notamment à l'article 8 avec lequel cet article entretient des frontières difficiles à cerner.

- Quelle incidence de cette jurisprudence sur le déploiement de politiques publiques tout à fait essentielles pour demain ? On songera aux politiques de défense de l'environnement ou d'urbanisme par exemple. C'est une question fondamentale pour l'avenir et à laquelle nous sommes, dans cette maison, forcément sensibles.

- Enfin, une question classique en matière de droit international. Quid des marges d'appréciation reconnues aux États ? Quid de la prise en compte des cultures juridiques nationales ?

Plus globalement nous aurons à nous interroger sur la manière dont se forme, au jour le jour, la mise en cohérence progressive de ce droit européen, dont la mise en œuvre relève des juridictions nationales, et à l'élaboration duquel concourent deux juridictions européennes représentées ici ce soir.

C'est dans cet esprit que nous allons bénéficier des regards croisés de cinq éminents juristes : deux juges européens et deux juges français en vue d'un dialogue stimulé par un membre du barreau.

M. Dean Spielmann, président de la 5^{ème} section de la Cour européenne des droits de l'homme interviendra en premier, et je le remercie tout particulièrement d'être venu nous apporter un point d'actualité en ce qui concerne les orientations de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Nul doute qu'au-delà de cette intervention liminaire, il sera sollicité par vous-même et par les autres intervenants afin de satisfaire une curiosité légitime.

Dans un deuxième temps, la parole sera donnée à M. Allan Rosas, juge à la Cour de justice de l'Union européenne, dont nous apprécions à sa juste valeur la présence aujourd'hui parmi nous. Son intervention nous fournira les clefs de l'articulation entre les deux grands textes fondateurs en matière de droits fondamentaux européens, nous rappelant que cette articulation en remonte pas à quelques années mais ne remonte à plusieurs décennies.

La parole sera ensuite donnée aux deux cours suprêmes françaises. M. Lacabarats, président de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de Cassation nous dira comment le Quai de l'Horloge a reçu la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit de propriété, puisqu'il s'agit d'un des éléments de compétence de la 3^{ème} chambre civile. Il nous fera également part des interrogations qui peuvent



subsister quant à sa portée et sa complète mise en œuvre. Et c'est d'un même regard national, mais cette fois tourné vers la jurisprudence administrative, que nous sera présenté par M. Gilles Bachelier, président de la 8^{ème} sous-section de la section du contentieux du Conseil d'État, le panorama des interrogations et des évolutions qui sont d'ores et déjà mises en œuvre sous l'influence du droit européen de la propriété.

Je remercie ces intervenants. Je remercie également Maître Bertrand Favreau, avocat, ancien bâtonnier du Barreau de Bordeaux et président de l'Institut des droits de l'homme et des avocats européens, qui nous offrira un dernier regard, celui du justiciable au bénéfice duquel les droits fondamentaux sont proclamés. Son intervention devrait nous éviter toute tentation d'autosatisfaction et assurer la transition vers un débat que je souhaite le plus ouvert possible tant entre les intervenants qu'avec les personnes présentes dans cette salle, avec lesquelles, selon la tradition, il sera possible d'échanger à travers l'accueil de questions.

Je m'empresse donc de donner la parole au premier intervenant, que je remercie à nouveau, M. Dean Spielmann.

Intervention de Dean Spielmann

*Président de la 5^{ème} section
de la Cour européenne des droits de l'homme*

Mesdames et Messieurs,

Face à la consécration solennelle par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui en fait un droit inviolable et sacré, tout en l'associant au but de toute association politique à l'article 2 de ce même texte, la protection de la propriété par la Convention européenne des droits de l'homme peut paraître modeste à double titre.

D'une part, les dispositions pertinentes ne se trouvent pas dans le corps même de la Convention mais dans le premier protocole additionnel, ce qui témoigne des réticences à son sujet.

D'autre part, le texte se borne à exiger le droit au respect des biens en prévoyant des limitations à la privation de propriété tant qu'à la réglementation de l'usage des biens, qui ne sont donc nullement exclus³⁹⁶.

La sobriété des dispositions n'est pas anodine et reflète les controverses qui ont depuis toujours affecté le droit de propriété, cible privilégiée des critiques depuis la caractérisation des droits de l'homme comme droits d'un individu séparé de la communauté, replié sur lui-même, uniquement préoccupé de son intérêt

396 L'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme dispose que « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. / Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.* ». V. *infra* p. 298.



personnel et obéissant à son arbitraire privé. Il arrive que les défenseurs des droits de l'homme les plus acharnés aient du mal avec le droit de propriété, souvent relégué au rang de droit économique, pour en minimiser l'importance. Toutefois, que l'on soit favorable à la propriété ou critique à son égard, on oublie souvent de surmonter les dogmes pour se demander ce qu'est la propriété. Or, c'est là précisément une tâche essentielle pour le juge puisqu'elle détermine tant la portée de la protection accordée que les limites qui lui sont apportées. Les juges de la Cour européenne des droits de l'homme y sont constamment confrontés : évolution des relations économiques, émergence de nouveaux problèmes sociaux ou alternances redéfinissant les priorités politiques sont autant de facteurs qui expliquent tant la diversité des applications que la tentative toujours renouvelée de dessiner les contours du droit de propriété à travers la notion de bien.

L'enjeu étant à la fois de définir des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs, et de permettre aux États de répondre aux impératifs d'intérêt général, le juge doit dans chaque affaire se livrer à un exercice d'équilibre. D'où suit un double problème qui structurera ma réflexion :

- quels intérêts individuels la Convention protège-t-elle au titre du respect des biens ?

- dans quelle mesure et sous quelles conditions ceux-ci peuvent-ils être limités par l'État ?

Pour tâcher d'y répondre, j'examinerai en premier lieu la délimitation du champ d'application de l'article 1^{er} du protocole additionnel n°1 (I), pour ensuite m'intéresser aux limitations que le droit de propriété est susceptible de subir (II).

I. La délimitation du champ de protection du droit au respect des biens

Puisque la lettre de l'article 1^{er} du protocole additionnel n°1 se borne à exiger le respect des biens encadrant la privation de propriété ainsi que la réglementation de l'usage des biens, il est revenu à la Cour d'interpréter les termes dans un sens fidèle à l'objet et aux buts de la Convention, à savoir la sauvegarde et le développement des droits de l'homme comme y incite le Préambule.

Dès l'arrêt *Marckx* de 1979³⁹⁷, il a été clarifié que l'article garantit en substance le droit de propriété en ce sens que le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel et fondamental du droit de propriété. Une fois cette précision apportée, il fallut également rendre compte de la démarche de la Cour qui dans son arrêt *Gasus Dosier-und fördertechnik gmbh c. Pays-Bas* de 1995³⁹⁸ souligne que la notion de « bien », on l'a déjà dit, est un concept autonome, c'est-à-dire qu'elle ne dépend pas des définitions fournies par le droit interne des États contractants. La précision est essentielle puisque ce n'est qu'en mobilisant un tel concept autonome que la Cour a pu assurer une interprétation et une application uniforme et effective de la Convention.

Surtout, elle a permis à la Cour, dans la volonté d'assurer l'effet utile du droit de propriété, de procéder à une interprétation large qui a participé à la réévaluation du concept de

397 CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74.

398 CEDH, 23 février 1995, *Gasus Dosier-und fördertechnik gmbh c. Pays-Bas*, n° 15375/89.



propriété, sachant que la Convention est conçue comme un instrument vivant qui doit s'interpréter à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui. Ainsi, si classiquement le droit de propriété a été conçu comme un droit exclusif d'une personne sur une chose matérielle, cette définition a rapidement été dépassée. Outre les biens corporels, tout intérêt substantiel à caractère patrimonial est qualifié de bien, comme par exemple une clientèle³⁹⁹, la licence d'exploitation d'un débit de boisson⁴⁰⁰, un projet immobilier⁴⁰¹, une sûreté⁴⁰² ou encore la propriété intellectuelle⁴⁰³. Sont également des biens au sens de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1, les créances, en tant qu'elles représentent une valeur patrimoniale au maintien de laquelle s'attache un intérêt substantiel. Si les créances exigibles, comme par exemple une décision de justice, sont en tout cas protégées, il en va de même pour les créances se trouvant encore à l'état virtuel, sous condition toutefois qu'une espérance légitime s'attache à leur réalisation. Il convient toutefois de préciser que l'espérance légitime n'est pas à confondre avec le simple espoir, ni même avec une contestation réelle ou une prétention défendable dès lors qu'il faut qu'elle soit confortée par une base suffisante en droit interne telle qu'interprétée par les juridictions internes pour être considérée comme un intérêt patrimonial. C'est ce que la Cour a précisé dans le grand arrêt *Kopecný c. Slovaquie*⁴⁰⁴. Ainsi par exemple la Cour a-t-elle jugé dans l'arrêt *S.A. Dangeville c. France*⁴⁰⁵ du 16 avril 2002 qu'une telle créance était constituée au profit d'une entreprise du fait du paiement indu de la taxe sur la valeur ajoutée, en violation d'une directive communautaire claire, précise et directement applicable. L'arrêt a plus tard été confirmé par l'arrêt *S.A. Cabinet Diot et S.A. Gras Savoye c. France*⁴⁰⁶ du 22 juillet 2004, ce qui témoigne de la prise en compte du droit communautaire, et désormais du droit de l'Union européenne par notre Cour.

Il convient de noter que l'extension du patrimoine aux biens incorporels et aux créances, tels que définis par la jurisprudence de la Cour, trouve également écho en France, d'une part à travers la jurisprudence des juridictions internes, mais d'autre part aussi, par exemple, dans l'avant-projet de réforme du droit des biens rédigé par l'association Henri Capitant qui propose une définition du patrimoine et des biens manifestant la dématérialisation de ceux-ci. Surtout, l'autonomie du concept a permis à notre Cour de procéder à ce que certains ont appelé la « *socialisation* » de la notion de bien. En réalité, on peut estimer que, par lui-même, le droit de propriété révèle un potentiel social que l'on ne saurait ignorer si l'on entend assurer son effectivité. C'est ainsi que dans l'arrêt *Gaygusuz c. Autriche*⁴⁰⁷, la Cour a considéré que le refus d'une prestation sociale au seul motif de la non satisfaction d'une condition de nationalité, concernant en l'espèce une allocation d'urgence prévue pour les chômeurs, était discriminatoire. Par la suite, en l'arrêt *Koua Poirrez*⁴⁰⁸, la Cour souligne que la jurisprudence *Gaygusuz* n'implique pas *a contrario* qu'une prestation non contributive ne fonderait pas elle aussi un droit patrimonial, ce qui

399 CEDH, 26 juin 1986, *Van Marle c. Pays-Bas*, n° 8543/79, 8674/79, 8675/79 et 8685/79.

400 CEDH, 7 juillet 1989, *Tre Traktorer Aktiebolag c. Suède*, n° 10873/84.

401 CEDH, 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, n° 12742/87.

402 CEDH, 23 février 1995, *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, n° 15375/89.

403 CEDH, Gr. ch., 11 janvier 2007, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, n° 73049/01.

404 CEDH, 28 septembre 2004, *Kopecný c. Slovaquie*, n° 44912/98.

405 CEDH, 16 avril 2002, *S.A. Dangeville c. France*, n° 36677/97.

406 CEDH, 22 juillet 2004, *S.A. Cabinet Diot et S.A. Gras Savoye c. France*, n° 49217/99 et 49218/99.

407 CEDH, 31 juillet 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 39/1995/545/631.

408 CEDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*, n° 40892/98.



lui a permis de constater que, même si la France n'était pas liée par des accord de réciprocité avec le pays d'origine du requérant, l'engagement contracté en ratifiant la Convention lui interdisait de fonder le refus d'une prestation non contributive sur la seule condition de nationalité, celle-ci n'étant ni objective, ni raisonnable. Enfin une décision sur la recevabilité rendue par la Grande Chambre en l'affaire *Stec c. Royaume-Uni*⁴⁰⁹ est venue dissiper les derniers doutes.

Notant le nombre croissant de personnes dont la subsistance dépend de prestations sociales, la Cour estime que rien ne justifie le maintien d'une distinction entre prestations contributives et non contributives. Toutefois, elle souligne également que l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention n'entraîne en rien un droit à l'acquisition de biens et n'oblige pas l'État à accorder des prestations sociales. Or, selon la Cour, « *dès lors qu'un État contractant met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale, que l'octroi de cette prestation dépende ou non du versement préalable de cotisations, cette législation doit être considérée comme engendrant un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1^{er} du protocole.* » Ainsi, dans la décision *Epstein et autres c. Belgique*⁴¹⁰, la Cour a conclu à l'inapplicabilité de ce protocole. Les requérants alléguaient en l'espèce que le refus d'une rente viagère personnelle bénéficiant aux victimes du nazisme, au motif qu'ils ne remplissaient pas certaines conditions légales, à savoir la nationalité belge au 1^{er} janvier de l'année de l'adoption du dispositif et être orphelins de parents morts en déportation, violerait leur droit de propriété de façon discriminatoire. La Cour a toutefois jugé que les requérants n'étaient pas titulaires d'un bien, étant donné que l'État qui n'était pas tenu d'établir une telle rente et avait déjà élaboré tout un arsenal de mesures en faveur des victimes de la seconde guerre mondiale, avait une large marge de manoeuvre pour en déterminer les modalités et les bénéficiaires. Il en est allé de même dans l'arrêt *Carson c. Royaume-Uni*⁴¹¹ dans lequel la Cour a jugé que le refus des autorités britanniques de revaloriser les pensions d'expatriés retraités au seul motif de leur lieu de résidence n'était pas une violation discriminatoire de leur droit de propriété.

Il convient également de souligner que, pour la qualification de « bien », il n'est pas forcément nécessaire de détenir un titre juridique. Ainsi, la Cour a jugé dans son arrêt *Iatridis c. Grèce*⁴¹² que, du fait d'une clientèle qui s'y rattachait, l'exploitation d'un cinéma dont le requérant avait été expulsé en raison d'un litige concernant la propriété du terrain, représentait un intérêt substantiel appelant la protection de l'article 1^{er} du protocole n°1. Surtout, elle a jugé dans l'affaire *Öneryildiz c. Turquie*⁴¹³ du 30 novembre 2004 que la tolérance des autorités face au logement dans un taudis construit sans autorisation se traduisait en une reconnaissance *de facto* de l'intérêt patrimonial s'attachant pour le requérant à cette situation. De même, dans le récent arrêt *Depalle c. France*⁴¹⁴, la Cour a certes jugé que le requérant, qui vivait dans une maison bâtie sur le domaine public maritime, n'avait

409 CEDH, Gr. ch., 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n° 65731/01 et 65900/01.

410 CEDH, 8 janvier 2008, *Epstein et autres c. Belgique*, n° 9717/05.

411 CEDH, 16 mars 2010, *Carson c. Royaume-Uni*, n° 42184/05.

412 CEDH, 25 mars 1999, *Iatridis c. Grèce*, n° 31107/96.

413 CEDH, 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turquie*, n° 48939/99.

414 CEDH, 29 mars 2010, *Depalle c. France*, n° 34044/02.



pas d'espérance légitime au maintien d'une situation dont le caractère temporaire lui a été rappelé par chaque arrêté préfectoral renouvelant l'autorisation. Mais elle applique l'article 1^{er} du protocole additionnel n°1 en ajoutant que « *le temps écoulé a fait naître l'existence d'un intérêt patrimonial du requérant à jouir de la maison.* »

A l'obligation négative de ne pas porter atteinte de façon arbitraire ou disproportionnée au respect des biens s'ajoutent des obligations positives comme celle de prendre des précautions pour empêcher la destruction de l'habitation du requérant⁴¹⁵, ainsi que l'obligation positive de protéger la propriété privée, même dans les cas où il s'agit d'un litige entre des personnes physiques⁴¹⁶. Dans son arrêt *Sud Est réalisations c. France*⁴¹⁷, la Cour a ainsi jugé que le refus, pendant plus de 16 ans, de concours de la force publique pour faire évacuer un agriculteur qui occupait illégalement la propriété de la société, violait l'article 1^{er} du protocole. Mais il existe aussi des obligations procédurales visant à offrir au justiciable une occasion adéquate d'exposer sa cause aux autorités compétentes, ce qui élargit encore la portée de la protection accordée.

Il a été reproché à la Cour d'utiliser des critères déconcertants. Il est sans doute vrai qu'elle s'avance prudemment pour dessiner les contours du droit de propriété. Or, elle le fait en étant guidée par un souci d'effectivité d'un droit constamment confronté à de nouveaux défis. Certains vont plus loin, en affirmant que la Cour procéderait à une désubstantialisation de la notion de bien. Je dirai au contraire que notre démarche permet de donner au concept son sens le plus fort et ainsi de rendre au droit de propriété ses lettres de noblesse. Avec John Rawls, il faudrait concevoir la propriété comme une liberté de base dont le rôle est de procurer une base matérielle suffisante pour créer le sens de l'indépendance personnelle et celui du respect de soi. C'est là en effet que se manifeste le caractère fondamental du droit de propriété, dans la droite lignée des autres droits civils dont il conditionne, souvent, la jouissance. Cependant, pas plus que le droit conféré à l'article 444 du code civil français, l'article 1^{er} du protocole ne permet une jouissance absolue des biens. C'est ce que démontre l'encadrement des restrictions apportées au droit de propriété qui fera l'objet de la deuxième partie de mon exposé.

II. L'encadrement des limitations apportées par l'État au droit au respect des biens.

Depuis l'arrêt *Sporrong et Lönnroth c. Suède*⁴¹⁸, l'article 1^{er} est analysé comme se divisant en trois normes distinctes, mais non sans rapport entre elles :

- la première norme est le principe général du respect des biens, dont la limite est l'atteinte à la substance du droit de propriété ;
- la deuxième norme est la privation de propriété dans un but d'utilité publique ;
- la troisième norme est la réglementation de l'usage des biens.

Je les examinerai à présent, sachant que le passage de l'une à l'autre relève davantage d'une différence de degré que d'une différence de nature.

415 Arrêt *Öneryıldız c. Turquie* précité

416 CEDH, 25 juillet 2002, *Sovtransavto holding c. Ukraine*, n° 48553/99.

417 CEDH, 2 décembre 2010, *Sud Est réalisations c. France*, n° 6722/05.

418 CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, n° 7151/75 et 7152/75.



A. La privation de la propriété dans un but d'intérêt public.

La privation de propriété, tout d'abord, s'analyse en un transfert de propriété. Si cela concerne de toute évidence les expropriations formelles, la Cour a rapidement ajouté qu'elle regarderait au-delà des apparences pour vérifier si la situation litigieuse ne correspond pas à une expropriation de fait, ce qu'elle a fait dans l'arrêt *Sporrong* précité. Toutefois, pour être conforme à la Convention, la privation de propriété doit se fonder sur un but d'utilité publique et respecter les conditions prévues par la loi, ainsi que les principes généraux du droit international. Ainsi, la Cour a jugé dans l'arrêt *Lecarpentier c. France*⁴¹⁹ que, sauf motif impérieux d'intérêt général, l'intervention d'une loi de validation viole l'article 1er étant donné qu'elle heurte, par son effet rétroactif, l'espérance légitime générée par une décision tranchant en faveur du justiciable. Par contre, dans le récent arrêt *Sud Parisienne de construction*⁴²⁰ du 11 février 2010, elle a conclu à la non violation de l'article 1er par l'ajustement législatif rétroactif du taux d'intérêt moratoire pour les marchés publics. Le souci est de garantir ici la prééminence du droit tout en permettant l'adaptation des lois en fonction de l'intérêt général. Il est vrai que la Cour laisse une large marge d'appréciation aux États pour déterminer ce qui est d'utilité publique, à moins que leur jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable. C'est que la Cour estime que ceux-ci, étant donné qu'ils sont directement confrontés aux problèmes sociaux sont mieux placés pour le faire, mais cela signifie aussi que le contrôle de la Cour pourra porter tant sur la proportionnalité de l'ingérence que, en amont, sur la nécessité même.

Par ailleurs, alors que l'article 1er du protocole ne le prévoit pas expressément, la Cour a jugé dans l'arrêt *Lithgow c. Royaume-Uni*⁴²¹ que l'obligation d'indemniser en découle implicitement. Le cas échéant, l'indemnisation, pour être juste, doit tenir de la durée de privation de la propriété ainsi qu'avoir lieu dans un délai raisonnable, c'est ce qui a été décidé dans l'arrêt *Guillemin c. France*⁴²². Le récent arrêt *Perdigão c. Portugal*⁴²³ du 16 novembre 2010 a précisé que, viole le droit au respect de ses biens, l'octroi de frais de justice supérieurs à l'indemnisation accordée, la Cour témoignant ici encore d'un souci d'effectivité de la protection assurée.

B. La réglementation de l'usage des biens.

Cette réglementation se borne en principe à limiter ou contrôler l'usage de la propriété. Ici encore, l'ingérence doit être conforme à l'intérêt général et proportionnée au but défini par celui-ci, le Protocole citant l'impôt ou le paiement d'autres contributions ou d'amendes. Par l'arrêt *Bosphorus c. Irlande*⁴²⁴, la Cour ajoute que la coopération internationale constitue également un tel but d'intérêt général. Récemment, la Cour a aussi jugé dans les arrêts *Depalle c. France* et *Brosset-Triboulet c. France*⁴²⁵ qu'au regard de l'impératif d'intérêt général que constitue l'accès au littoral et la protection

419 CEDH, 14 février 2006, *Lecarpentier et autres c. France*, n° 67847/01.

420 CEDH, 11 février 2010, *Sud Parisienne de construction c. France*, n° 33704/04.

421 CEDH, 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, n° 9006/80,9262/81.

422 CEDH, 21 février 1997, *Guillemin c. France*, n° 19632/92.

423 CEDH, 16 novembre 2010, *Perdigão c. Portugal*, n° 24768/06.

424 CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus hava yollari turizm ve ticaret anonim şirketi c. Irlande*, n° 45036/98.

425 CEDH, 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, n° 34078/02.



de celui-ci, l'obligation de démolir sans indemnisation une maison régulièrement acquise, mais située sur le domaine public maritime ne viole pas l'article 1^{er} du protocole. En revanche, dans l'arrêt *Richet et Le Ber c. France*⁴²⁶ du 18 novembre 2010, la Cour a jugé que le refus de l'État d'honorer ses obligations contractuelles fixées dans des actes de vente conclus avec des particuliers viole cet article, quand bien même l'État entendait par là se conformer à l'impératif d'intérêt général qu'est la protection de l'environnement. Enfin, dans l'arrêt *Almeida Ferreira et Melo Ferreira c. Portugal*⁴²⁷ du 21 décembre 2010, elle juge que l'interdiction légale faite à un propriétaire de résilier un bail locatif de longue durée ne viole pas son droit de propriété.

L'atteinte à la substance est l'apport essentiel de l'arrêt *Sporrong* précité, particulièrement utile parce qu'il permet de soumettre au contrôle de la Cour toute ingérence rendant incertaine la situation juridique d'un bien, sans toutefois pouvoir s'analyser en une privation de propriété ou en une réglementation de l'usage des biens. Dans ce cadre, les mêmes conditions de légalité et de nécessité doivent être remplies et un juste équilibre doit être maintenu entre l'intérêt général et les droits fondamentaux de l'individu, ce qui permet à la Cour d'exercer son contrôle de proportionnalité. Ainsi, dans sa jurisprudence récente, la Cour a jugé dans l'affaire *Eko-Elda c. Grèce*⁴²⁸ que le refus de l'État de verser des intérêts moratoires sur des sommes indûment payées au titre de l'impôt porte atteinte à la substance du droit de propriété. En revanche, elle a conclu à la non violation de l'article 1^{er} du protocole dans l'arrêt *Ortiz c. Espagne*⁴²⁹ concernant une convention collective modifiant les droits acquis par un accord collectif à une pension de retraite.

En matière pénale, le refus d'accorder une indemnité pour perte, aux dégradations de biens saisis au cours d'une procédure pénale a été jugé comme une violation de l'article 1^{er} du protocole dans l'affaire *Tendam c. Espagne*⁴³⁰. Enfin, dans l'affaire *Allianz c. Slovaquie*⁴³¹, une décision d'irrecevabilité a été opposée au requérant se plaignant d'une obligation légale pour les assureurs automobiles de verser un pourcentage de prime à des organes chargés de la sécurité routière.

Il est vrai qu'il a parfois été reproché à la Cour d'être trop indulgente avec les États, en se retranchant derrière la marge d'appréciation de ceux-ci. Je note au passage que l'article 1^{er} du protocole est la seule stipulation de la Convention qui se réfère à la marge d'appréciation des États. Un tel reproche a été fait notamment en matière fiscale. Je pense personnellement que c'est inévitable, étant donné que la Cour ne saurait ignorer les difficultés aujourd'hui rencontrées par les États pour assurer une juste politique de redistribution. Mais il est vrai que celle-ci ne saurait en aucun cas se faire au mépris des droits de l'individu, si bien que les juges doivent évidemment rester particulièrement vigilants et rigoureux.

Pour conclure, je dirais que la jurisprudence de la Cour contribue en effet, par l'interprétation du droit au respect des biens, au développement d'un concept

426 CEDH, 18 novembre 2010, *Consorts Richet et Le Ber c. France*, n° 18990/07 et 23905/07.

427 CEDH, 21 décembre 2010, *Almeida Ferreira et Melo Ferreira c. Portugal*, n° 41696/07.

428 CEDH, 3 mars 2006, *Eko-Elda Avee c. Grèce*, n° 10162/02.

429 CEDH, 26 novembre 2008, *Aizpurua Ortiz et autres c. Espagne*, n° 42430/05.

430 CEDH, 13 juillet 2010, *Tendam c. Espagne*, n° 25720/05.

431 CEDH, 9 novembre 2010, *Allianz-Slovenská poisťovňa, a.s. et autres c. Slovaquie*, n° 19276/05.



novateur qui permet de déployer toutes les potentialités que recèle le droit de propriété. Mais au souci d'effectivité s'ajoute toujours la nécessité d'un équilibre entre l'intérêt privé et l'intérêt public.

Le droit de propriété de l'un trouve sa limite dans les droits d'autrui et l'action de l'État dans l'intérêt général qu'il vise à garantir. En la matière, la jurisprudence de la Cour est pour ainsi dire une œuvre non encore achevée puisque la démarche consiste à s'avancer prudemment et à s'adapter à de nouvelles exigences sans imposer des solutions dogmatiques. Ce qui n'empêche pas le juge interne, juge européen de droit commun, qui connaît en principe mieux le contexte national, de se montrer plus exigeant encore et d'ainsi garantir une meilleure protection des droits individuels.

Intervention d'Allan Rosas

Juge à la Cour de justice de l'Union européenne

M. le président,
Mesdames, Messieurs,

C'est évidemment un grand plaisir et un immense honneur pour moi d'être présent parmi vous dans cette superbe salle de l'Assemblée générale du Conseil d'État.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que M. le juge Spielmann vient de décrire ainsi que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales elle-même sont très pertinentes dans le contexte de l'Union européenne. En vérité, je pourrais presque m'arrêter là en faisant référence au discours de M. le juge Spielmann, mais il y a quand même quelques aspects particuliers que je souhaiterais, avec votre permission, ajouter en ce qui concerne le droit de l'Union. Et pour un tel exercice, il ne peut qu'être utile, voire nécessaire, de jeter un regard sur le développement historique.

Avant 1969, les droits fondamentaux ont été presque absents du droit de l'Union européenne, ou droit communautaire tel qu'il était dénommé à l'époque. Les traités ne faisaient pas référence de manière explicite aux droits fondamentaux. Mais dans un fameux arrêt *Stauder*⁴³², la Cour de justice va pour la première fois parler des droits fondamentaux compris dans les principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. Des éléments ont par la suite été ajoutés, et en 1974, dans le fameux arrêt *Nold*⁴³³, la Cour ne mentionne pas seulement les traditions constitutionnelles communes aux États membres (§1) mais fait également référence aux instruments internationaux qui peuvent inspirer la Cour pour déterminer les principes généraux du droit de l'Union européenne. Dans cet arrêt, on ne se reporte pas directement à la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans une série d'arrêts, la Cour a explicitement reconnu que les droits fondamentaux de l'Union européenne s'appliquent également pour les États membres, si cela intervient dans le contexte propre du droit communautaire. Les

432 CJUE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder contre Ville d'Ulm-Sozialamt*, affaire 29/69.

433 CJUE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, affaire 4/73.



droits fondamentaux dégagés par la Cour de Luxembourg ne s'appliquent pas en tant que tels lorsqu'il s'agit du droit national pur. Mais si intervient une norme issue du droit communautaire qu'il convient d'interpréter ou d'appliquer, les droits fondamentaux reconnus par notre Cour entrent alors en scène.

Dans l'arrêt *Rutili c. Ministre de l'Intérieur*⁴³⁴, la Cour de justice, pour la première fois, fait référence à la Convention européenne des droits de l'homme et précise qu'elle est « ratifiée par tous les États membres » à savoir y compris par la France. La Cour de justice a donc attendu que tous les États membres aient ratifié cette Convention pour en faire mention dans un de ses arrêts. Cette avancée est aussi très importante pour le droit de propriété car les deux Pactes des Nations unies de 1966, le Pacte sur les droits civils et politiques et celui sur les droits économiques, sociaux et culturels, ne reconnaissent pas explicitement le droit de propriété. En revanche, une telle reconnaissance est présente dans la Convention grâce à l'annexion qui y a été faite du protocole additionnel n° 1.

Vers la fin des années 1980, notre Cour de justice a commencé à caractériser cette Convention comme étant un instrument revêtant une signification particulière. Ce constat est particulièrement pertinent pour le droit de propriété.

Dans un arrêt de 1989, la Cour a voulu trancher une question qui, à l'époque, n'avait pas trouvé de solution dans la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme⁴³⁵. Une Cour est cependant tenue de trancher. Si toutefois il advenait que la Cour de Strasbourg adopte une solution différente de la nôtre, la Cour de justice est disposée à reconsidérer sa position et à procéder à un ajustement de sa jurisprudence⁴³⁶.

Sans trop entrer dans les détails, je souligne à ce stade que l'article 52-3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴³⁷, aujourd'hui élément contraignant, met en évidence les liens très étroits qui existent entre le droit de l'Union et la Convention européenne des droits de l'homme. Lorsque la Charte comporte des droits correspondants garantis par la Convention, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite Convention. La dernière phrase de cette stipulation confirme que cette dernière ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde à ces droits une protection plus étendue. Une telle stipulation est tout à fait pertinente voire importante en ce qui concerne le droit de propriété car on peut considérer déjà à ce stade que l'article 17⁴³⁸ de la Charte sur le droit de propriété correspond à l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention.

J'ai tenté de résumer quelque peu ces développements historiques. Aujourd'hui, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, possibilité prévue par le Traité de Lisbonne, est désormais fortement probable. Or, la Charte reste, en tout état de cause, d'actualité. Celle-ci a, en 2000,

434 CJUE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili contre Ministre de l'Intérieur*, affaire 36/75.

435 CJUE, 21 septembre 1989, *Hoechst contre Commission*, affaires jointes 46/87 et 227/88.

436 CJUE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères*, affaire C-94/00.

437 Article 52 de la Charte: V. *infra* p. 320.

438 Article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : v. V. *infra* p. 316.



été déclarée en tant qu'instrument de « *soft law* ». Dans l'article 6-1 du Traité sur l'Union européenne⁴³⁹, tel que modifié par le Traité de Lisbonne, la Charte a reçu la même valeur juridique que les traités. Ainsi, même si le texte de la Charte n'est pas intégré au traité, il est précisé qu'il a la même valeur juridique et, à ce titre, qu'il fait donc partie du droit primaire de l'Union européenne.

Le texte de l'article 17 de cette Charte des droits fondamentaux n'est certes pas en tous points identique à celui de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme mais il demeure cependant assez similaire. Le *présidium* de la Convention qui a rédigé la Charte a préparé des explications⁴⁴⁰ facilitant son interprétation. Il est constaté dans ces explications que le droit reconnu à l'article 17 de la Charte est un droit également reconnu dans la Convention européenne⁴⁴¹.

Il convient d'ajouter quelques mots sur le droit de propriété plus précisément à la lumière de notre jurisprudence. Je pense à ce titre que, historiquement, l'arrêt *Hauer*⁴⁴² de 1979, est l'arrêt le plus important. La Cour de justice y fait référence à la Convention européenne et à l'article 1^{er} du protocole⁴⁴³. On tente d'y résumer la portée et le sens de cette stipulation. L'arrêt *Sporrong*, cité par le juge Spielmann, établit une distinction entre trois éléments. L'arrêt *Hauer* intervient antérieurement à la jurisprudence *Sporrong* et il n'y est donc fait mention que de deux éléments : la privation de la propriété et la restriction de l'usage. L'arrêt poursuit en énonçant que la plantation nouvelle de vignes, en ce qui concerne le cas d'espèce, se rattache à ce deuxième élément, à savoir qu'il s'agit là d'une restriction dont il est par la suite analysé si elle est justifiée ou non. Finalement, au point 30⁴⁴⁴, la Cour de justice a conclu que cette restriction était justifiée.

439 L'article 6-1 du Traité sur l'Union européenne : V. *infra* p. 285.

440 Note du Présidium de la Convention: explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Bruxelles, 11 octobre 2000).

441 Explication relative à l'article 17 de la Charte des droits de l'Union européenne par le présidium de la Convention : « *Cet article correspond à l'article 1er du protocole additionnel à la CEDH : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. / Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.* ». Il s'agit d'un droit fondamental commun à toutes les constitutions nationales. Il a été consacré à des maintes reprises par la jurisprudence de la Cour de justice et en premier lieu dans l'arrêt *Hauer* (CJUE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, Rec. p. 3727). La rédaction a été modernisée, mais, conformément à l'article 52 § 3, ce droit a le même sens et la même portée que celui garanti par la CEDH et les limitations prévues par celle-ci ne peuvent être excédées. La protection de la propriété intellectuelle, qui est un des aspects du droit de propriété, fait l'objet d'une mention explicite au paragraphe 2 en raison de son importance croissante et du droit communautaire dérivé. La propriété intellectuelle couvre, outre la propriété littéraire et artistique, le droit des brevets et des marques ainsi que les droits voisins. Les garanties prévues au paragraphe 1 s'appliquent de façon appropriée à la propriété intellectuelle.

442 CJUE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, affaire 44/79.

443 « 4. Le droit de propriété est garanti dans l'ordre juridique communautaire, conformément aux conceptions communes aux Constitutions des États membres, reflétées également par le premier protocole joint à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. ».

444 En droit, point 30. « Il y a donc lieu de conclure que la restriction apportée à l'usage de la propriété par l'interdiction de plantations nouvelles de vignes édictée, pour une période limitée, par le règlement n° 1162/76, est justifiée par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne porte pas atteinte à la substance du droit de propriété tel qu'il est reconnu et garanti dans l'ordre juridique communautaire. ».



Les arrêts ultérieurs poursuivent la piste ouverte par l'arrêt *Hauer*. Il s'agit le plus souvent d'affaires ayant trait au domaine de l'agriculture dans lesquelles les requérants sont des exploitants agricoles se plaignant de restrictions édictées par des normes communautaires. Dans l'arrêt *Khün*⁴⁴⁵, le cas d'espèce concernait des prélèvements supplémentaires sur le lait, ce qui confirme à quel point le thème de l'agriculture est une source d'inspiration pour notre jurisprudence sur le droit de propriété. Dans cette affaire également, la Cour avait conclu à l'absence de restriction injustifiée. L'arrêt plus récent *Booker Aquaculture*⁴⁴⁶, avait trait à une obligation de détruire des élevages de poissons afin de contrer certains risques de maladies, aucune indemnisation n'avait été prévue dans le cas d'espèce. Les producteurs ont évidemment allégué une violation du droit de propriété. Sans entrer dans les détails, on peut dire que la Cour a estimé que cette question méritait réflexion pour finalement conclure également à ce que cette restriction, même en l'absence d'indemnisation mais aux vues de l'intérêt général dicté par les circonstances, avait été suffisamment justifiée par le législateur communautaire.

J'en viens à présent à un contexte totalement différent. Notre Cour, et surtout le Tribunal, anciennement Tribunal de première instance, est aujourd'hui souvent confrontée aux cas de gel de fonds appartenant à des personnes soupçonnées de terrorisme ou d'être liées à des organisations terroristes. Dans ces affaires, les personnes qui avaient attaqué un règlement communautaire mettant parfois en œuvre une décision du Conseil de sécurité des Nations unies, ont invoqué le droit à l'accès au prétoire, mais ils ont souvent aussi invoqué le droit de propriété.

Dans un arrêt *Kadi*⁴⁴⁷ de 2005, le Tribunal de l'Union européenne a conclu qu'il ne peut exercer un contrôle normal sur un tel gel de fonds, imposé par le Conseil de sécurité. La Cour, quant à elle, exerce un contrôle entier. Elle conclut qu'il y a eu violation des droits de la défense de M. Kadi. Or M. Kadi a également invoqué le droit de propriété constatant que ces biens lui avaient été confisqués après que le Conseil de sécurité avait, à tort, placé son nom sur une liste de terroristes internationaux. Cette mesure avait en effet conduit au gel, sans limitation dans le temps, de la partie principale de son patrimoine. Notre Cour a estimé que ces mesures étaient en partie disproportionnées et est alors entrée, dans sa décision, dans une discussion assez détaillée sur le droit de propriété pour énoncer au point 358 que « *cette mesure de gel constitue une mesure conservatoire qui n'est pas censée priver lesdites personnes de leurs propriétés. Toutefois, elle comporte incontestablement une restriction à l'usage du droit de propriété de M. Kadi, restriction qui, au surplus, doit être qualifiée de considérable eu égard à la portée générale de la mesure de gel et compte tenu du fait que celle-ci lui a été applicable depuis le 20 octobre 2001* ». Au point 366, la Cour poursuit en estimant que « *il doit en être conclu que les mesures restrictives qu'impose le règlement litigieux constituent des restrictions au droit de propriété qui, en principe, pourraient être justifiées* ». Mais lorsque l'on rentre dans la justification, la Cour fait le lien, comme l'a souvent fait la Cour de Strasbourg, entre les droits procéduraux,

445 CJUE, 10 janvier 1992, *Ralf-Herbert Kühn contre Landwirtschaftskammer Weser-Ems*, affaire 177/90.

446 CJUE, 10 juillet 2003, *Booker Aquaculture Ltd et Hydro Seafood GSP Ltd contre The Scottish Ministers*, affaires jointes C-20/00 et C-64/00.

447 TUE, 21 septembre 2005, *Yassin Abdullah Kadi contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, affaire 315/01.



les droits de la défense, l'accès au juge, etc. et le droit de propriété en tant que tel. Et la Cour de justice conclut, au point 370, que « *dans les circonstances de l'espèce, l'imposition des mesures restrictives que comporte le règlement litigieux à l'égard de M. Kadi, en raison de l'inclusion de ce dernier dans la liste contenue à l'annexe I du règlement litigieux constitue une restriction injustifiée de son droit de propriété* ».

Cet arrêt est extrêmement important car c'est une des premières sinon la première fois que la Cour de justice a trouvé une violation du droit de propriété. En fait, avant l'arrêt *Kadi*, notre Cour a régulièrement été critiquée pour, comme l'on dit dans la langue de Shakespeare, « *pay lip service* »⁴⁴⁸ au droit de propriété. Il a été dit à tort, je pense, que la Cour faisait en sorte de toujours trouver une justification afin de préserver les aspects particuliers du droit communautaire. J'estime que l'arrêt *Kadi* démontre tout de même une volonté de prendre au sérieux ce droit de la propriété. Ceci étant dit, il faut noter que dans la période *post* Traité de Lisbonne, depuis le 1^{er} décembre 2009, il n'y a pas encore véritablement eu de jurisprudence sur cette question. La Cour a déjà été appelée à maintes reprises à appliquer et à interpréter la Charte, mais cela concernait davantage l'article 47 sur l'accès au juge ou d'autres dispositions relatives, par exemple, au droit des enfants ou à l'interdiction de la discrimination. Cependant, il est probable voire certain que la Cour sera confrontée à nouveau à la question du droit de propriété.

En conclusion, je pense que dans ce domaine la Convention européenne des droits de l'homme, avec son protocole additionnel n° 1, revêt une importance particulière notamment pour notre Cour, et la jurisprudence de Strasbourg, comme on vient de l'apprendre par M. Spielmann, est encore beaucoup plus riche que la nôtre.

Intervention d'Alain Lacabarats

Président de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation

Le droit de propriété est un droit fondamental qui, non seulement a valeur constitutionnelle⁴⁴⁹, mais qui bénéficie aussi de la protection qu'assure aux citoyens la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁵⁰. Ce droit de propriété n'est pas cependant absolu et cède notamment devant les exigences de l'intérêt général.

C'est ce qui résulte d'abord de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens du 26 août 1789 qui énonce : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

La Convention européenne des droits de l'homme ne fait que confirmer cette réserve en énonçant, à l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1: « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* ».

448 « *manifester un intérêt de pure forme* ».

449 Cass, civ. 1^{er}, 4 janvier 1995, Bull. civ. I, n° 4.

450 CEDH, 21 janvier 2010, *R.P. c. France*, n° 1027/02.



La recherche d'un équilibre entre les droits et intérêts en conflit explique qu'en droit interne, la protection constitutionnelle du droit de propriété n'intervienne qu'en cas de privation ou dénaturation grave de ce droit⁴⁵¹ et que, en droit européen, la Cour européenne des droits de l'homme admette que des restrictions soient apportées au droit de propriété pour des raisons d'intérêt général.

L'examen de la jurisprudence judiciaire montre qu'en pratique, la confrontation entre le droit de propriété et d'autres libertés ou droits fondamentaux intervient dans deux séries d'hypothèses :

- Les rapports du propriétaire avec les usagers du bien (I).
- Les rapports du propriétaire avec les tiers (II).

Même si ces questions se posent dans de nombreux domaines relevant des contentieux judiciaires, elles concernent essentiellement le droit de la propriété immobilière, qui mérite des développements particuliers.

I- Les rapports du propriétaire avec les usagers du bien.

Lorsque la jouissance d'un bien immobilier est exercée, non par le propriétaire, mais par un locataire ou occupant, les dispositions légales assurent au propriétaire une protection de principe (A), qui comporte néanmoins certaines limites (B).

A - La protection de principe du propriétaire.

Face aux revendications des occupants d'un bien immobilier, la jurisprudence judiciaire rappelle régulièrement la protection due par principe au droit de propriété, ainsi qu'en attestent les exemples suivants :

1 - Droit de propriété et convictions religieuses.

Les convictions religieuses des occupants d'un bien immobilier peuvent-elles faire naître des obligations spécifiques à la charge du propriétaire ?

La Cour de cassation a répondu par la négative le 18 décembre 2002⁴⁵², au visa notamment des articles 9-1 et 9-2 de la Convention, en jugeant que « *les pratiques édictées par les convictions religieuses du preneur n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail* ».

Cette orientation a été confirmée par un arrêt du 8 juin 2006⁴⁵³ qui énonce, dans une affaire où était invoquée la violation du même article 9 de la Convention, qu'« *ayant retenu à bon droit que la liberté religieuse, pour fondamentale qu'elle soit, ne pouvait avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété, une cour d'appel, qui a relevé qu'une cabane édifiée sur un balcon à l'occasion d'une fête juive faisait partie des ouvrages prohibés par ce règlement et portait atteinte à l'harmonie générale de l'immeuble, puisqu'elle était visible de la rue, en a exactement déduit que l'assemblée générale était fondée à mandater son syndic pour agir en justice en vue de son enlèvement* ».

451 CC, 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, n° 84-181 DC ; CC, 17 juillet 1985, *Loi relative à la définition et à la mise en oeuvre de principes d'aménagement*, n° 85-189 DC.

452 Cass., civ. 3^e, 18 décembre 2002, n° 01-00519.

453 Cass. civ. 3^e, 8 juin 2006, n° 05-14774.



2 - Droit de propriété et garanties prises par le bailleur.

Peut-on contester, au nom de la Convention, le droit pour le bailleur qui donne son bien à bail, d'exiger des garanties de paiement du loyer ?

Par un arrêt du 19 mars 2003⁴⁵⁴, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir jugé qu'« *il n'apparaissait pas anormal qu'un bailleur se constitue des sûretés de nature à garantir le paiement des loyers à proportion des risques de possibles difficultés en cas de défaillance des preneurs* ». Le fait que dans ce litige le preneur auquel il avait été imposé de fournir une caution ait été étranger non ressortissant d'un État membre de l'Union européenne n'a pas été tenu pour une discrimination prohibée au regard de l'article 14 de la Convention.

3 - Droit de propriété et âge du preneur.

L'article L. 411-64 du code rural et de la pêche maritime donne au bailleur le droit de mettre fin au bail en raison de l'âge de la retraite atteint par le preneur. Par arrêt du 22 mars 2006⁴⁵⁵, la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation, pour rejeter le pourvoi formé contre un arrêt d'appel ayant validé un congé délivré par le propriétaire des terres en raison de l'âge atteint par les preneurs, a jugé qu'« *ayant relevé que l'article L. 411-64 du code rural disposait que le renouvellement du bail pouvait être refusé lorsque le preneur avait atteint l'âge de la retraite retenu en matière d'assurance vieillesse des exploitants agricoles, et constaté que c'était le cas [des preneurs] à la date d'expiration du bail, la cour d'appel a, sans violer le principe du respect de la vie privée familiale garanti par l'article 8§1 de la Convention [...], exactement retenu pour déclarer valable le congé qu'il importait peu que [les preneurs] aient ou non liquidé leurs droits, la loi prévoyant uniquement une condition d'âge* ».

B - Les limites à l'exercice des droits du propriétaire.

La loi et la jurisprudence protègent les occupants des biens immobiliers contre certaines clauses contractuelles ou actions jugées illicites.

1 - Les clauses illicites.

Le bailleur ne peut interdire au locataire d'héberger ses proches.

Il ne peut justifier sa demande d'expulsion en se prévalant de la clause contractuelle d'occupation personnelle des lieux par le locataire, dès lors que celui-ci s'est borné à recevoir à son domicile certains de ses proches.

C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation, dans un arrêt de sa 3^{ème} chambre civile du 6 mars 1996⁴⁵⁶ : « *Les clauses d'un bail d'habitation ne [peuvent], en vertu de l'article 8§1 de la Convention [...], avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches* ».

Encore faut-il que les lieux loués restent occupés par le locataire.

454 Cass., civ. 3e, 19 mars 2003, n° 01-03730.

455 Cass., civ. 3e, 22 mars 2006, n° 05-12487.

456 Cass., civ. 3e, 6 mars 1996, n° 93-11113.



La 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation l'a précisé le 10 mars 2010⁴⁵⁷ en jugeant que « *la stipulation contractuelle interdisant le prêt des lieux loués à un tiers sans le consentement exprès et écrit du bailleur est licite ; elle ne fait pas obstacle, conformément aux dispositions de l'article 8§1 de la Convention [...], à ce que le preneur héberge un membre de sa famille mais prohibe qu'il mette les locaux à la disposition d'un tiers, quel qu'il soit, si lui-même ne les occupe plus effectivement* ».

Cette jurisprudence pose nécessairement la question du droit de contrôle du bailleur sur les conditions d'occupation des locaux ou sur les agissements éventuellement répréhensibles imputés aux occupants.

2 - Les actions illicites.

S'il est légitime que le bailleur puisse vérifier le respect des conditions essentielles du bail, encore faut-il que soient préservés les droits fondamentaux des occupants.

La Cour de cassation l'a rappelé, dans un litige où était demandée par le bailleur la résiliation d'un bail rural en raison d'agissements du preneur de nature à compromettre la bonne exploitation du fonds, en jugeant que « *c'est sans méconnaître le principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention [...] qu'une cour d'appel a pu écarter des débats les rapports d'expertise produits par le bailleur après avoir constaté que les opérations d'expertise s'étaient déroulées sur les lieux loués sans autorisation du preneur et alors qu'aucune autorisation judiciaire n'avait été sollicitée* »⁴⁵⁸.

II - Les rapports du propriétaire avec les tiers.

La confrontation des droits du propriétaire avec ceux des occupants du bien immobilier naît généralement de rapports volontairement instaurés par les parties.

Tel n'est pas le cas, lorsque les intérêts du propriétaire se heurtent, soit à ceux d'autres propriétaires voisins, soit à une réglementation, soit enfin aux exigences de l'intérêt public ou aux règles de la domanialité publique.

A - Droit de propriété et droits des voisins.

Par un arrêt du 23 octobre 2003, 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation a jugé que « *le droit de propriété, tel que défini par l'article 544 du code civil et protégé par l'article 1^{er} de la Convention [...], est limité par le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble de voisinage ; cette restriction ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit protégé par la Convention précitée* »⁴⁵⁹.

Le droit du voisin n'est cependant pas plus absolu que celui du propriétaire, ainsi que le montre, au regard des principes constitutionnels, une décision QPC du Conseil constitutionnel, rendue le 8 avril 2011⁴⁶⁰, qui a jugé conforme à la Constitution l'article L. 112-16 du code de la construction et de l'habitation interdisant à une

457 Cass., civ. 3e, 10 mars 2010, n° 09-10412.

458 Cass., civ. 3e, 10 mars 2010, n° 09-13082.

459 Cass., civ. 2e, 23 octobre 2003, n° 02-16303.

460 CC, 8 avril 2011, *M. Michel Z. et autre*, n° 2011-116 QPC.



personne s'estimant victime d'un trouble anormal de voisinage d'engager, sur ce fondement, la responsabilité de l'auteur des nuisances dues à une activité agricole, industrielle, artisanale, commerciale ou aéronautique lorsque cette activité, antérieure à l'installation du voisin, a été créée et se poursuit dans le respect des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur.

B - Droit de propriété et respect de la réglementation.

Le propriétaire d'un bien ne peut pas en faire usage librement, en s'affranchissant des contraintes imposées par une réglementation impérative.

La 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation⁴⁶¹ a ainsi jugé, pour justifier la décision d'un juge des référés, que « *l'installation de caravanes constituant l'habitat permanent du propriétaire du terrain d'assiette est soumise à déclaration préalable. Il s'ensuit qu'une telle installation, sans autorisation préalable, sur un terrain situé en zone non constructible du plan d'occupation des sols et en zone rouge du plan de prévention des risques d'inondation constitue un trouble manifestement illicite et que l'enlèvement des caravanes ne viole pas l'article 8 de la Convention [...]* ».

C - Droit de propriété et exigences de l'intérêt public : l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Si toute personne est tenue de subir les effets d'une expropriation prononcée pour cause d'utilité publique, la force particulière du droit de propriété justifie néanmoins l'octroi au propriétaire dépossédé, d'une part de prérogatives tendant à garantir l'équité de la procédure, d'autre part, d'un droit à l'indemnisation des préjudices subis.

1 - L'équité de la procédure d'expropriation.

C'est principalement par la possibilité de soumettre à un contrôle juridictionnel l'ensemble des actes de la procédure d'expropriation que le législateur a cherché à préserver les intérêts essentiels des propriétaires dépossédés.

Pour s'en tenir aux actes relevant du contrôle juridictionnel judiciaire, il a été jugé par la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation le 12 décembre 2001⁴⁶² que « *la procédure devant le juge de l'expropriation qui rend son ordonnance portant transfert de propriété d'immeubles ou de droits réels immobiliers désignés par un état parcellaire qu'il n'a pas le pouvoir de modifier, au visa d'une déclaration d'utilité publique et d'un arrêté de cessibilité pouvant faire l'objet de recours contradictoires devant la juridiction administrative, et qui se borne à constater, avant de prononcer l'expropriation, que le dossier que lui a transmis le préfet est constitué conformément aux prescriptions de l'article R. 12-1 du code de l'expropriation fait l'objet d'un contrôle ultérieur de la Cour de cassation présentant les garanties de l'article 6-1 de la Convention [...] ainsi que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789* »⁴⁶³.

461 Cass., civ. 3e, 3 mars 2010, n° 08-21911.

462 Cass., civ. 3°, 12 décembre 2001, n° 99-70145.

463 Dans le même sens : Cass., civ. 3°, 3 juillet 2007, n° 06-15398, qui ajoute la conformité de cette procédure à l'article 1^{er} du protocole additionnel à la Convention (V. *infra* p. 298).



2 - L'indemnisation des préjudices subis.

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'expropriation doit ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux des individus.

Il doit exister un « *rapport raisonnable de proportionnalité* » entre les moyens employés et le but visé par toute mesure privant un individu de sa propriété et celui-ci doit bénéficier d'une indemnisation « *raisonnablement en rapport avec la valeur du bien dont il a été privé* », même si des objectifs légitimes d'utilité publique peuvent militer pour « *un remboursement inférieur à la pleine valeur marchande* »⁴⁶⁴. Au regard de ces principes, la question s'est posée en France de la conformité à la Convention des dispositions de l'article L. 13-13 du code de l'expropriation, desquelles résulte l'exclusion de l'indemnisation du préjudice moral des expropriés.

Par une décision du 21 janvier 2011⁴⁶⁵, le Conseil constitutionnel a jugé « *qu'aucune exigence constitutionnelle n'impose que la collectivité expropriante, poursuivant un but d'utilité publique, soit tenue de réparer la douleur morale éprouvée par le propriétaire à raison de la perte des biens expropriés ; que, par suite, l'exclusion de la réparation du préjudice moral ne méconnaît pas la règle du caractère juste de l'indemnisation de l'expropriation pour cause d'utilité publique* ».

Saisie à nouveau de la même question, dans le cadre du pourvoi mettant en cause l'éventuelle contrariété de l'article L. 13-13 avec la Convention, la Cour de cassation a jugé que « *le trouble dans les conditions de vie directement causé par l'expropriation n'est indemnisable que lorsqu'il constitue un dommage matériel. Dès lors, c'est à bon droit et sans violer l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui n'exige qu'une indemnisation raisonnablement en rapport avec la valeur des biens expropriés, ni les articles 545 du code civil et 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'une cour d'appel, saisie d'une demande d'indemnisation du trouble moral causé aux expropriés par la perte forcée de leur bien fondée sur la durée vécue dans les lieux, l'âge de l'un d'entre eux et son état de santé, a retenu que ce préjudice n'était pas indemnisable* »⁴⁶⁶.

D - Droit de propriété et domaine public.

L'article L. 5112-3 du code général de la propriété des personnes publiques a instauré une procédure de vérification des titres de propriété revendiqués, dans les départements de la Guadeloupe et de la Martinique, par des personnes privées possédant des terrains situés sur le domaine de la zone des 50 pas géométriques⁴⁶⁷.

464 Voir CEDH, 4 novembre 2010, *Dervaux c. France*, n° 40975/07 et spécialement le n° 49 qui rappelle la jurisprudence antérieure de la Cour sur ces questions.

465 CC, 21 janvier 2011, *M. Jacques S.*, n° 2010-87 QPC.

466 Cass., civ. 3^e, 16 mars 2011, n° 09-69544.

467 Le code général de la propriété des personnes publiques dispose que la réserve domaniale dite des cinquante pas géométriques est constituée par une bande de terrain délimitée dans les départements de la Réunion, de la Guadeloupe et de la Martinique. En l'absence de délimitation explicite, elle présente une largeur de 81,20 mètres comptée à partir de la limite du rivage de la mer tel qu'il a été délimité en application de la législation et de la réglementation en vigueur à la date de cette délimitation.



Selon une jurisprudence constante, ce texte a été interprété comme permettant uniquement la validation des titres émanant de l'État.

Par une décision QPC *M. Jean-Louis L.* du 4 février 2011⁴⁶⁸, le Conseil constitutionnel a jugé le texte, ainsi interprété, conforme à la Constitution.

Sous l'angle de la conventionnalité, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a jugé le 4 mai 2011 que « *le refus, dans le cadre de la procédure juridictionnelle mise en place par l'article [...] L. 5112-3 du code général de la propriété des personnes publiques, de la validation d'un titre portant sur une parcelle de la zone domaniale des cinquante pas géométriques au motif que ce titre émane d'une personne privée et n'établit pas que l'État ait entendu soustraire le bien de son domaine public, ne caractérise pas une privation du bien au sens de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention [...], mais relève d'une réglementation, justifiée par l'intérêt général, de l'usage des biens du domaine public maritime de l'État, n'entraîne pas une discrimination illicite et ne traduit pas une ingérence prohibée dans la vie privée et familiale* »⁴⁶⁹.

Au-delà des applications ci-dessus analysées des stipulations conventionnelles européennes dans le domaine de la propriété immobilière, l'examen de la jurisprudence judiciaire révèle de multiples autres références faites par les arrêts de la Cour de cassation à des principes issus de ces textes.

Par exemple, la chambre sociale a jugé le 24 novembre 2010 que « *caractérise un bien, au sens de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention [...], l'intérêt patrimonial qui constitue une « espérance légitime » de pouvoir obtenir le paiement des rappels de salaires pour les compléments différentiels de salaire prévus par un accord collectif en vue d'assurer aux salariés la garantie du maintien de leur rémunération mensuelle en vigueur à la date de la réduction collective du temps de travail* »⁴⁷⁰.

Mais la règle légale prévoyant une prescription quinquennale des actions en justice relatives à des créances de nature salariale n'est pas contraire au protocole susvisé⁴⁷¹.

En droit de la sécurité sociale, il a été jugé⁴⁷² qu'« *il résulte de l'article 14 de la Convention [...], tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, que, d'une part, dès lors qu'un État contractant met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale, que l'octroi de celle-ci dépende ou non du versement préalable des cotisations, cette législation engendre un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1, d'autre part, qu'une différence de traitement entre hommes et femmes ayant élevé des enfants dans les mêmes circonstances ne peut être admise qu'en présence d'une justification objective et raisonnable* »⁴⁷³.

468 CC, 4 février 2011, *M. Jean-Louis L.*, n° 2010-96 QPC.

469 Cass, civ. 3^e, 4 mai 2011, n° 09-70161.

470 Cass., soc., 24 novembre 2010, n° 08-44181.

471 Cass., soc., 12 janvier 2011, n° 09-69348.

472 Cass., civ. 2e, 19 février 2009, n° 07-20668.

473 Incompatibilité avec les textes cités de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale qui réserve aux femmes le bénéfice d'une majoration de carrière pour avoir élevé un ou plusieurs enfants.



Mais « *en subordonnant le service des prestations à la résidence du bénéficiaire sur le territoire national, les dispositions de l'article L. 332-3 du code de la sécurité sociale n'introduisent aucune atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale, incompatible avec les stipulations combinées des articles 8 et 14 de la Convention [...], ni aucune discrimination dans le respect du droit aux biens, incompatible avec les stipulations de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 de ladite Convention* »⁴⁷⁴.

Pour la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, « *il résulte de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel de la Convention [...] que si une personne peut être privée d'un droit de créance en réparation d'une action en responsabilité, c'est à la condition que soit respecté un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens* ».⁴⁷⁵

Pour la même chambre, c'est « *sans violer l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 de la Convention [...] qu'une cour d'appel retient que la rupture du mariage créera dans les conditions de vie respectives des époux une disparité au détriment de l'épouse justifiant de lui allouer une prestation compensatoire par l'attribution en pleine propriété du bien immobilier constituant le domicile conjugal, en partie composé par un propre appartenant au mari* ».⁴⁷⁶

En droit des affaires, a été jugée incompatible avec les stipulations de la Convention et de son protocole additionnel n° 1, comme portant atteinte au droit au respect des biens, l'interdiction faite à des sociétés étrangères d'agir en justice en France : « *Toute personne morale, quelle que soit sa nationalité, a droit au respect de ses biens et à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial* »⁴⁷⁷.

En revanche, en droit fiscal, les règles définissant le champ d'application de l'impôt de solidarité sur la fortune ménageant « *un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la protection des droits des contribuables* ».⁴⁷⁸

De même, en matière de procédure collective, l'incessibilité des actions détenues par les dirigeants sociaux édictée par l'article L. 621-59 du code de commerce, ou les dispositions fixant un bref délai de revendication des meubles ne sont pas non plus contraires aux règles de la Convention ou de son protocole additionnel n°1⁴⁷⁹.

De même encore, en droit des marchés financiers, « *l'obligation faite aux actionnaires minoritaires de céder leurs actions en cas d'offre publique de retrait suivie d'un retrait obligatoire, découle de la législation régissant les marchés financiers. Le transfert de propriété ainsi opéré, moyennant une indemnisation juste et équitable du retrayant par l'initiateur de l'offre, sous le contrôle de l'autorité de marché, un recours étant par ailleurs ouvert à l'actionnaire minoritaire, satisfait à l'intérêt général du bon fonctionnement de ce marché, sans qu'il y ait à justifier au cas par cas in concreto de l'utilité publique de l'opération* », le retrait obligatoire

474 Cass., civ. 2e, 28 avril 2011, n° 10-18598.

475 Cass., civ.1re, 8 juillet 2008, n° 07-12159.

476 Cass., civ. 1re, 31 mars 2010, n° 09-13811, BICC n°730 du 1er novembre 2010.

477 Cass., com., 8 juillet 2003, n° 00-21591.

478 Cass., com., 26 octobre 2010, n°09-15044.

479 Cass., com., 12 juillet 2005, n° 03-14045 ; Com., 8 mars 1994, n° 92-14394.



n'étant pas ainsi contraire au 1^{er} protocole additionnel à la Convention⁴⁸⁰.

Sans prétendre à l'exhaustivité, ces arrêts, sélectionnés dans les domaines les plus divers, présentent tous le dénominateur commun d'une référence, directe ou implicite, à la nécessaire protection des biens ou autres intérêts patrimoniaux des personnes. Ils montrent par là-même l'apport essentiel de la jurisprudence à la reconnaissance des principes du droit européen, dont les juges nationaux doivent être les premiers gardiens.

Intervention de Gilles Bachelier

*Président de la 8^{ème} sous-section
de la section du contentieux du Conseil d'État*

Jusqu'à une date récente, le droit européen de la propriété, matérialisé par l'article 1 du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, était en France le vecteur unique auquel les justiciables pouvaient recourir en présence d'une loi pour faire valoir devant le juge administratif leurs droits quant au respect dû à leurs biens.

Il n'est plus le seul depuis le 1^{er} mars 2010, date d'entrée en vigueur de la réforme constitutionnelle leur offrant la possibilité de présenter une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) afin que soit appréciée par le Conseil constitutionnel la constitutionnalité de dispositions législatives applicables parfois depuis fort longtemps. La propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et, comme le rappelle par une formule synthétique, la décision QPC *M. Pierre B.* du 12 novembre 2010⁴⁸¹, le Conseil constitutionnel distingue la privation du droit de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration et l'atteinte aux conditions d'exercice de ce droit, qui s'apprécie au regard de la protection reconnue par son article 2. Dans le premier cas, la privation ne peut intervenir que « *lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». Dans le second cas, le Conseil constitutionnel examine si les limites apportées à l'exercice du droit de propriété sont « *justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi* ».

Ainsi, le Conseil d'État a eu récemment à connaître de questions prioritaires de constitutionnalité sur ce thème et il a décidé soit de ne pas transmettre la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil Constitutionnel⁴⁸² soit de la transmettre⁴⁸³.

480 Cass., com., 17 juillet 2001, n° 98-20188.

481 CC, 12 novembre 2010, *M. Pierre B.*, n° 2010-60 QPC.

482 Par ex. : CE, 16 juillet 2010, *SCI La Saulnaie*, n°334665 pour l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme relatif à la non indemnisation des servitudes d'urbanisme.

483 Par ex. : CE, 9 juillet 2010, *M. et Mme Anastasio*, n° 338977 pour L. 318-3 du code de l'urbanisme relatif au transfert d'office sans indemnité dans le domaine public de la commune de la propriété de voies privées ou CE, 28 janvier 2011, *M. Lucien Mongaboure*, n° 330481 pour le régime des biens des sections de commune.



Pour en revenir plus précisément au thème de cette soirée, le droit européen de la propriété exerce une influence au regard de l'élaboration de la norme et, dans cette aile du Palais Royal ou dans cette salle de l'Assemblée générale, les projets de textes soumis à l'examen des sections administratives et de l'Assemblée générale du Conseil d'État sont passés au crible, non seulement de leur constitutionnalité mais aussi de leur conformité à l'article 1 du protocole n° 1.

Mais c'est exclusivement sous l'angle de l'influence du droit européen de la propriété sur le droit interne appliqué par le juge administratif que je souhaiterai aborder la problématique qui nous réunit.

A cet égard, deux observations préalables s'imposent.

D'une part, le juge administratif statue sur les litiges qui lui sont soumis au vu de l'argumentation des parties sous la réserve des moyens d'ordre public. A cet égard et conformément à une jurisprudence bien établie depuis la décision de section *Société Morgane* du 11 janvier 1991⁴⁸⁴, décision rendue dans le cadre d'un litige posant une question au regard du droit de l'union européenne, le juge administratif ne soulève pas d'office la question de l'incompatibilité de dispositions législatives avec des stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et donc de l'article 1 du protocole n° 1⁴⁸⁵. Il n'y a point là la traduction d'une quelconque méfiance qui serait supposée à l'égard du droit conventionnel. Le juge ne soulève pas davantage d'office l'illégalité au regard de la loi d'un texte réglementaire pris pour l'application de cette loi⁴⁸⁶.

D'autre part, la question de l'autorité des arrêts de la Cour de Strasbourg s'apprécie au regard des stipulations de la Convention européenne. Il est clair qu'en ce qu'il se prononce sur le litige qui lui a été soumis, l'arrêt a un effet relatif⁴⁸⁷.

La thèse de l'autorité de la chose interprétée de ces arrêts, qui a pu être soutenue par une partie de la doctrine⁴⁸⁸ se heurte à des objections très fortes, mentionnées par le président Genevois dans ses conclusions⁴⁸⁹ sur la décision d'Assemblée *Subrini* du 11 juillet 1984⁴⁹⁰.

En effet dans le silence des textes, l'interprétation d'une règle de droit donnée par une juridiction n'a qu'un effet relatif et cette règle qui vaut tant en droit interne qu'en droit international public est applicable en l'absence de stipulations contraires de la Convention. En outre, la notion d'autorité de la chose interprétée dégagée par le professeur Boulouis pour apprécier la portée des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne rendus sur question préjudicielle n'est pas transposable car la Cour de

484 CE, Sect., 11 janvier 1991, *Société Morgane*, n° 90995.

485 CE, 13 décembre 2002, *Mme Benahmed*, n° 237275 aux tables.

486 CE, 1^{er} décembre 2004, *Société France Télécom Transpac*, n° 250344.

487 CEDH, 14 novembre 1960, *Lawless c. Irlande*, n° 332/57.

488 Cf. notamment Ganshof Van Der Meersch, *La garantie des droits de l'homme et la Cour européenne de Strasbourg* : *Journal des Tribunaux*, 1982, p.102 ; Jacques Velu : *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme in* Introduire un recours à Strasbourg ?, *Droit et justice Nemesis*, 1986, p.186 et la thèse de Joël Andriantsimbazovina).

489 Conclusions de B. Genevois publiées au Dalloz, 1985, p.150.

490 CE, Ass., 11 juillet 1984, *Subrini*, n° 41744.



Strasbourg ne statue jamais, à la différence de celle de Luxembourg, à titre préjudiciel de sorte que ses arrêts ne peuvent être regardés comme revêtus de cette autorité.

Ces points étant précisés, il va de soi que lorsque le juge administratif fait application des stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme, il tient le plus grand compte, comme on va le voir, de l'interprétation qu'en a donnée la Cour européenne dans le dernier état de sa jurisprudence. Cela participe évidemment du dialogue des juges.

Le droit européen de la propriété tel qu'exprimé par l'article 1 du protocole n° 1 contient, au vu de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, clairement établie depuis son arrêt de principe *Sporrong et Lönnroth* du 23 septembre 1982⁴⁹¹, trois normes distinctes mais liées entre elles : le principe général du respect de la propriété et deux hypothèses particulières qui le déclinent, la privation de propriété et la réglementation de l'usage des biens.

Comme l'explique Jean-Pierre Marguénaud, dans l'ouvrage collectif « *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* », l'arrêt de 1982 constitue une « révolution théorique » en « transformant le second alinéa de l'article 1 du protocole n° 1 en instrument de protection du propriétaire alors qu'il était initialement destiné à sauvegarder les prérogatives de l'État »⁴⁹².

L'influence du droit européen de la propriété sur le droit national appliqué par le juge administratif peut se mesurer à un double titre : d'une part, ce droit conduit le juge administratif au maniement de concepts qui ne lui étaient pas initialement familiers et, d'autre part, il façonne à des degrés divers la jurisprudence.

I. Le droit européen de la propriété conduit le juge administratif au maniement de concepts qui initialement ne lui étaient pas familiers.

Cette affirmation peut être illustrée par le projecteur mis sur deux notions fortes utilisées par la Cour de Strasbourg : la notion d'espérance légitime prise en compte par le juge administratif pour la détermination du champ d'application de l'article 1 du protocole n° 1 et la notion de proportionnalité dans le cadre des limitations au droit de propriété, cette notion lui étant toutefois bien plus familière.

A- La notion d'espérance légitime a été intégrée par le juge administratif pour l'application de l'article 1 du protocole n° 1

Au préalable, il y a lieu de relever que le principe nécessaire, posé par la Cour de Strasbourg, de l'autonomie par rapport aux droits des États, de la notion de bien, au sens de l'article 1 du protocole n° 1, a conduit la Cour européenne des droits de l'homme à inclure dans son champ d'application des biens pour lesquels le juge administratif, qui se livre sur la question de l'existence d'un bien au sens de cet article à une appréciation *in concreto* comme l'illustre la décision *Mme M'Rida* du 13 mai 2011⁴⁹³ rendue par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État, n'a guère eu de mal à leur reconnaître

491 CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, n° 7151/75 et 7152/75.

492 Pour une illustration de cette revitalisation du second alinéa : CEDH, 23 avril 1996, *Phocas c. France*, n° 17869/91 ; CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou c. France*, n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95.

493 CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, n° 316734.



le même caractère. Ainsi en est-il pour des droits à caractère incorporel tels qu'une clientèle⁴⁹⁴ ou pour le droit de présentation des commissaires priseurs⁴⁹⁵.

De même, les créances constituées bénéficient de la qualification de « bien » et il en va ainsi par exemple pour des intérêts moratoires contractuels dans le cadre des marchés publics⁴⁹⁶.

Le Conseil d'État a également reconnu le caractère de « bien » à des droits patrimoniaux tels que, en phase avec la Cour de Strasbourg, des prestations sociales comme les allocations familiales⁴⁹⁷ et il a donné toute la portée de l'article 1 du protocole n° 1 en matière de pensions⁴⁹⁸ ou de droit à pension de réversion⁴⁹⁹.

En revanche, les stipulations de l'article 1 du protocole n°1 ne peuvent être utilement invoquées dans un litige relatif à la répartition des ressources financières publiques entre personnes publiques compensant une perte de recettes fiscales⁵⁰⁰ quels que soient ses éventuels effets patrimoniaux⁵⁰¹ mais il en va différemment si la personne publique agit en qualité de contribuable⁵⁰².

On retrouve une telle approche du caractère horizontal de l'article 1 du protocole n° 1, combiné avec l'article 14 de la Convention, à propos des rapports institués entre la puissance publique et un contribuable à l'occasion de l'établissement et du recouvrement de l'impôt dans la décision d'Assemblée *Société anonyme financière Labeyrie* du 12 avril 2002⁵⁰³ à propos de la différence de taux qui existait entre, d'une part, l'intérêt de retard institué par l'article 1727 du code général des impôts en cas de retard de paiement et, d'autre part, les intérêts moratoires mentionnés aux articles L. 207 et L. 208 du livre des procédures fiscales et alloués aux contribuables.

D'une certaine façon ces décisions prennent en compte le « *processus de dilatation* » de l'article 1 du protocole n° 1 selon l'expression de Luigi Condorelli⁵⁰⁴, processus qui s'explique à la fois par la volonté de la Cour d'accorder une protection accrue et élargie aux biens des particuliers démunis face aux ingérences de la puissance publique et par la méthode d'interprétation évolutive dont la Convention doit faire l'objet selon la Cour, qui entend donner leur sens aux notions qui y figurent en fonction de l'évolution des situations sociales qui se présentent à elle.

Ces précisions étant apportées, le caractère de « bien » retenu par la Cour de Strasbourg à l'espérance légitime d'obtenir la reconnaissance d'un droit patrimonial,

494 CE, 28 juin 2004, *Bessis*, n° 251897.

495 CE, 19 novembre 2004, *Sarget* n° 262298.

496 CE, 5 juillet 2004, *Société Sud parisienne de construction*, n° 236840.

497 CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, n° 194658.

498 CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la défense c/ Diop* n° 212179 et 212211.

499 CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, n° 316734.

500 Il s'agissait d'un litige entre une collectivité locale et l'État relatif au calcul d'une dotation de compensation de la taxe professionnelle.

501 CE, Sect., 29 janvier 2003, *Commune de Champagne-sur-Seine*, n° 248894.

502 CE, 3 septembre 2008, *Ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer c/ Aéroport de Bâle-Mulhouse*, n° 304375 mentionnée aux tables.

503 CE, Ass., 12 avril 2002, *Société anonyme financière Labeyrie*, n° 239693.

504 Premier protocole additionnel, Article 1^{er} in « *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article* », sous la direction de L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, Economica.



notamment le remboursement d'une somme d'argent, même s'il ne s'agit pas d'un droit ou d'une créance constituée, nécessitait pour le juge administratif un effort plus important puisque le concept d'espérance légitime est directement inspiré de la notion de protection de la confiance légitime, issue du droit allemand.

C'est cette notion qui, comme le relèvent avec pertinence le professeur Sudre ouvre la voie du contrôle de la compatibilité des lois de validation avec l'article 1 du protocole n° 1. Le Conseil d'État a, par l'avis contentieux d'Assemblée *Provin* du 27 mai 2005⁵⁰⁵, précisé que si les stipulations de cet article ne font en principe pas obstacle à ce que le législateur adopte de nouvelles dispositions remettant en cause, fût-ce de manière rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, un juste équilibre entre l'atteinte portée à ces droits et les motifs d'intérêt général susceptibles de la justifier devait être ménagé.

A cet égard, il faut bien convenir qu'il existe une divergence d'appréciation entre le Conseil d'État et la Cour européenne des droits de l'homme sur la compatibilité de mesures nationales rétroactives avec l'article 1 du protocole n° 1. Dans cet avis, le Conseil d'État a interprété l'article 1 du protocole n° 1 comme n'exigeant pas qu'une loi rétroactive entrant dans son champ d'application poursuive d'« *impérieux motifs d'intérêt général* ». Il a jugé que seuls des motifs d'intérêt général « *suffisants* » sont alors requis, la nécessité d'un caractère impérieux du motif découlant seulement des stipulations de l'article 6- 1 de la Convention.

Comme on le sait, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a pris l'exact contre-pied de cette analyse en exigeant, y compris dans l'application de l'article 1 du protocole n° 1, d'impérieux motifs d'intérêt général pour admettre la conventionnalité d'une atteinte rétroactive à un bien protégé par ses stipulations⁵⁰⁶. La Cour de cassation s'est prononcée dans le même sens⁵⁰⁷. Il n'y a pas là qu'une simple différence de terminologie, comme on pourrait le soutenir si l'on voulait minimiser cette divergence. Il y a une différence de degré qui n'est pas sans incidence sur le régime des lois de validation qui peuvent se trouver justifier par des motifs d'intérêt général suffisants alors qu'il serait le cas échéant plus difficile d'identifier au vu des travaux préparatoires l'existence d'un impérieux motif d'intérêt général.

Pour l'application de la notion d'espérance légitime, la matière fiscale est riche d'enseignements notamment au regard des lois de validation. Le Conseil d'État a ainsi reconnu en phase avec le juge de Strasbourg⁵⁰⁸ que l'espérance légitime d'obtenir la restitution d'une somme d'argent devait être regardée comme un bien au sens de ces stipulations.

Mais encore faut-il qu'il y ait une telle espérance. Il a été jugé⁵⁰⁹ que tel n'est pas le cas pour la validation législative d'une jurisprudence ancienne et constante intervenue immédiatement (6 mois) après sa remise en cause par une décision

505 CE, Ass., avis, 27 mai 2005, *Provin*, n° 277975.

506 CEDH, 14 février 2006, *Lecarpentier c. France*, n° 67847/01, § 47-49.

507 Cass., soc., 28 mars 2006, n° 04-16.558.

508 CEDH, 16 avril 2002, *SA Dangeville c. France*, n° 36677/97 sur le remboursement de sommes versées au titre de la TVA en application d'une réglementation nationale reconnue contraire au droit communautaire).

509 CE, 19 novembre 2008, *Société Getecom*, n° 292948.



juridictionnelle relative à la théorie de l'intangibilité du bilan d'ouverture d'un exercice non prescrit⁵¹⁰.

Un second exemple où l'espérance légitime n'a pas été retenue mérite d'être mentionné et concerne le cas où le législateur a mis fin pour l'avenir à un régime fiscal, en l'espèce, le remboursement d'un crédit d'impôt. Dans cette affaire, l'administration soutenait en défense que le législateur n'avait pas porté une atteinte disproportionnée aux droits du contribuable. La décision se fonde sur l'absence de toute espérance légitime et se situe donc en amont pour estimer que l'article 1 du protocole n° 1 n'avait pas été violé puisque le législateur ne privait pas ce contribuable de l'espérance légitime de bénéficier de la restitution d'une somme d'argent⁵¹¹.

Une application positive de cette notion a été faite par le Conseil d'État à propos de la mise en œuvre du dispositif d'étalement sur plusieurs années de la charge de remboursement de la créance sur le Trésor public née de la suppression de la règle du décalage d'un mois en matière de TVA, non en raison du mécanisme lui-même mais parce que pour certaines années le taux d'intérêt retenu par le ministre chargé du budget en rémunération de cette créance aboutissait à une dépréciation de celles-ci en termes réels. Il faut dire que ce taux, après avoir été fixé en 1993 à 4,5 %, avait été fixé à 1 % et 0,1 % pour les intérêts échus à compter du 1^{er} janvier 1994 et du 1^{er} janvier 1995⁵¹².

B. La notion de proportionnalité est plus familière pour le juge administratif dans le cadre des limitations au droit de propriété.

La jurisprudence de la Cour de Strasbourg résultant de l'arrêt *Sporrong et Lönnroth*⁵¹³ impose une exigence générale de proportionnalité en matière de limitations au droit de propriété : un juste équilibre doit ainsi être trouvé entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde de l'intérêt individuel. Cet équilibre est rompu si la personne a subi une charge spéciale et exorbitante.

Cette notion retenue par la Cour européenne des droits de l'homme est moins étrangère aux concepts maniés habituellement par le juge administratif puisqu'il s'agit de faire une balance des intérêts en cause, ce qui fait écho naturellement à la théorie du bilan mise en œuvre en matière de déclaration d'utilité publique⁵¹⁴ et qui se rencontre dans d'autres domaines que ce soit pour l'application d'autres stipulations de la Convention européenne, comme par exemple l'article 8 concernant le droit de mener une vie privée et familiale normale, ou en matière de référés.

La notion de proportionnalité se retrouve ainsi particulièrement en matière d'expropriation, de préemption ou de domanialité publique dans un contexte de confrontation accrue du droit interne aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme.

510 CE, Ass., 7 juillet 2004, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie. c/ SARL Ghesquière Equipement*, n° 230169.

511 CE, 2 juin 2010, *Fondation de France*, n° 318014.

512 CE, 31 juillet 2009, *Sté Ulysse SAS*, n° 316525.

513 CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, n° 7151/75 et 7152/75.

514 CE, 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville nouvelle Est"*, Rec. Lebon p. 409.



Ainsi en est-il de la portée de la jurisprudence issue de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 2 juillet 2002 *Motais de Narbonne c. France*⁵¹⁵ relatif à une expropriation pour réserve foncière en vue de la construction d'habitat social, qui n'avait donné lieu, dix-neuf ans plus tard, à aucun début de réalisation alors même que la valeur du terrain exproprié avait, dans l'intervalle, notablement augmenté. Selon cet arrêt, l'article 1 du protocole n° 1 oblige « *les États contractants à prémunir les individus contre le risque d'un usage de la technique des réserves foncières autorisant ce qui pourrait être perçu comme une forme de spéculation foncière à leur détriment* ».

Le juge administratif ne peut rester indifférent au paramètre nouveau que constitue cette jurisprudence. Dans l'équilibre à trouver entre l'intérêt général de la communauté et le droit au respect des biens, elle incite à exercer un contrôle plus vigilant sur le suivi de l'immeuble préempté en vue de dissuader les collectivités de conserver les biens sur une durée trop longue sans leur donner d'affectation, ce qui ouvre une nouvelle piste avec ce contrôle « *de la troisième génération* » pour reprendre l'heureuse expression de MM. Hostiou et Struillou dans leur ouvrage sur l'expropriation et la préemption.⁵¹⁶ La doctrine s'interroge ainsi sur le renforcement du contrôle du juge tant en matière d'expropriation dans le cadre du bilan effectué par le juge pour le contrôle de l'utilité publique que dans celui effectué en aval de la réalité de l'intention communale en matière de réserve foncière.

A cet égard, on peut mentionner la décision *Lévy* du 10 mars 2010⁵¹⁷. Dans cette affaire le vendeur dont les biens avaient été préemptés par la personne publique demandait, sur le fondement de l'article 1 du protocole n° 1, une indemnisation du préjudice allégué du fait de l'écart entre le prix très avantageux auquel ces biens auraient pu être vendus et leur prix d'acquisition par cette personne publique. Le Conseil d'État relève d'abord que le prix initialement proposé par l'acquéreur évincé n'était pas en rapport avec la valeur vénale des terrains et que cet acquéreur n'aurait, en conséquence et dans les circonstances particulières de cette vente, pas nécessairement maintenu son offre d'acquisition de sorte que les décisions de préemption litigieuses n'avaient pas fait peser sur la vente une charge disproportionnée de nature à caractériser une méconnaissance des stipulations de l'article 1 du protocole n° 1. Par ailleurs, le Conseil d'État a estimé que si l'atteinte au droit de propriété du vendeur en cas de préemption légale sans réalisation d'équipements publics sur la parcelle préemptée est caractérisée par la privation d'une indemnisation raisonnablement en rapport avec la valeur des biens ou d'une espérance légitime d'une cession de ces biens à un prix plus favorable, l'éventualité de la prise de valeur du terrain postérieurement à la préemption est sans incidence sur l'appréciation de l'atteinte portée au droit de propriété du propriétaire initial protégé par l'article 1 du protocole n° 1.

Cette notion de proportionnalité est susceptible de se retrouver aussi dans le contentieux domanial. On sait que saisi d'une contravention de grande voirie pour un bien situé sur le domaine public maritime naturel, transmis de génération

515 CEDH, 2 juillet 2002, *Motais de Narbonne c. France*, n° 48161/99.

516 R. Hostiou et J.-F. Struillou, *Expropriation et préemption*, LexisNexis, coll. Litec Professionnels - Urbanisme et construction.

517 CE, 10 mars 2010, *Lévy*, n° 323081.



en génération à des personnes privées ayant bénéficié pendant près de 90 ans d'autorisations d'occupation domaniales, le Conseil d'État a fait droit à l'action domaniale et ordonné la démolition de ce bien sans indemnité après avoir écarté un moyen fondé sur l'article 1 du protocole n° 1 au motif que l'obligation de remise en l'état, sans indemnisation préalable, d'une dépendance du domaine public, dans la mesure où nul ne peut se prévaloir d'aucun droit réel sur une telle dépendance, ne constitue pas une mesure prohibée par cet article⁵¹⁸.

Comme l'a indiqué le président Spielmann, ces litiges ont été portés devant la Cour européenne des droits de l'homme dont l'arrêt du 29 mars 2010⁵¹⁹ retient toute l'attention en ce que, au final, il admet que, compte tenu des données de l'espèce, les intéressés n'avaient pas subi une charge spéciale et exorbitante en raison de la démolition de leur maison sans indemnisation et que donc l'exigence de remise en état des lieux était un moyen proportionné au but poursuivi. Pour aboutir à cette réponse la Cour admet que le régime juridique du domaine public correspond à la réglementation de l'usage des biens dans un but d'intérêt général mais on relèvera qu'elle se fonde aussi sur un ensemble de considérations qui s'attachent à la protection de l'environnement et en particulier à la protection du littoral, précision étant donnée que cette argumentation n'avait nullement été soumise au juge national.

L'influence du droit européen de la propriété dépasse le stade des concepts et il est caractéristique de voir que, dans le cadre du dialogue des juges, elle façonne dans une certaine mesure la jurisprudence et ses évolutions.

II. Le droit européen de la propriété façonne à des degrés divers la jurisprudence.

L'influence de ce droit est d'une intensité variable. En effet et sans vouloir prétendre à l'exhaustivité, on peut, de manière schématique, affirmer que cette influence se décline en trois rubriques.

Elle a pu conduire le Conseil d'État, en premier lieu, à abandonner une jurisprudence clairement établie, en deuxième lieu à affiner le raisonnement juridique pour que puissent être regardées comme conventionnelles des dispositions de droit interne, en troisième lieu à intégrer la problématique du droit européen alors même que les stipulations de l'article 1 du protocole n° 1 seules ou de l'article 14 combinées avec l'article 1 du protocole n° 1 ne seraient pas invoquées.

A. Le droit européen de la propriété a conduit le juge administratif à revoir et abandonner sa jurisprudence antérieure.

Trois exemples, parmi d'autres pris dans différents secteurs permettent d'illustrer cette affirmation.

Le premier exemple porte sur la loi Verdeille du 10 juillet 1964 relative aux associations communales de chasse agréées⁵²⁰.

⁵¹⁸ CE, 6 mars 2002, *Mme Triboulet, Mme Brosset-Pospisil*, n° 217646 et *M. Depalle*, n° 217647.

⁵¹⁹ CEDH 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, n° 34078/02.

⁵²⁰ Loi n°64-696 du 10 juillet 1964 dite Verdeille relative à l'élaboration des associations communales et intercommunales de chasse agréées.



Les dispositions de cette loi avaient pour effet d'obliger les propriétaires à faire apport de leurs terrains à l'association communale de chasse agréée dès lors que la superficie de ces terrains était inférieure à certains seuils. Ils étaient tenus de laisser les tiers, du seul fait de leur qualité de membres de l'association communale, pratiquer librement la chasse sur leur propriété, y compris dans le cas où ils ne sont pas eux-mêmes chasseurs ou même étaient hostiles à la chasse.

Le Conseil d'État avait estimé que cette loi ne méconnaissait pas l'article 1 du protocole n° 1 au motif que la circonstance que des terres d'un propriétaire avaient été incluses dans le périmètre d'une association communale de chasse agréée et que les titulaires du droit de chasse pouvaient y venir pratiquer cette activité ne privait pas l'intéressé de sa propriété, mais apportait seulement des limitations à son droit d'usage conformément aux règles édictées par la loi, lesquelles n'étaient pas disproportionnées par rapport à l'objectif d'intérêt général poursuivi⁵²¹.

Mais à la suite de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 29 avril 1999 *Chassagnou et autres c. France*⁵²², le Conseil d'État a abandonné sa jurisprudence et estimé que l'obligation faite aux propriétaires d'apporter leur terrain à l'association communale de chasse agréée méconnaissait les stipulations de l'article 1 du protocole n° 1⁵²³. En effet et d'une part, il résultait de cette loi une atteinte importante, répétée et avérée au droit de propriété. D'autre part, même si cette loi avait pour but de favoriser la pratique de la chasse tout en assurant une bonne organisation du contrôle des espèces, d'autres moyens pouvaient permettre de parvenir à la réalisation de ces objectifs sans qu'il soit porté une atteinte aussi grande au droit de propriété.

Le régime issu de la loi du 26 juillet 2000⁵²⁴ qui ouvre la possibilité de retrait des associations de chasse agréées a été regardé comme ne méconnaissant pas l'article 1 du protocole n° 1⁵²⁵.

Le deuxième exemple porte sur la loi du 4 mars 2002⁵²⁶.

L'Assemblée du contentieux du Conseil d'État avait estimé le 6 décembre 2002 dans un avis contentieux *Draon*⁵²⁷ que le régime de responsabilité pour faute institué par le I de l'article 1^{er} de la loi, dite anti-Perruche, du 4 mars 2002, décidé par le législateur pour des motifs d'intérêt général tenant à des raisons d'ordre éthique, à la bonne organisation du système de santé et au traitement équitable de l'ensemble des personnes handicapées, n'était pas incompatible avec les stipulations de l'article 1 du protocole n° 1 et que les dispositions nouvelles de cette loi pouvaient être appliquées aux situations apparues antérieurement à l'adoption de la loi et aux instances en cours, à l'exception des décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée.

521 CE, 22 février 1995, *Mme Godard*, n° 120407 aux tables.

522 CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95.

523 CE, 27 octobre 2000, *Mme Vignon*, n° 172639.

524 Loi n° 2000-698 du 26 juillet 2000 relative à la chasse.

525 CE, 9 novembre 2007, *Mme Lasgrezas et Association pour la protection des animaux sauvages*, n° 296858 au recueil.

526 Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

527 CE, Ass., avis, 6 décembre 2002, *Draon*, n° 250167 au recueil.



Mais comme on le sait, par deux arrêts du 6 octobre 2005 *Draon c. France et Maurice c. France*⁵²⁸, la Cour de Strasbourg a jugé que cette loi avait privé les requérants de la possibilité d'être indemnisés à raison des « *charges particulières* » en application de la décision de section du 14 février 1997 *Centre hospitalier régional de Nice*, plus connue sous le nom de *Quarez*⁵²⁹.

Le Conseil d'État avait en effet reconnu dans cet arrêt que l'État et les personnes de droit public étaient soumis au droit commun de la responsabilité pour faute. Cette jurisprudence était stable et constamment appliquée par les juridictions administratives, les requérants pouvaient donc légitimement espérer en bénéficier.

La Cour européenne des droits de l'homme a estimé en l'espèce, que dans la mesure où la loi contestée concernait les instances engagées avant le 7 mars 2002 et pendantes à cette date, telles que celles des requérants, cette ingérence s'analysait en une privation de propriété. Elle a considéré que la loi, en annulant les effets de la jurisprudence *Quarez* pour les instances en cours, avait appliqué un régime nouveau de responsabilité à des faits dommageables antérieurs à son entrée en vigueur et ayant donné lieu à des instances toujours pendantes à cette date, produisant ainsi un effet rétroactif. Le législateur avait ainsi privé les requérants d'une « *valeur patrimoniale* » préexistante et faisant partie de leurs « *biens* », à savoir une créance en réparation établie dont ils pouvaient légitimement espérer voir déterminer le montant. La Cour a estimé que l'indemnisation accordée aux requérants ne saurait compenser les créances perdues, leur faisant ainsi supporter une charge spéciale et exorbitante. Il y avait donc eu rupture du juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et la sauvegarde du droit au respect des biens.

A la suite de ces arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État en a tiré les conséquences en reconnaissant explicitement que si, selon l'article 1 du protocole n° 1, une personne peut être privée d'un droit de créance en réparation d'une action en responsabilité, c'est à la condition que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens⁵³⁰ et en jugeant que les dispositions de la loi avaient porté une atteinte disproportionnée aux créances en réparation que les parents pouvaient légitimement espérer détenir avant l'entrée en vigueur de cette loi.

Précisons pour finir sur ce point que, par une décision QPC *Mme Vivianne L.* du 11 juin 2010⁵³¹, le Conseil Constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions de la loi en tant qu'elles s'appliquent aux instances engagées avant le 7 mars 2002 et que l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a tiré les conséquences de cette décision par son arrêt du 13 mai 2011 *Mme D.*⁵³².

Le troisième exemple porte sur l'inscription d'un bien sur l'inventaire supplémentaire des monuments historiques prévu par la loi du 31 décembre 1913.

528 CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c. France et Maurice c. France*, n° 1513/03 et n° 11810/03.

529 CE, Sect., 14 février 1997, *Centre hospitalier régional de Nice*, n° 133238.

530 CE, 24 février 2006, *Mme et M. Levenez*, n° 250704.

531 CC, 11 juin 2010, *Mme Vivianne L.*, n° 2010-2 QPC.

532 CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme D.*, n° 317808.



Un arrêté du préfet de la région Auvergne avait inscrit les vestiges archéologiques du Puy de Mur au motif que « *l'oppidum du Puy de Mur est un exemple remarquable de fortification protohistorique et qu'à ce titre, il présente au point de vue de l'histoire et de l'architecture un intérêt suffisant pour en rendre désirable la préservation* ». Les propriétaires des parcelles concernées avaient demandé l'annulation de cet arrêté au motif qu'il méconnaissait l'article 1 du protocole n° 1. Le tribunal administratif puis la cour administrative d'appel avaient écarté ce moyen au motif qu'« eu égard aux contraintes limitées qu'elle emporte pour un propriétaire, notamment d'aviser le préfet avant tout projet de travaux, la décision portant inscription n'a pas pour effet de porter, par elle-même, atteinte au droit de propriétaire. En statuant ainsi les juges du fond n'avaient apparemment commis aucune erreur de droit puisqu'ils avaient une application fidèle de la décision *Consorts Habrekorn*⁵³³.

Mais, saisi du pourvoi en cassation, le Conseil d'État abandonne, par sa décision *Valette* du 8 juillet 2009⁵³⁴, cette jurisprudence qui faisait une inexacte interprétation des stipulations de l'article 1 du protocole n°1 compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

En effet, par une décision *SCEA Ferme de Fresnoy c. France* du 1^{er} décembre 2005⁵³⁵, où étaient en litige les dispositions de la loi du 31 décembre 1913 relatives non aux édifices classés ou inscrits mais situés dans le champ de visibilité d'un édifice inscrit ou classé, la Cour avait relevé s'agissant de la « *servitude d'abords* », qu'elle « *n'a pas privé la requérante de sa propriété mais a soumis l'usage de cette dernière à des contraintes telles que l'obtention d'une autorisation préalable avant construction nouvelle ou démolition. L'ingérence dans le droit au respect des biens s'analyse donc en une réglementation de l'usage des biens au sens du second alinéa de l'article 1 du protocole n° 1* ».

En jugeant que l'inscription sur l'inventaire supplémentaire des monuments historiques n'a pas pour effet de porter, par elle-même, atteinte au droit de propriété, le juge d'appel avait commis une erreur de droit car le moyen n'était pas inopérant. En effet, l'inscription sur l'inventaire supplémentaire des monuments historiques a pour effet, en vertu de l'article 2 de la loi du 31 décembre 1913, d'imposer une déclaration préalable des travaux envisagés sur les immeubles concernés et de soumettre l'exécution de ces travaux au contrôle du service des monuments historiques. Elles emportent, en vertu de l'article L. 430-1 du code de l'urbanisme, assujettissement de la démolition des immeubles à un permis, et en application de l'article L. 422-4 du même code, soustraction des constructions et des travaux du bénéfice de l'exemption de permis de construire. Dans ces conditions, la décision d'inscription a pour effet, par elle-même, de limiter l'exercice du droit de propriété.

Une autre question est de savoir si ce moyen opérant était fondé ce qui suppose que les atteintes soient excessives eu égard à l'intérêt général visé. En l'espèce il a été considéré que la circonstance que l'inscription compromettrait le projet des requérants tendant à affecter leurs parcelles à l'exploitation d'une carrière n'apparaissait pas comme portant à leur droit de propriété une atteinte disproportionnée au but d'intérêt général poursuivi par la décision contestée.

533 CE, 30 juillet 1997, *Consorts Habrekorn*, n° 145494.

534 CE, 8 juillet 2009, *Valette*, n° 308778.

535 CEDH, 1^{er} décembre 2005, *SCEA Ferme de Fresnoy c. France*. n°61093/00 (décision sur la recevabilité).



B. Le droit européen de la propriété a conduit le juge administratif à affiner son raisonnement pour regarder comme conventionnelles au regard de l'article 1 du protocole n° 1 des dispositions du droit interne.

Deux exemples illustrent cette affirmation.

Le premier exemple porte sur les servitudes d'urbanisme, l'influence de cette jurisprudence peut être qualifiée de « pertinente » dans la mesure où le Conseil d'État a agi de sa propre initiative.

En effet, l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme pose un principe de non-indemnisation des servitudes instituées en application du code. Ce texte, comme on le sait, prévoit lui-même deux exceptions à ce principe touchant, d'une part, aux droits acquis par les propriétaires et, d'autre part, à la modification de l'état antérieur des lieux. La section du contentieux du Conseil d'État a, dans la décision *Bitouzet* du 3 juillet 1998⁵³⁶, pris en compte le droit au respect de la « substance » du droit de propriété sur le fondement de l'article 1 du protocole n° 1 et introduit une nouvelle exception afin de caractériser la compatibilité de la loi avec cet article.

Selon cette décision, le propriétaire dont le bien est frappé d'une servitude peut prétendre à une indemnisation dans le cas exceptionnel où il résulte de l'ensemble des conditions et circonstances dans lesquelles la servitude a été instituée et mise en œuvre, ainsi que de son contenu, que ce dernier supporte « *une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi* ».

La même règle a été retenue pour les servitudes créées par un plan de prévention des risques naturels prévues par l'article L. 562-1 et suivants du code de l'environnement⁵³⁷ ou pour les servitudes de la bande des 100 mètres du rivage⁵³⁸. Dans une affaire concernant la société du parc d'activité de Blotzheim⁵³⁹, Nathalie Escaut, rapporteur public, a proposé de retenir aussi cette solution pour la servitude instituée par l'article L. 111-10 du code de l'urbanisme.

Cependant, comme en témoigne l'arrêt du Conseil d'État *SNC Domaine de Sausset-les-Pins* du 13 novembre 2009⁵⁴⁰, cette exception n'a à ce jour pas donné lieu à une application positive, aucune indemnité n'ayant été versée sur cette base jusqu'ici. Il a par exemple été jugé que ne constituait pas une charge spéciale et exorbitante, le classement en zone ND non constructible d'une parcelle.⁵⁴¹

On relèvera toutefois que dans l'arrêt déjà évoqué par les précédents intervenants *Consorts Richet* et *Le Ber c. France* du 18 novembre 2010, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que les interdictions de construire s'analysaient en une réglementation de « *l'usage des biens* » des intéressés au sens du deuxième alinéa⁵⁴² et que dans les circonstances de l'espèce les requérants étaient titulaires

536 CE, Sect., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, n° 158592.

537 CE, Sect., 29 décembre 2004, *Société d'aménagement des coteaux de Saint-Blaine*, n° 257804.

538 CE, 27 juin 2007, *Mielle*, n° 280693.

539 CE, 11 juillet 2011, *Société du parc d'activités de Blotzheim*, n° 317272.

540 CE, 13 novembre 2009, *SNC Domaine de Sausset-les-Pins*, n°b 309093.

541 CE, 7 avril 1999, *Marchesini et M. et Mme Goletto*, n° 142857.

542 CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, n° 7151/75 et 7152/75.



de droits de construire aux termes des actes de vente et qu'ils avaient une espérance légitime de pouvoir exercer ces droits dans les conditions contractuelles alors pourtant que la réglementation d'urbanisme permettait de fonder un refus des autorisations de construire. Ils étaient dès lors titulaires d'un bien au sens de l'article 1 du protocole n° 1. Il s'en suivait que les requérants avaient eu à supporter, en l'espèce, une charge spéciale et exorbitante qui avait rompu le juste équilibre à ménager entre la protection de leur propriété et les exigences de l'intérêt général.

Le second exemple porte sur la compatibilité avec l'article 1 du protocole n° 1 des articles L. 332-6 et L. 332-6-1 du code de l'urbanisme subordonnant la délivrance d'un permis de construire à la cession gratuite de terrains destinés à être affectés à certains usages publics. Pour reconnaître cette compatibilité, le Conseil d'État l'entoure de conditions qui reprennent la décision *Bitouzet*. Il précise que les dispositions de ces articles ont pour objet non pas, comme la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique, de priver une personne de la propriété d'un bien mais de réglementer le droit de construire, qui, faute d'être un droit nécessairement attaché à la propriété du terrain, relève de l'usage d'un tel bien au sens des stipulations de l'article 1 du protocole n° 1. La contribution demandée au bénéficiaire du permis de construire sous la forme de la cession gratuite d'une partie du terrain ne peut en outre être exigée que si l'intéressé demande un permis de construire en vue de la création de nouveaux bâtiments ou de nouvelles surfaces construites, et mise en œuvre qu'au moment du commencement des travaux autorisés, sans pouvoir s'appliquer au titulaire qui, avant cette dernière date, a renoncé au projet de construction. Par ailleurs, cette cession est strictement encadrée par la loi en ce qu'elle ne peut excéder 10% de la superficie du terrain et doit être justifiée par un projet précis d'aménagement de voirie publique, conforme à l'intérêt général. Enfin, les dispositions des articles précités du code de l'urbanisme ne font pas obstacle à ce qu'un propriétaire à l'égard duquel est prescrite une cession prétende à une indemnisation dans le cas où il résulte de l'ensemble des conditions et circonstances dans lesquelles la cession a été prescrite et mise en œuvre que ce propriétaire supporte, nonobstant l'avantage tiré du permis de construire qui lui a été accordé, une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi⁵⁴³.

C. Le droit européen de la propriété conduit le juge administratif à intégrer la problématique de son respect alors même que les stipulations de l'article 1 du protocole n° 1 seules ou de l'article 14 combinées avec l'article 1 du protocole n° 1 ne seraient pas invoquées.

Cette préoccupation, qui va dans le même sens que celle exprimée ci-dessus est révélée par la lecture des conclusions des rapporteurs publics. Les exemples sont légion. On peut à cet égard citer les conclusions de Christine Maugüé invitant le Conseil d'État à revenir sur la règle de l'intangibilité de l'ouvrage public mal planté.

543 CE, 11 février 2004, *M. Schiocchet*, n° 211510.



Par une décision du 29 janvier 2003 *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans*⁵⁴⁴, la section du contentieux du Conseil d'État juge que lorsque le juge administratif est saisi d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle dont il résulte qu'un ouvrage public a été implanté de façon irrégulière, il lui appartient, pour déterminer, en fonction de la situation de droit et de fait existant à la date à laquelle il statue, si l'exécution de cette décision implique qu'il ordonne la démolition de cet ouvrage, de rechercher, d'abord, si, eu égard notamment aux motifs de la décision, une régularisation appropriée est possible. Dans la négative, il lui revient ensuite de prendre en considération, d'une part, les inconvénients que l'existence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics ou privés en présence, et notamment le cas échéant, pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage, d'autre part, les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, et d'apprécier, en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général.

Parmi les arguments mis en avant par Christine Maugué pour inviter avec succès le Conseil d'État à infléchir sa jurisprudence sur cette règle, il y avait bien sûr notamment la position retenue par l'arrêt *Consorts Baudon de Mony c/ EDF* du 6 janvier 1994 de l'assemblée plénière de la Cour de cassation⁵⁴⁵, arrêt qui privait le principe d'intangibilité de son prolongement naturel, l'expropriation indirecte mais il y avait aussi la dynamique appuyée au profit du droit de propriété reconnu par l'article 1 du protocole n° 1, tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg.

Cet exemple n'est qu'un exemple parmi d'autres de la réflexion en interne et par construction non visible du juge administratif.

Cette réflexion spontanée au regard du droit européen de la propriété suppose que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, parfois foisonnante, soit clairement fixée, soit qu'elle émane d'un arrêt de Grande Chambre, soit qu'elle procède d'une réitération affirmée d'une interprétation de la portée de l'article 1 du protocole n° 1.

Au terme de ce panorama, il apparaît que le juge administratif fait une application que l'on peut qualifier de dynamique des stipulations de l'article 1 du protocole n° 1 la lumière de leur interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme et qu'il ne subsiste pas de substantielles différences entre le juge administratif et le juge européen.

Le juge administratif, qui veille quand même à ne pas trop solliciter l'élasticité des concepts, se livre parfois, comme le montre la décision *Bitouzet*, à des efforts constructifs mais on voit bien que ceux-ci ne peuvent se concevoir que dans le cadre d'une telle interprétation clairement établie de la portée de la règle par la Cour de Strasbourg.

544 CE, Sect., 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans*, n° 245239.

545 Cass., ass. plen., 6 janvier 1994, *Consorts Baudon de Mony c/ EDF*, CJEG 1994, p. 413 et s.



Intervention de Bertrand Favreau

*Avocat, ancien bâtonnier du barreau de Bordeaux
et président de l'Institut des droits de l'homme des avocats européens*

L'inconvénient de prendre la parole en dernier est qu'il n'y a plus grand chose à dire, ce qui par des journées de grande chaleur peut soulager l'auditoire, mais ne simplifie pas la tâche de l'intervenant. Je voudrais, sans prendre trop de temps, remercier les organisateurs de cette conférence. J'ai été très sensible à l'invitation à participer à cette réunion tout en m'interrogeant sur le rôle qui devait être le mien. Vous m'avez dit que je devais être la voix du justiciable, c'est une tâche qui est très exorbitante en l'occurrence pour moi et qui dépasse mes compétences d'autant que, je crois, vous avez compris, par des éclairages parfois complémentaires et parfois aussi très opposés, que le domaine était vaste.

Pour essayer de répondre à la question, je ne serai pas provocateur et ne serai ni le Huron de Voltaire ni le Persan de Montesquieu, mais essaierai de m'interroger, de façon prosaïque et terre-à-terre, sur ce que nous venons de dire et sur ce que pourrait ressentir le justiciable.

M. le président, vous m'avez interpellé dans votre propos liminaire car vous vous êtes interrogé à voix haute, et j'ai senti en filigrane dans les discours qui ont suivi la même interrogation sur la signification de ce droit fondamental qu'est le droit de propriété. C'est un droit finalement un peu mal aimé, dont on ne sait trop où le classer et dont on raconte même qu'il a été rajouté dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, (ce qui n'est qu'en partie vrai) le dernier jour, à savoir le 26 août 1789, sous la forme de cet article 17 alors que déjà La Fayette et Siéyès piaffaient d'impatience, pressés d'en découdre pour discuter de la Constitution et d'en finir avec le travail déclaratoire. Or cela n'est pas complètement vrai puisque - on l'a rappelé et la jurisprudence du Conseil d'État le marque - dès l'article 2, le caractère inviolable et inaliénable du droit de propriété, au même titre que la liberté et la sûreté, est scandé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Il est évidemment un article au numéro prédestiné qui réapparaît sous la plume de René Cassin, dont la mémoire honore ces lieux, dans un article 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme⁵⁴⁶, sous une forme d'ailleurs très différente, qui est le résultat d'un débat âpre entre Mme Roosevelt et le représentant soviétique Pavlov, pour en faire un droit autant collectif qu'individuel. Et on le voit revenir, sous cette même numérotation 17, dans le dernier instrument européen que nous connaissons, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en tant que garantie du droit de propriété.

C'est donc un droit qui, avec insistance, s'est marqué au cours de pratiquement deux siècles, et qui a été, je le précise, parfaitement inscrit dans le Préambule de la Constitution d'octobre 1848 après un débat, dont on se rappelle la prégnance, entre Proudhon et Tocqueville, l'un opposant le droit du travail, l'autre défendant

546 Article 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « 1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. / 2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété. ».



le droit de propriété. Evidemment, vous me répondrez que cet article 17 de la Déclaration universelle a totalement disparu des deux pactes des Nations unies de 1966, ce qui tendrait à prouver que c'est aujourd'hui bel et bien un droit européen.

A ce stade du débat, et après le remarquable exposé du président Spielmann qui a brossé tous les aspects de la jurisprudence surtout depuis 1982, j'ai quelque gêne à intervenir mais je voudrais simplement parler de la jurisprudence française plus en détail.

D'abord, pour ne pas être critique, je voudrais rappeler que c'est un droit nouveau pour le justiciable. Ce dernier n'invoquait pas, il y a 30 ans, l'article 1^{er} du protocole n° 1. Evidemment, encore fallait-il que le droit de recours individuel soit ratifié, cela s'entend.

Ensuite, il faut remarquer que, presque 30 ans après octobre 1981, la France est un pays qui n'est pas beaucoup condamné par la Cour européenne des droits de l'homme contrairement à ce que l'on dit. On parle souvent des condamnations, mais on occulte le fait que notre pays est le champion en valeur absolue des non violations. Depuis 1959, la France est le seul pays à avoir fait l'objet de 116 arrêts constatant une non violation, ce qui ne souffre aucune rivalité en Europe, en valeur absolue, je ne parle pas ici de proportion. Par ailleurs, le droit de propriété est devenu aujourd'hui, à l'heure où nous parlons, un élément du contentieux puisqu'on dénombre 28 violations à ce jour, 22 au seul titre de l'article 1^{er} du protocole, et 6 au titre de la discrimination, c'est-à-dire la conjonction du protocole n° 1 et de l'article 14. C'est bien sûr inférieur au nombre de condamnations au titre de la procédure, voire du procès équitable, ou encore du droit à la sûreté et à la liberté, sur qui pourrait être, en terme de valeur absolue, beaucoup plus important. Il s'agit donc, pour notre pays, du quatrième des chefs de condamnation pour violation de la Convention.

C'est là quelque chose qui a marqué les esprits et on compte 8 arrêts en 2010 sur le Protocole n° 1 concernant la France, dont 6 non violations, ce qui est autant qu'en 2006 alors qu'il n'y en avait qu'un ou deux par an depuis 1994. C'est que le contentieux qu'a instauré le justiciable, puisqu'il faut bien le lire à travers les recours qui ont été formés et non pas à travers la théorie juridique qui en est issue, est un contentieux classique de la deuxième phrase de l'article 1^{er}, pour parler au sens de l'arrêt *Sporrong* : la privation de propriété moyennant une indemnité, c'est-à-dire le contentieux au sens large de l'expropriation. Il faut aussi mentionner le contentieux fiscal. D'ailleurs force est de constater que la requête française, qui a été déclarée irrecevable en 1982, était la requête d'un citoyen se plaignant de ce que l'administration fiscale avait inscrit une hypothèque sur ses biens parce qu'il ne payait pas ses impôts. Et la commission qui était alors en activité lui a répondu que le paiement des impôts était prévu par le deuxième alinéa de l'article 1^{er} du protocole, déclarant en conséquence sa requête irrecevable. Je précise également qu'il y a eu 13 requêtes d'irrecevabilité en 2010, ce qui tend à démontrer qu'il existe toujours un désir accru d'invoquer l'article 1^{er}, mais également un risque de l'invoquer en vain.

Si on considère ces deux contentieux qui ont donné lieu à un certain nombre de décisions, qu'ont donc apporté, en particulier, les justiciables français ? Sur un certain point, ils ont permis d'élaborer et d'affiner la théorie de la Cour. Cela est



vrai en ce qui concerne la notion de bien, et nous l'avons vu récemment avec un certain nombre d'arrêtés sur la notion d'espérance légitime notamment, ou sur celle d'intérêt patrimonial qui a été développée dans l'arrêt *Depalle c. France* dont il nous faudra dire un mot. La notion d'intérêt substantiel a été reprise, et dans l'arrêt *Consorts Richet et Le Ber c. France*⁵⁴⁷ par exemple, la Cour a dit que les bénéficiaires étaient titulaires de droits de construire et qu'ils avaient une espérance légitime de pouvoir exercer ces droits dans des conditions contractuelles. De même, on a vu la Cour déclarer, dans une affaire récente⁵⁴⁸ concernant les pouvoirs fiscaux de la Direction des vérifications nationales et internationales et l'application rétroactive de la loi de finances de 1997, que l'intéressé, qui avait été privé par la loi de ce qu'il attendait en termes d'avantages, bénéficiait d'un intérêt patrimonial qui constituait « *sinon une créance à l'égard de leur adversaire, du moins une espérance légitime de pouvoir obtenir le remboursement de la somme litigieuse.* »⁵⁴⁹. La France a donc contribué à toutes ces variations sur la notion d'espérance légitime, sur laquelle la Cour a ciselé un certain nombre de données qui semblent à la fois s'accroître, mais aussi à certains égards s'amenuiser puisqu'une espérance ne peut pas être extensive. Il est donc permis de se demander si l'on pourra aller plus loin. Héraclite d'Ephèse disait, comme vous le savez, que « *sans l'espérance, il n'est pas possible de trouver l'inespéré*⁵⁵⁰ », et je ne sais trop si le justiciable français pourra trouver ce dernier.

Enfin je voudrais souligner, mais en un mot bref afin de passer à autre chose, l'apport de l'affaire *Tunnel Report*⁵⁵¹, où un transporteur ayant son activité liée au Tunnel sous la Manche se plaignait de l'état du Centre de Sangatte dont la proximité nuisait à ses résultats commerciaux puisque cela faisait fuir, semble-t-il, la clientèle. La Cour a, dans cette affaire, apporté une pierre à l'édifice des obligations positives bien connues, et notamment à celles issues de l'arrêt *Öneryildiz c. Turquie*.

Jusqu'à 2004, le contentieux était classique, il y avait un contentieux français très terrien, à vocation agricole dans le cadre duquel avait été rendu notamment l'arrêt *Chassagnou*⁵⁵², à propos de la loi Verdeille⁵⁵³ et des associations communales de chasse agréées (A.C.C.A.). Mais il convient également de mentionner d'autres décisions, comme celle sur la perte d'exploitation d'un agriculteur et la prise en compte par l'indemnité, versée pour la réparation de sa propriété de façon spécifique et personnalisée, de l'incidence d'un démantèlement d'une propriété sur une exploitation agricole⁵⁵⁴.

Depuis le contentieux s'est internationalisé car bien sûr nul n'avait attendu la France pour poser les grands principes du droit de propriété au regard de la Convention. En fait, un certain nombre de pays y ont fortement contribué qu'ils l'aient voulu ou non. On songe bien sûr à la Suède avec l'arrêt *Sporrong* mentionné précédemment, mais aussi à l'Autriche, en matière agricole, avec la question de la

547 CEDH, 18 novembre 2010, *Consorts Richet et Le Ber c. France*, n° 18990/07 et 23905/07.

548 CEDH, 23 juillet 2009, *Joubert c. France*, n° 30345/05.

549 CEDH, *Joubert c. France*, précité, point 53.

550 Héraclite d'Ephèse, Fragment XVIII, cité par Clément in Stromates, II, 24, 5.

551 CEDH, 18 novembre 2010, *Tunnel Report Limited c. France*, n° 27940/07.

552 CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95.

553 Loi n° 64-696 du 10 juillet 1964 relative à l'organisation des associations communales et intercommunales de chasse agréées.

554 CEDH, 11 avril 2002, *Lallement c. France*, n° 46044/99.



durée du remembrement et les célèbres arrêts *Erkner et Hofauer*⁵⁵⁵ c. *Autriche* et *Poiss* c. *Autriche*⁵⁵⁶ qui ont été appliqués en France à la durée d'un remembrement dans l'affaire *Piron*⁵⁵⁷, comme constituant une violation de la première phrase de l'article 1^{er} du Protocole. Il faut de même mentionner le cas britannique avec les arrêts *Agosi*⁵⁵⁸ et *Air Canada c. Royaume-Uni*⁵⁵⁹ en ce qui concerne les confiscations.

Et puis ensuite, à partir de 1993, sont entrés en scène des pays tels que la Grèce qui ont connu un nombre de condamnations bien supérieur à ce qu'a pu connaître la France en matière de droit de propriété. C'est sans parler de la Turquie et de l'Italie qui connaissaient un problème endémique sur le plan des expropriations indirectes, dans lesquelles les modalités de paiements des indemnités d'expropriation avec plusieurs années de retard et en période d'inflation galopante, a donné lieu à des dizaines, voire à des centaines d'arrêts dans le cas de la Turquie.

Enfin, c'est dans une dernière période commencée en 1999, avec l'arrêt *Broniowski c. Pologne*⁵⁶⁰, premier arrêt pilote de la Cour, que se sont invitées à la Cour de Strasbourg les blessures de l'Histoire. Tout cela a donné lieu à un certain contentieux où l'on vit des familles venir réclamer les biens qu'elles avaient dû abandonner, et la France, à partir de 2004, a vu que tout cela pouvait s'appliquer à ses requérants qui invoquaient la jurisprudence de Strasbourg. Le justiciable pensait par exemple, à tort, que le fait de promulguer une loi en cours de procédure, qui aboutit à faire gagner une partie qui est en général l'État, n'exposait pas la France au risque d'une condamnation par la Cour de Strasbourg. Il s'agit là d'un phénomène qui s'est illustré notamment en Grèce comme le révèle le célèbre arrêt *Stran et Stratid Andreadis c. Grèce*⁵⁶¹. Or, il a bien fallu se rendre à l'évidence que, depuis 2004, la Cour, à quatre reprises, et avec des résultats très différents, a eu à se pencher sur cette question-là et a dû dans certains cas, notamment en ce qui concerne la loi du 12 avril 1996⁵⁶² dont la Cour a eu à connaître dans son arrêt *Le Carpentier*⁵⁶³, constater qu'il y avait eu atteinte au droit de propriété.

De même, la question de la conventionnalité des confiscations et de saisies s'est posée en France alors qu'à l'origine ce contentieux était proprement britannique. Et on a vu ainsi des personnes généralement innocentes d'un délit, être victimes de confiscations disproportionnée de la part de l'État partie, pour transport de fonds, ou encore dans le cas d'un camion rempli de poupées espagnoles renfermant de la drogue, ce qu'ignorait le propriétaire de la cargaison lui-même.

On a vu également, outre les applications rétroactives, un certain nombre de modalités touchant à la réglementation du droit de propriété. Cette réglementation de l'usage d'un bien complétée par le 2^{ème} alinéa de l'article 1^{er} constitue la troisième norme, si l'on s'en tient à la distinction établie par l'arrêt *Sporrong* que nous avons déjà évoqué. Il était question, dans ce cas d'espèce, de diverses

555 CEDH, 23 avril 1987, *Erkner et Hofauer*, n° 9616/81.

556 CEDH, 23 avril 1987, *Poiss* c. *Autriche*, n° 9816/82.

557 CEDH, 14 novembre 2000, *Piron* c. *France*, n° 36436/97.

558 CEDH, 24 octobre 1986, *Agosi* c. *Royaume-Uni*, n° 9118/80.

559 CEDH, 5 mai 1995, *Air Canada* c. *Royaume-Uni* n° 18465/91.

560 CEDH, 22 juin 2004, *Broniowski* c. *Pologne*, n° 31443/96.

561 CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratid Andreadis* c. *Grèce*, n° 13427/87.

562 Loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

563 CEDH, 14 février 2006, *Le Carpentier et autres* c. *France*, n° 6784701.



servitudes d'urbanisme, et ce dans des conditions totalement différentes, j'en conviens, puisque aucun cas ne se ressemble.

Il y a bien évidemment l'affaire *Le Ber et Richet* de novembre 2010 qui concerne la limitation du droit de construire prévu par un programme de protection de l'environnement, et dans laquelle la Cour a conclu à une violation pour des raisons touchant à la proportionnalité, tout en reconnaissant le but légitime d'intérêt général qu'était la protection de l'environnement, en particulier de la préservation de l'île de Porquerolles. Un contrat avait cependant été passé, dans les conditions les plus défavorables pour le particulier co-contractant. Celui-ci n'avait pas bénéficié des conseils d'un notaire, puisque l'acte avait été passé, comme cela est possible, par le Préfet du Var et par lequel l'État s'était ainsi engagé en acquérant, sinon à vil prix mais à un prix intéressant, les terrains vendus par les propriétaires, à leur laisser un droit futur de construire sur les parcelles qu'ils conservaient.

En matière d'environnement, deux premières affaires avaient précédé dans lesquelles la Cour avait rendu l'arrêt de Grande Chambre *Depalle c. France*⁵⁶⁴ puis l'arrêt *Brosset-Triboulet et autres c. France*⁵⁶⁵ qui a été évoqué par le président Bachelier. Dans cette affaire, qui est plus complexe, la Cour n'a pas conclu à une violation de l'article 1^{er} du protocole n° 1. On se situait là dans le cadre d'un domaine régalién, qui est le domaine public maritime, et dans une situation où les intéressés étaient informés, bien que je ne pense pas que c'eût été par héritage en ligne direct que la possession se fut transmise. J'ai cru comprendre en lisant l'arrêt *Depalle*, qu'il y avait eu entre-temps une acquisition par un tiers qui, bien sûr, objectait de sa bonne foi. Dans le cas d'espèce, la Cour a jugé que le fait de condamner un individu à perdre sa maison, construite à l'origine par un marin qui avait obtenu une dérogation sous le Second Empire, et à la détruire à ses frais afin de remettre les lieux en état, n'excédait pas le juste équilibre qu'il y avait entre les intérêts particuliers du requérant et l'intérêt général. J'avouerai que c'est une décision dans laquelle s'entrevoit la motivation de la Cour, que j'ai tenté de transpercer, au moins sémantiquement. L'arrêt répète à quatre reprises qu'il y avait connaissance par les intéressés depuis l'origine de l'état de précarité totale qui accompagnait leur propriété et que l'on pouvait leur demander de quitter les lieux et de les remettre en état. Peut-être d'ailleurs une certaine maladresse dans les exigences des plaideurs face aux propositions *transactionnelles* des autorités publiques ont-elles ajouté à la conviction de la Cour.

A partir de là, je me suis mis à musarder dans la jurisprudence car je me demandais pourquoi la Cour avait fait ce qu'elle ne fait jamais, voire rarement, à savoir citer l'arrêt *Bruncrona c. Finlande*⁵⁶⁶ du 16 novembre 2004. Ce dernier n'est pas topique effectivement, il est très peu cité d'autant que *mutatis mutandis* des dizaines d'autres arrêts disent la même chose. Cela n'était peut-être pas sans intérêt. Dans cet arrêt *Bruncrona c. Finlande*, mais on pourrait aussi parler d'arrêts turcs, il était question d'une famille jouissant d'une vaste île et payant la taxe foncière depuis la fin du XVIII^{ème} siècle. Puis, en 1984, l'Office des forêts finlandais lui a imposé la présence d'un pêcheur en octroyant à celui-ci un droit de pêche, arguant que cette

564 CEDH, 29 mars 2010, *Depalle c. France*, n° 34044/02.

565 CEDH, 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet et autres c. France*, n° 34078/02.

566 CEDH, 16 novembre 2004, *Bruncrona c. Finlande*, n° 41673/98.



famille ne possédait aucun titre juridique attestant une quelconque propriété du lieu. Un recours a bien sûr été engagé et la Cour eut à examiner plusieurs éléments et estima que le fait de faire abandonner, sans indemnisation, une propriété à un justiciable qui, bien que ne possédant aucun titre, l'occupait depuis près de trois siècles, était une mesure disproportionnée.

Il faudrait aussi parler de l'arrêt *N.A. et autres c. Turquie*⁵⁶⁷ dans lequel il est question de requérants ayant acquis un terrain situé sur le bord de mer dans le but d'en jouir en toute tranquillité. Ils y avaient d'ailleurs construit un complexe hôtelier, mais ont fait l'objet d'une expulsion par les autorités du fait de l'absence de titre de propriété, le littoral n'étant pas susceptible de faire l'objet d'une acquisition. La Cour de Cassation de Turquie avait confirmé la décision. La Cour avait relevé cependant que les requérants avaient acquis le terrain litigieux de bonne foi, qu'ils s'étaient acquittés des impôts et taxes le concernant et que la privation de propriété, certes, constituait un but légitime en précisant que l'absence d'indemnisation violait l'article 1^{er} du protocole n° 1 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

C'est pourquoi bien évidemment, à la lumière de tout cela, je pense qu'il y a débat et que parmi les domaines qui seront portés inéluctablement devant la Cour, se trouve le contentieux du littoral, au-delà de la loi du 3 janvier 1986⁵⁶⁸ s'entend.

On m'a demandé d'être la voix du justiciable : figurez-vous un individu propriétaire, avec un titre, d'une villa en haut d'une falaise. La falaise s'écroule du fait du mouvement inéluctable des océans. Et voici qu'on lui répond que depuis 1807, les pouvoirs publics n'ont aucune obligation de préserver les riverains contre les eaux ou les catastrophes naturelles. Si des travaux doivent être effectués, il faut les faire, et le devis pour un enrochement au large avec un brise mer sera aux frais du propriétaire. Il est évident que dans une telle situation la question de la proportionnalité va se poser.

Ce sont là des exemples divers et, bien évidemment, je voudrais dire un mot pour finir de l'effet des arrêts. Je pense que sur cette question nous disposons de plusieurs arrêts fort clairs de la Cour tels que l'arrêt *Chassagnou*⁵⁶⁹ ou les arrêts *Draon* et *Maurice*⁵⁷⁰. Il est certain que, depuis les années 1990, une partie de la doctrine admet et reconnaît que les effets des arrêts de la Cour sont des effets *erga omnes*. La Cour l'a dit elle-même dans un arrêt de Grande Chambre du 13 juillet 2000 dans l'affaire *Scozzari et Giunta*⁵⁷¹, où elle a résumé les obligations des États en ce qui concerne l'adoption de mesures générales pour prévenir de nouvelles violations et de mesures individuelles pour réparer les conséquences de la violation pour le requérant. Elle a énoncé ceci en vertu de l'article 46 de la Convention⁵⁷². Certes en France, contrairement à la Grèce, aux Pays-Bas et à l'Espagne, il n'y a pas de force obligatoire automatique de l'arrêt, mais, et c'est là une vision dualiste en quelque sorte, on introduira ce droit par un arrêt postérieur qui prend acte de la décision de la Cour. Le législateur n'intervient

567 CEDH, 11 novembre 2005, *N.A. et autres c. Turquie*, n° 37451/97.

568 Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral.

569 CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95.

570 CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c. France* et *Maurice c. France*, n° 1513/03 et n° 11810/03.

571 CEDH, 13 juillet 2000, *Scozzari et Giunta c. Italie*, n° 39221/98 et 41963/98.

572 Article 26 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « 1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties. ». V. *infra* p. 292.



qu'ensuite. A défaut, une nouvelle condamnation interviendra. Ce fut le cas dans l'affaire *Marckx c. Belgique*⁵⁷³, à la suite duquel la Belgique refusa de s'incliner, ce qui occasionna une seconde condamnation dans le cadre de l'arrêt *Vermeire*⁵⁷⁴.

Je souhaiterais enfin plaider pour le caractère d'ordre public de l'application des traités. J'ai eu depuis longtemps ces discussions avec certains juristes, et je crois par exemple que le justiciable français devrait être très peiné par l'arrêt du 26 janvier 2007⁵⁷⁵ dans lequel le Conseil d'État a considéré que dès lors que les stipulations de l'article 1^{er} du protocole n° 1 n'ont pas été soulevées devant la Cour d'appel, le moyen n'est pas susceptible d'être discuté devant le juge de cassation. Je trouve cela terriblement invalidant pour le justiciable. Le drame ne réside pas dans les 22 condamnations de la France au titre de l'article 1^{er} du protocole n° 1 et dans les 6 condamnations au titre de cet article et de l'article 14 de la Convention, il réside dans toutes ces autres affaires où les plaideurs ne peuvent pas aller jusqu'au bout, où les requêtes sont jugées irrecevables faute d'avoir épuisé les voies de recours en droit interne. Je crois effectivement que l'application des traités est en France d'ordre public et que, dès lors qu'il y a une violation susceptible de ressortir de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme, cette application d'ordre public doit être effectuée par le juge interne dès le premier degré de juridiction, quitte à provoquer, comme le dit Jean-Pierre Marguénaud, « *l'exaspération d'une partie du corps judiciaire* ». C'est bien évidemment excessif puisque la violation du protocole n° 1 peut n'intervenir qu'au dernier stade, mais encore faut-il, pour être recevable à Strasbourg, ne pas jouer avec les mots sur l'invocation en substance ou non, à l'heure du filtrage et de l'entrée en vigueur du protocole n° 14. Compte tenu de ce dernier point on ne peut se le permettre, et je crois que le juge se doit d'appliquer d'office l'article 1^{er} du protocole n° 1.

Pour conclure, je dirai que l'osmose du droit est là bien claire. Ce n'est pas la jurisprudence française, dont j'ai parlé par convention ou par prétexte, qui est en cause mais, au contraire, l'issue de toute cette jurisprudence. Ce qui est excessif en Italie peut, sous d'autres formes, se retrouver en France. Je n'ai pas eu le temps de parler de l'impossibilité d'exécuter une décision de justice qui a valu à la France d'être condamnée dans une affaire *Matheus*⁵⁷⁶, mais on a très bien vu en Italie de telles pratiques s'étaient instaurées dans ce sens avant d'être découvertes par la Cour dans les arrêts *Scollo*⁵⁷⁷ et *Immobiliare Saffi*⁵⁷⁸ avant même les années 2000.

Il y a donc un univers du droit à conquérir même si la démarche s'orchestre à un niveau régional, et je crois que la véritable espérance légitime du justiciable est dans le développement de ce droit car finalement si on recueille un avis différent à Strasbourg, c'est que le filtre interne, qui aurait dû fonctionner, n'a pas fait ses preuves au-delà du dialogue des juges et de la marge d'appréciation qui demeurent des termes convenus. Il y a donc encore un grand avenir pour l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme à la Cour de Strasbourg.

573 CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74.

574 CEDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c. Belgique*, n° 12849/87.

575 CE, 10^{ème} et 9^{ème} sous-sections réunies, 26 janvier 2007, n° 284784.

576 CEDH, 31 mars 2005, *Matheus c. France*, n° 62740/00.

577 CEDH, 28 septembre 1995, *Scollo c. Italie*, n° 19133/91.

578 CEDH, 28 juillet 1999, *Immobiliare Saffi c. Italie*, n° 22774/93.



Merci Maître Favreau de nous avoir démontré qu'il est possible d'intervenir en dernier sans répéter ce qu'ont déjà exposé les autres participants. Dans le même temps nous devons sauvegarder le droit des participants, qui est un droit fondamental, à prendre la parole. La passion des interventions de ce soir ne nous laisse que peu de temps pour y satisfaire. J'invite donc ceux qui le souhaitent à s'exprimer sur le sujet et à solliciter les réponses de nos intervenants.

Échanges avec les participants

Question à l'attention d'Allan Rosas - *Je me souviens qu'à l'époque où a été élaborée la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les Conventionnels ont attaché beaucoup d'importance à ce qu'on a par la suite appelé les explications du présidium. La Cour de justice a-t-elle déjà eu l'occasion, en se saisissant de la Charte de se pencher sur la valeur juridique de ces explications ? Les considère-t-elle comme de simples déclarations au procès-verbal à caractère politique dont elle ne tient compte que de manière très relative ? Ou, au contraire, tenant compte du niveau étatique auquel elles ont été élaborées, la Cour leur attache-t-elle une importance supérieure ?*

Allan Rosas

La réponse est probablement positive car ces explications doivent être prises en compte. Elles n'ont cependant pas valeur contraignante. La Cour a eu l'occasion de citer les explications dans quelques arrêts. Nous avons appliqué et interprété la Charte dans une quarantaine d'arrêts et on en dénombre deux ou trois dans lesquels il est explicitement fait référence à ces explications. Mais on ne saurait pourtant dire que nous nous sommes véritablement prononcés sur la valeur juridique de telles explications, ces dernières n'ayant été citées que pour soutenir des interprétations ou des positions de la Cour. Il serait nécessaire d'attendre encore que la jurisprudence progresse pour pouvoir formuler une réponse plus nuancée et détaillée.

Question à l'attention de Dean Spielmann - *En France, il est inséré dans les contrats de bail que la résiliation, dès l'âge de 60 ans, ne portait pas atteinte au droit de propriété. Cela pourrait-il être considéré au niveau européen comme un critère discriminatoire ? Concernant le but d'intérêt général, de proportionnalité, les critères avancés sont-ils justifiés en l'espèce ?*



Dean Spielmann

C'est une question difficile dans la mesure où je suis tenu au devoir de réserve. Toutefois sur le critère de l'âge au regard de l'article 1^{er} du Protocole dans son articulation avec le principe de non-discrimination, je vous renvoie non pas à la décision *Stec c. Royaume-Uni*⁵⁷⁹ que j'ai citée mais à l'arrêt *Stec c. Royaume-Uni*⁵⁸⁰ qui concernait précisément la différence de traitement entre hommes et femmes en matière de prestations sociales, notamment sur les questions d'âge de retraite différenciés entre les genres. Dans cet arrêt, la Cour avait conclu à la non violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1^{er} du protocole additionnel n°1 parce qu'elle a voulu laisser à l'État une très large marge d'appréciation dans un contexte socio-économique déterminé. Il est à ranger au nombre des arrêts qui montrent que la marge d'appréciation accordée est très généreuse dans des domaines socio-économiques complexes.

Question à l'attention de Dean Spielmann - *La Cour a-t-elle élaboré une notion de bien dans le cadre du droit européen de la propriété ? Les sûretés et les créances à l'état virtuel, mais avec une espérance légitime de leur réalisation, constituent-elles des biens au sens du droit européen de la propriété ?*

Dean Spielmann

J'ai fourni dans mon exposé plusieurs échantillons de notre jurisprudence qui démontrent que la notion de bien est effectivement une notion autonome. Il reste toutefois difficile de vous répondre dans un cadre relativement précis du simple fait de mon assujettissement à un devoir de réserve, et puisque le cas risque un jour de se poser devant nous. La seule réponse que je puisse donner est que la Cour considère la notion de bien de manière large incluant jusqu'à la clientèle et d'autres intérêts patrimoniaux.

Question à l'attention de Dean Spielmann - *Dans l'affaire Depalle*⁵⁸¹, *a-t-on eu un délai de 15 mois entre la date de l'audience et la date à laquelle la décision a été rendue ?*

Dean Spielmann

La machinerie de la Grande Chambre est un mécanisme lourd et difficile à manier en interne. Il n'est pas rare de constater un délai entre l'audience publique et l'arrêt qui en découle, précisément parce que le projet d'arrêt qui est préparé par un comité de rédaction doit être soumis à la sagesse de ses 17 juges. C'est la raison

579 CEDH, Gr. ch., 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n° 65731/01 et 65900/01.

580 CEDH, Gr. ch. 6 juillet 2005, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, n° 65731/01 et 65900/01 (décision sur le recevabilité)

581 CEDH, Gr. ch., 29 mars 2010, *Depalle c. France*, n° 34044/02.



pour laquelle les affaires compliquées prennent plus de temps que les affaires décidées en section. Mais il est évident qu'avec près de 150 000 affaires, il puisse falloir un certain temps avant de rendre un arrêt.

Question posée aux juges des cours suprêmes françaises - *Peut-on considérer que la confluence des jurisprudences de la Cour de Strasbourg, de la Cour de justice et du Conseil constitutionnel français sur les questions de limitation du droit de propriété et la réglementation de l'usage des biens sont susceptible de donner une nouvelle résonance à la conception bien française, mais que l'on retrouve par ailleurs en Italie et en Allemagne, de la fonction sociale du droit de propriété ? Cette conception fut défendue au début du siècle dernier par Léon Duguit et est peut-être aujourd'hui confrontée à une remise en question, ou à une redéfinition dans le cadre de la Cité à travers les nouvelles obligations pesant sur celle-ci et que l'on retrouve dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur les considérations environnementales. On pourrait mentionner à titre d'exemple le récent arrêt Hamer c. Belgique⁵⁸², qui n'a pas été cité ici, concernant une construction illégale située dans un espace forestier, avec la question de l'aménité que la forêt représente pour les citoyens.*

Alain Lacabarats

La Cour de cassation ne se prononce pas sur des questions générales de ce type mais on constate cependant que le droit de propriété est un droit de moins en moins absolu et qu'il subit des limites assez importantes dans tous les domaines. Mais vous ne trouverez jamais un arrêt où il sera fait mention de la fonction sociale du droit de propriété.

582 CEDH, 27 novembre 2007, *Hamer c. Belgique*, n° 21861/03.



Propos conclusifs

Yves Robineau

Le temps est venu pour nous de conclure. Je crois que nous pouvons ressortir convaincus de la volonté des juridictions européennes et internes d'assurer la cohérence qu'impose la sécurité juridique, et de la profondeur de l'incidence de ce droit européen de la propriété sur le droit national. On note aussi que les concepts ont pu parfois être mieux incorporés que leur mise en œuvre. Reprenons par exemple l'affaire *Depalle* qui touche au concept *nemo legem ignorare censetur*⁵⁸³, c'est-à-dire que l'on vit dans notre pays avec l'idée qu'une personne placée dans une situation irrégulière le sait. Et on voit bien dans les approches subjectivistes, qui ont leur logique, que la Cour a été sensible à la question de savoir si l'intéressé avait été informé de ses droits et des limites posées à ceux-ci. De même, dans l'affaire *Le Ber et Richet*, il ne suffisait pas de savoir que le droit de l'urbanisme pouvait être modifié à tout moment, encore fallait-il que le contrat stipule clairement l'impossibilité de l'emporter sur le point réglementaire. Il existe donc encore des décalages que l'on peut tirer de tel ou tel comportement de l'administration, car des ajustements restent à faire et que nous sommes porteurs d'une tradition juridique particulière, dont on note cependant qu'elle se rapproche au fur et à mesure de ses voisines.

Je voudrais remercier profondément de la part du Conseil d'État et de son vice-président, ici présent, tous les intervenants, qui nous ont apporté leur lumière, leur enthousiasme et leur plaisir à partager l'aventure de la mise en œuvre d'un droit européen de la propriété. Je remercie les participants ainsi que les organisateurs, la section du rapport et des études, instigatrice des cycles de conférences. Je les remercie de votre part et me permets de clôturer ce cycle consacré au droit européen des droits de l'homme, qui sera suivi de beaucoup d'autres. Merci.

583 « Nul n'est censé ignorer la loi ».





Index des principaux arrêts et décisions cités

Classement chronologique

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 14 novembre 1960, Lawless c. Irlande, n° 332/57.....	p.246
CEDH, plén., 23 juillet 1968, Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique, n° 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64.....	p.29
CEDH, 21 février 1975, Golder c. Royaume-Uni, n° 4451/70.....	p.197-198-204
CEDH, plén. 7 décembre 1976, Handyside c. Royaume-Uni, n° 5493/72	p.37-39
CEDH, 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, n° 6833/74.....	p.227-265
CEDH, 13 mai 1980, Artico c. Italie, n° 6694/74	p.31
CEDH, 22 octobre 1981, Dudgeon c. Royaume-Uni, n° 28957/95.....	p.59
CEDH, 23 septembre 1982, Sporrong et Lönnroth c. Suède, n° 7151/75 et 7152/75.....	p.230-232-235-247-250-260-261-262-256
CEDH, 28 juin 1984, Campbell et Fell c. Royaume-Uni, n° 7819/77; 7878/77.....	p.197-205
CEDH, 26 octobre 1984, De Cubber c. Belgique, n° 9186/80.....	p.155
CEDH, 26 juin 1986, Van Marle c. Pays-Bas, n° 8543/79, 8674/79, 8675/79 et 8685/79.....	p.228
CEDH, 8 juillet 1986, Lithgow et autres c. Royaume-Uni, n° 9006/80, 9262/81.....	p.231
CEDH, 24 octobre 1986, Agosi c. Royaume-Uni, n° 9118/80.....	p.262
CEDH, 23 avril 1987, Erkner et Hofauer, n° 9616/81.....	p.262
CEDH, 23 avril 1987, Poiss c. Autriche, n° 9816/82.....	p.262
CEDH, 7 juillet 1989, Tre Traktorer Aktiebolag c. Suède, n° 10873/84.....	p.228
CEDH, 29 novembre 1991, Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande, n° 12742/87.....	p.228
CEDH, 29 novembre 1991, Vermeire c. Belgique, n° 12849/87.....	p.265
CEDH, 25 mars 1992, B. c. France, n° 13343/87.....	p.71
CEDH, 9 décembre 1994, Raffineries grecques Stran et Stratid Andreadis c. Grèce, n° 13427/87.....	p.262
CEDH, 23 février 1995, Gasus Dossier-und fördertechnik gmbh c. Pays-Bas, n° 15375/89.....	p.227-228
CEDH, 5 mai 1995, Air Canada c. Royaume-Uni, n° 18465/91.....	p.262
CEDH, 28 septembre 1995, Scollo c. Italie, n° 19133/91.....	p.265
CEDH, 22 novembre 1995, S.W. c. Royaume Uni, n° 20166/92.....	p.89
CEDH, 23 avril 1996, Phocas c. France, n° 17869/91	p.247
CEDH, 31 juillet 1996, Gaygusuz c. Autriche, n° 39/1995/545/631.....	p.228
CEDH, 21 février 1997, Guillemin c. France, n° 19632/92.....	p.231
CEDH, 30 janvier 1998, Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie, n° 19392/92.....	p.39
1999	
CEDH, 21 janvier 1999, Fressoz et Roire c. France, n° 29183/95.....	p.32
CEDH, Gr. ch., 18 février 1999, Matthews c. Royaume-Uni, n° 24833/94.....	p.88-109



CEDH, 25 mars 1999, Iatridis c. Grèce, n° 31107/96.	p.229
CEDH, 29 avril 1999, Chassagnou c. France, n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95.....	p. 247-253-261-264
CEDH, 28 juillet 1999, Selmouni c. France, n° 25803/94.....	p.30
CEDH, 28 juillet 1999, Immobiliare Saffi c. Italie, n° 22774/93.....	p.265
CEDH, Gr. ch., 28 octobre 1999, Zielinsky et Pradal et Gonzalez et autres c. France, n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96.....	p.50-127
CEDH, Gr. ch., 8 décembre 1999, Pellegrin c. France, n° 28541/95.	p.84
2000	
CEDH, 22 juin 2000, Coëme et autres c. Belgique, n° 32492/96.	p.136
CEDH, 13 juillet 2000, Scozzari et Giunta c. Italie, n° 39221/98 et 41963/98.....	p.264
CEDH, 26 octobre 2000, Kudla c. Pologne, n° 302010/96.	p.189-205-212-216
CEDH, 14 novembre 2000, Piron c. France, n° 36436/97	p.262
2001	
CEDH, 3 avril 2001, Keenan c. Royaume-Uni, n° 27229/95.	p.198-204-211
CEDH, 10 juillet 2001, Price c. Royaume-Uni, n° 33394/96	p.213
CEDH, 17 juillet 2001, Association Ekin c. France, n° 39288/98	p.33-38-57-60
2002	
CEDH, 26 février 2002, Fretté c. France, n° 36515/97.	p.45
CEDH, 16 avril 2002, S.A. Dangeville c. France, n° 36677/97	p.228-249
CEDH, 29 avril 2002, Pretty c. Royaume-Uni, n° 2346/02.....	p.51-69
CEDH, 25 juin 2002, Colombani et autres c. France, n° 51279/99.	p.56
CEDH, 2 juillet 2002, Motais de Narbonne c. France, n° 48161/99.....	p.251
CEDH, 11 juillet 2002, Christine Goodwin c. Grande-Bretagne, n° 28957/95	p.46-89-94
CEDH, 25 juillet 2002, Sovtransavto holding c. Ukraine, n° 48553/99.	p.230
2003	
CEDH, 7 janvier 2003, Younger c. Royaume Uni, n° 57420/00	p. 211
CEDH, 24 avril 2003, Yvon c. France, n° 44962/98.	p.56
CEDH, 30 septembre 2003, Koua Poirrez c. France, n° 40892/98.	p.228
2004	
CEDH, Gr. ch., 12 février 2004, Perez c. France, n° 47287/99.....	p.84
CEDH, 22 juin 2004, Broniowski c. Pologne, n° 31443/96.....	p.43-52-57-262
CEDH, 24 juin 2004, Karolin von Hannover c. Allemagne, n° 59320/00.	p.50
CEDH, 22 juillet 2004, S.A. Cabinet Diot et S.A. Gras Savoye c. France, n° 49217/99 et 49218/99.	p.228
CEDH, 28 septembre 2004, Kopecký c. Slovaquie, n° 44912/98.	p.228
CEDH, Gr. ch., 16 novembre 2004, Bruncrona c. Finlande, n° 41673/98.....	p.263
CEDH, 30 novembre 2004, Öneriyildiz c. Turquie, n° 48939/99.....	p.229-261
CEDH, 2 décembre 2004, Farbthus c. Lettonie, n° 4672/02.	p.213
2005	
CEDH, 27 janvier 2005, Ramirez Sanchez c. France, n° 59450/00	p.40-114-199-204
CEDH, Gr. ch., 4 février 2005, Mamatkoulov et Askarov c. Turquie, n° 46827/99 et 46951/99.....	p.36-84-118
CEDH, 31 mars 2005, Matheus c. France, n° 62740/00.....	p.265
CEDH, Gr. ch., 30 juin 2005, Bosphorus hava yollari turizm ve ticaret anonim şirketi c. Irlande, n° 45036/98.....	p.88-99-231
CEDH, 6 juillet 2005, Stec et autres c. Royaume-Uni, n° 65731/01 et 65900/01	p.229-267
CEDH, 6 octobre 2005, Draon c. France, n° 1513/03.....	p.254-264
CEDH, 6 octobre 2005, Maurice c. France, n° 11810/03.	p.255-266
CEDH, 6 octobre 2005, Hirst c. Royaume-Uni, n° 74025/01.....	p.217



CEDH, 11 novembre 2005, N.A. et autres c. Turquie, n° 37451/97	p.264
CEDH, 1er décembre 2005, SCEA Ferme de Fresnoy c. France. n° 61093/00.....	p.255
2006	
CEDH, 14 février 2006, Le Carpentier et autres c. France, n° 6784701	p.262
CEDH, 3 mars 2006, Eko-Elda Avey c. Grèce, n° 10162/02.....	p.232
CEDH, 29 mars 2006, Scordino c. Italie, n° 36813/97.....	p.29
CEDH, Gr. ch., 12 avril 2006, Stec et autres c. Royaume-Uni, n° 65731/01 et 65900/01	p.229-267
CEDH, Gr. ch., 12 avril 2006, Martinie c. France, n° 58675/00	p.40
CEDH, 19 juin 2006, Hutten Czapska c. Pologne, n° 35014/97.....	p.57
CEDH, 11 juillet 2006, Rivière c. France, n° 33834/03.....	p.212
CEDH, 26 septembre 2006, Société de gestion du port de Campoloro et Societe fermière de Campoloro c. France, n° 57516/00.	p.71
CEDH, 4 octobre 2006, Association SOS Attentats et de Boëry c. France n° 76642/01..	p.72
2007	
CEDH, Gr. ch., 11 janvier 2007, Anheuser-Busch Inc. c. Portugal, n° 73049/01.....	p.228
CEDH, 19 avril 2007 Vilho Eskelinen et autres c. Finlande n° 63235/00.....	p.41-84-90-95
CEDH, 26 avril 2007, Gebremedhin c. France. n° 25389/05	p.37-77-79-118
CEDH, 2 mai 2007, Behrami et Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège, n° 71412/01 ; 78166/01.	p.72
CEDH, 12 juin 2007, Frérot c. France, n° 70204/01	p.40
CEDH, 27 novembre 2007, Hamer c. Belgique, n° 21861/03.	p.268
2008	
CEDH, 8 janvier 2008, Epstein et autres c. Belgique, n° 9717/05.....	p.229
CEDH, 22 janvier 2008, E.B c. France, n° 43546/02.....	p.46
CEDH, 21 février 2008, Ravon et autres c. France, n° 18497/03.	p.42-54-134
CEDH, 10 juillet 2008, Medvedyev et autres c. France, n° 3394/03.	p.72
CEDH, 16 octobre 2008, Renolde c. France, n° 5608/05	p.210
CEDH, Gr. ch., 12 novembre 2008, Demir et Baykara c. Turquie, n° 34503/97.....	p.45-46
CEDH, 26 novembre 2008, Aizpurua Ortiz et autres c. Espagne, n° 42430/05.....	p.232
CEDH, 27 novembre 2008, Salduz c.Turquie, n° 36391/02.....	p.135-161
2009	
CEDH, 13 janvier 2009, Taxquet c. Belgique, n° 926/05	p.81
CEDH, Gr. ch., 19 février 2009, A. et autres c. Royaume-Uni, n° 3455/05	p.37
CEDH, 7 avril 2009, Brândușe c. Roumanie, n° 6586/03.....	p.189
CEDH, 23 juillet 2009, Joubert c. France, n° 30345/05.....	p.261
CEDH, 15 septembre 2009, Mme Etienne c. France, n° 11396/08.....	p.40
CEDH, Gr. ch., 17 septembre 2009, Scoppola c. Italie, n° 10249/03.....	p.95
CEDH, 18 septembre 2009, Varnava et autres c. Turquie, n° 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90.	p.29
CEDH, 13 octobre 2009, Dayanan c. Turquie, n° 7377/03	p.52
CEDH, 3 novembre 2009, Lautsi c. Italie, n° 30814/06.....	p.82
2010	
CEDH, 5 janvier 2010, Frasik c. Pologne, n° 22933/02.....	p.217
CEDH, 21 janvier 2010, R.P. c. France, n° 1027/02.	p.237
CEDH, 11 février 2010, Sud Parisienne de construction c. France, n° 33704/04.....	p.231
CEDH, 16 mars 2010, Carson c. Royaume-Uni, n° 42184/05.....	p.229
CEDH, 29 mars 2010, Brosset-Triboulet et autres c. France, n° 34078/02	p.231-252-263
CEDH, Gr. ch., 29 mars 2010, Medvedyev et autres c. France, n° 3394/03.	p.72



CEDH, Gr. ch., 29 mars 2010, Depalle c. France, n° 34044/02.....	p.229-231-252-263-267-269
CEDH, 1er avril 2010, Gultyayeva c. Russie, n° 67413/01.....	p.214
CEDH, 6 avril 2010, Stegarescu et Bahrin c. Portugal, n° 46194/06.....	p.204
CEDH, 8 avril 2010, Frodl c. Autriche, n° 20201/04.....	p.217
CEDH, 1er juin 2010, Adrian Mihai Ionescu c. Roumanie, n° 36659/04.....	p.78
CEDH, 1er juin 2010, Jasinka c. Pologne, n° 28326/05.....	p.211
CEDH, Gr. ch., 6 juillet 2010, Neulinger et Shuruk c. Suisse, n° 41615/07.....	p. 95-117
CEDH, 13 juillet 2010, Tendam c. Espagne, n° 25720/05.....	p.232
CEDH, 9 septembre 2010, Xiros c. Grèce, n° 1033/07.....	p.212-216
CEDH, 14 septembre 2010, Florea c. Roumanie, n° 37186/03.....	p.214-216
CEDH, 26 octobre 2010, Marcu c. Roumanie, n° 43079/02.....	p.218
CEDH, 4 novembre 2010, Dervaux c. France, n° 40975/07.....	p.242
CEDH, 9 novembre 2010, Allianz-Slovenská poisťovňa, a.s, et autres c. Slovaquie, n° 19276/05.....	p.232
CEDH, 16 novembre 2010, Perdígão c. Portugal, n° 24768/06.....	p.231
CEDH, 18 novembre 2010, Consorts Richet et Le Ber c. France, n° 18990/07 et 23905/07.....	p.232-256-261-263-269
CEDH, 18 novembre 2010, Tunnel Report Limited c. France, n° 27940/07.....	p.261
CEDH, Gr. ch., 19 novembre 2010, Taxquet c. Belgique, n° 926/05.....	p.81
CEDH, 2 décembre 2010, Sud Est réalisations c. France, n° 6722/05.....	p.230
CEDH, 7 décembre 2010, Jakóbski c. Pologne, n° 18429/06.....	p.215
CEDH, 21 décembre 2010, Raffray Taddei c. France, n° 36435/07.....	p.213
CEDH, 21 décembre 2010, Almeida Ferreira et Melo Ferreira c. Portugal, n° 41696/07.....	p.232
2011	
CEDH, 20 janvier 2011, Payet c. France, n° 19606/08.....	p.205
CEDH, Gr. ch., 21 janvier 2011, M. S.S. c. Belgique et Grèce, n° 30696/09.....	p.110-119
CEDH, 25 janvier 2011, Kupczak c. Pologne, n° 2627/09.....	p.213
CEDH, 25 janvier 2011, Elefteriadis c. Roumanie, n° 38427/05.....	p.214-216
CEDH, 10 février 2011, Premininy c. Russie, n° 44973/04.....	p.214
CEDH, Gr. ch., 18 mars 2011, Lautsi et autres c. Italie, n° 30814/06.....	p.82
CEDH, Gr. ch., 20 juin 2011, Scoppola c. Italie, n° 126/05.....	p.217

Cour de justice de l'Union européenne

CJUE, 12 novembre 1969, Erich Stauder c/ Ville d'Ulm-Sozialamt, affaire 29/69.....	p.233
CJUE, 14 mai 1974, J. Nold, Kohlen-und Baustoffgroßhandlung c/ Commission des Communautés européennes, affaire 4/73.....	p.88-233
CJUE, 28 octobre 1975, Roland Rutili c/ Ministre de l'Intérieur, affaire 36/75.....	p.88-234
CJUE, 13 décembre 1979, Liselotte Hauer c/ Land Rheinland-Pfalz, affaire 44/79.....	p.235-236
CJUE, 6 octobre 1982, CILFIT, aff. 283/81.....	p.114
CJUE, 22 octobre 1987, Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost, affaire 314/85...p.114-158	
CJUE, 21 septembre 1989, Hoechst, aff. jointes 46/87 et 227/88, 2859.....	p.88-234
CJUE, 10 janvier 1992, Ralf-Herbert Kühn c/ Landwirtschaftskammer Weser-Ems, affaire 177/90.....	p.236



CJUE, 14 décembre 1995, Jeroen Van Schijndel ; Peterbroeck, aff. C-312/93, aff. C-430/93 et C-431/93 .	p.144
CJUE, 20 octobre 2000, Allemagne c/ Parlement européen et Conseil, C-376/98.	p.93
CJUE, 10 juillet 2003, Booker Aquaculture Ltd et Hydro Seafood GSP Ltd / The Scottish Ministers, affaires jointes C-20/00 et C-64/00.....	p.236
CJUE, 30 septembre 2003, M. Köbler, C-224/01.....	p.114
CJUE, 14 octobre 2004, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH, C-36/02.....	p.92
CJUE, 27 juin 2006, Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne, C-540/03.....	p.92
CJUE, 12 décembre 2006, Allemagne c/ Parlement européen et Conseil, C-380/03.....	p.93
CJUE, 11 décembre 2007, International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti, C-438/05.....	p.92
CJUE, 18 décembre 2007, Laval un Partneri Ltd, C-341/05	p.92
CJUE, 3 septembre 2008, Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation c/ Conseil de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P.....	p.91-99
CJUE, 19 novembre 2009, Krzysztof Filipiak c/ Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu, C-314/08.	p.158
CJUE, 4 mars 2010, Rhimou Chakroun, C-578/08 ;	
CJUE, 5 octobre 2010, J. McB, C-410-10 PPU.	P.102
CJUE, 22 juin 2010, Melki et Abdeli, aff. jointes C-188/10 et C-189/10.	p.11-153-158
CJUE, 12 novembre 2010, Krasimir Asparuhov Estov, C-339/10.	p.100-276
CJUE, 22 décembre 2010, DEB, C-279/09.....	p.97
CJUE, 1er mars 2011, Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier c/ Conseil des ministres, C- 236/09.....	p.99



Conseil constitutionnel

CC, 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, n° 74-54 DC.....	p.124-144
CC, 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, n° 84-181 DC.....	p.238
CC, 17 juillet 1985, Loi relative à la définition et à la mise en oeuvre de principes d'aménagement, n° 85-189 DC.....	p.238
CC, 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, n° 86-217 DC ;	
CC, 11 janvier 1990, Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques, n° 89-271 DC	p.134
CC, 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, n° 93-325 DC	p.134
CC, 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle, n° 99-416 DC	p.134
CC, 10 janvier 2001, Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports, n° 2000-440 DC	p.164
CC, 27 juin 2001, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, n° 2001-446 DC	p.141
CC, 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, n° 2001-455 DC	p.173
2003	
CC, 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, n° 2003-484 DC,.....	p.134-141
2004	
CC, 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, n° 2004-496 DC.....	p.60-115
2006	
CC, 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, n° 2006-543 DC ;	
CC, 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, n° 2006-540 DC	p.141
2007	
CC, 16 août 2007, Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, n° 2007-556 DC.....	p.141
2008	
CC, 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, n° 2008-564 DC.....	p.141
CC, 7 août 2008, Loi instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire, n° 2008-569 DC	p.141
2009	
CC, 16 juillet 2009, Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, n° 2009-584 DC.....	p.141
CC, 19 novembre 2009, Loi pénitentiaire, n° 2009-593 DC	p.182
CC, 3 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, n° 2009-595 DC	p.42-129-140-145
CC, 29 décembre 2009, Loi de finances pour 2010, n° 2009-599 DC	p.141



2010

CC, 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, n° 2010-605 DC.....	p.129-136-140-141-152
CC, 28 mai 2010, Consorts L., n° 2010-1 QPC.....	p.133-152
CC, 28 mai 2010, Union des familles en Europe, n° 2010-3 QPC.....	p.130
CC, 10 juin 2010, Loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, n° 2010-607 DC	p.135-164
CC, 11 juin 2010, Mme Vivianne L., n° 2010-2 QPC.....	p.256
CC, 11 juin 2010, M. Stéphane A. et autres, n° 2010-6/7 QPC	p.131-133-148
CC, 18 juin 2010, Epoux L., n° 2010-8 QPC	p.167-172
CC, 18 juin 2010, Société Kimberly Clark, n° 2010-5 QPC.....	p.131
CC, 2 juillet 2010, Consorts C. et autres, n° 2010-10 QPC	p.132-133-149-154
CC, 23 juillet 2010, Région Languedoc-Roussillon et autres, n° 2010-15/23 QPC.....	p.152
CC, 30 juillet 2010, Époux P. et autres, n° 2010-19/27 QPC	p.134
CC, 30 juillet 2010, M. Daniel W. et autres, n° 2010-14/22 QPC	p.134-150-152-161
CC, 6 août 2010, M. Jean C. et autres, n° 2010-20/21 QPC.....	p.141
CC, 17 septembre 2010, Association Sportive Football Club de Metz, n° 2010-28 QPC	p.149
CC, 22 septembre 2010, M. Samir M. et autres, n° 2010-32 QPC	p.150
CC, 22 septembre 2010, Société ESSO SAF, n° 2010-33 QPC.....	p.131-148
CC., 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B., n° 2010-39 QPC	p.149-169
CC, 6 octobre 2010, M. Mathieu P., n° 2010-45 QPC.....	p.149-151
CC, 14 octobre 2010, Compagnie agricole de la Crau, n° 2010-52 QPC	p.170
CC, 12 novembre 2010, M. Pierre B., n° 2010-60 QPC	p.245
CC, 26 novembre 2010, Mlle Danielle S., n° 2010-71 QPC,	p.150
CC, 10 décembre 2010, Société Imnoma, n° 2010-78 QPC	p.131
CC, 17 décembre 2010, M. Kamel D., n° 2010-79 QPC.....	p.158

2011

CC, 13 janvier 2011, M. Claude G., n°2010-83 QPC.....	p.149
CC, 20 janvier 2011, Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel, n° 2010-624 DC.....	p.164
CC ,21 janvier 2011, M. Jacques S., n° 2010-87 QPC	p.242
CC, 21 janvier 2011, Mme Danièle B., n° 2010-88 QPC.....	p.132
CC, 28 janvier 2011, Mme Corinne C. et autre, n° 2010-92 QPC.....	p.149
CC, 4 février 2011, M. Jean-Louis L., n° 2010-96 QPC.....	p.243
CC, 8 avril 2011, M. Lucien M., n°2011-118 QPC.....	p.224
CC, 8 avril 2011, M. Michel Z. et autre, n° 2011-116 QPC	p.241



Conseil d'État

CE, 19 mai 1933, Benjamin, rec. Lebon p. 541	p.48
CE, 28 mai 1971, Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville nouvelle Est", Rec. Lebon p. 409.....	p.250
CE, Ass., 27 janvier 1984, Caillol, n° 31985.....	p.221
CE, Ass., 11 juillet 1984, Subrini, n° 41744	p.246
CE, Sect., 26 juillet 1985, Office national interprofessionnel des céréales, n°42204	p.114
CE, Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, n° 10824	p.113-125-127-140
CE Sect., 11 janvier 1991, Société Morgane, n° 90995.....	p.246
CE, Ass., 28 février 1992, S.A. Rothmans international France & Phillip Morris France, n° 56776; 56777	
CE, Ass., 17 février 1995, Marie, n° 97754	p.40-198-203
CE, 22 février 1995, Mme Godard, n° 120407.....	p.253
CE Ass., 14 février 1996, Maubleu, n° 132369	p.113
CE, 26 février 1996, Fauqueux, n° 106582.....	p.198
CE, 9 octobre 1996, Département de Paris c/ Fretté, n° 168342.....	p.45
CE, Sect., 14 février 1997, Centre hospitalier régional de Nice, n° 133238.....	p.254
CE, Sect., 9 juillet 1997, Association Ekin, n° 151064	p.113-133
CE, 30 juillet 1997, Consorts Habrekorn, n° 145494.....	p.255
CE, Sect., 3 juillet 1998, Bitouzet, n° 158592.....	p.257-258-260
CE Ass., 5 mars 1999, Rouquette, n° 194658.....	p.248
CE, 7 avril 1999, Marchesini et M. et Mme Goletto, n° 142857	p.256
CE, 27 octobre 2000, Mme Vignon, n° 172639	p.113-254
2001	
CE, Ass., 11 juillet 2001, Ministère de la Défense c. M. Préaud, n° 219312	p.114
CE, Ass., 30 novembre 2001, Ministre de la défense et Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ M. Diop, n° 212179 et 212211	p.32-42-249
2002	
CE, 6 mars 2002, Mme Triboulet, Mme Brosset-Pospisil n° 217646 au Rec. et M. Depalle n° 217647.....	p.252
CE, Ass., 12 avril 2002, Société anonyme financière Labeyrie, n° 239693.....	p.248
CE, Ass., 18 juin 2002, Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ Magiera, Rec. p. 247	p.30-41
CE, Ass., avis, 6 décembre 2002, Draon, n° 250167	p.253
CE, 6 décembre 2002, M. Maciolak, n° 239540.....	p.144
CE, 13 décembre 2002, Mme Benahmed, n° 237275.....	p.246
2003	
CE, Sect., 29 janvier 2003, Commune de Champagne-sur-Seine, n° 248894	p.248
CE, Sect., 29 janvier 2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans, n° 245239	p.258
CE, 7 février 2003, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), n°243634.....	p.33-37
CE, 30 juillet 2003, Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ M. Remli, n° 252712.....	p.114-199-208
2004	
CE, 11 février 2004, M. Schiocchet, n° 211510.....	p.131-259
CE, Ass., 11 mai 2004, Association AC ! et autres, n° 255886, 255887, 255888, 255889, 255890, 255891, 255892.....	p.162



CE, 28 juin 2004, Bessis, n° 251897	p.248
CE, 5 juillet 2004, Société Sud parisienne de construction, n° 236840	p.248
CE, Ass., 7 juillet 2004, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie. c/ SARL Ghesquière Equipement, n° 230169.....	p.250
CE, 15 juillet 2004, M. et Mme Leroy, n° 242318	p.144
CE, 19 novembre 2004, Sarget, n° 262298	p.248
CE, 1er décembre 2004, Société France Télécom Transpac, n° 250344	p.246
CE, Sect., 29 décembre 2004, Société d'aménagement des coteaux de Saint-Blaine, n° 257804	p.256
2005	
CE, Ass., avis, 27 mai 2005, Provin, n° 277975,	p.249
CE, 5 juin 2005, Mlle B., n° 230533.	p.45
CE, 1er juillet 2005, M. Ousty, n° 261002	p.130
2006	
CE, 24 février 2006, Mme et M. Levenez, n° 250704	p.254
CE, avis, 18 juillet 2006, M. Ka, n° 286122 ; CE, Sect., 18 juillet 2006, GISTI, n° 274664	p.130
CE, Sect., 27 octobre 2006, M. P. et autres, n° 276069	p.114
CE, Ass., 11 décembre 2006, Société de Groot en Slot Allium BV et autres, n° 234560	p.42-114
2007	
CE, Ass., 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres, n° 287110	p.99-115-116-121
CE, Ass., 8 février 2007, Gardedieu, n° 279522	p.113
CE, Sect., 22 juin 2007, M. Lesourd, n° 288206	p.53-61
CE, 27 juin 2007, Mielle, n° 280693.....	p.256
CE, 9 novembre 2007, Mme Lasgrezas et Association pour la protection des animaux sauvages, n° 296858.....	p.253
CE, 12 décembre 2007, M. Siband, n° 293301	p.41
CE Ass., 14 décembre 2007, Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ M. Boussouar, n° 290730 ;	
CE Ass., 14 décembre 2007, Planchenault, n° 290420	p.40-187-196-199-200
CE Ass., 14 décembre 2007, M. Payet, n° 306432	p.40-187-199-205-207
2008	
CE, Ass., 10 avril 2008, Conseil national des barreaux et autres, n° 296845 ; 296907	p.38-60-115-121
CE, 18 juin 2008, M. Gestas, n° 295831.....	p.114
CE, 3 septembre 2008, Ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer c/ Aéroport de Bâle-Mulhouse, n° 304375	p.249
CE, 3 octobre 2008, Commune d'Annecy, n° 297931	p.53-61
CE, 19 novembre 2008, Société Getecom n° 292948	p.131-251
CE, 17 décembre 2008, Section française de l'OIP, n° 305594	p.189
2009	
CE, réf., 30 juin 2009, Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales c/ M. Beghal, n° 328879	p.41-118
CE, 8 juillet 2009, Valette, n° 308778	p.255
CE, Sect., 17 juillet 2009, Ville de Brest, n° 295653.....	p.41
CE, 31 juillet 2009, Sté Ulysse SAS, n° 316525.....	p.250
CE, Ass., 30 octobre 2009, Mme Perreux, n° 298348.....	p.114
CE, 13 novembre 2009, SNC Domaine de Sausset-les-Pins, n° 309093	p.256
CE, 27 mai 2009, Miloudi, n° 322148	p.196-201



2010

CE, 10 mars 2010, Lévy, n° 323081.....	p.251
CE, 14 avril 2010, M. et Mme Labane, n° 6753	p.42
CE, 14 avril 2010, Mme Lazare, n° 329290	p.42
CE, 14 avril 2010, Union des familles en Europe, n° 323830.....	p.42
CE, 16 avril 2010, Association Alcaly et autres, n° 320667.....	p.163
CE, 14 mai 2010, Rujovic, n° 312305	p.152
CE, 2 juin 2010, Fondation de France, n° 318014.....	p.250
CE, ref., 16 juin 2010, Mme Assetou Diakité, n° 340250.....	p.79
CE, 9 juillet 2010, M. et Mme Atanasio, n° 338977	p.245
CE, 16 juillet 2010, SCI La Saulnaie, n° 334665	p.245
CE, 8 octobre 2010, M. Daoudi, n° 338505	p.171
CE, 24 novembre 2010, n° 343398	p.163
CE, 26 novembre 2010, Ministre d'État, Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés c/ M. Bompard, n° 329564.....	p.208
CE, Sect., 30 décembre 2010, M. Robert, n° 329513 et 329515.....	p.162

2011

CE, 28 janvier 2011, M. Lucien Mangaboure, n° 330481	p.245
CE, 28 mars 2011, Garde des Sceaux, ministre de la justice c/ M. Bennay, n° 316977	p.196
CE, Ass., 13 mai 2011, Mme D., n° 317808.....	p.254
CE, Ass., 13 mai 2011, Mme M'Rida, n° 316734.....	p.247-248
CE, 11 juillet 2011, Société du parc d'activités de Blotzheim, n° 317272	p.256

Cour de cassation

Cass., Ch. mixte, 24 mai 1975, Administration des Douanes contre Société Café Jacques Vabre, Bull. Ch. mixte, n° 4 ; D. 1975.497.....	p.125-127-140
Cass., Ass. Plen., 6 janvier 1994, Consorts Baudon de Mony c/ EDF, CJEG 1994, p. 413 et s.....	p.258
Cass., com., 8 mars 1994, n° 92-14394	p.244
Cass., civ. 1e, 4 janvier 1995, Bull. civ. I, n° 4.....	p.237
Cass., civ. 3e, 6 mars 1996, n° 93-11113.....	p.239
Cass., Ass. plén., 8 décembre 2000, Société anonyme de télécommunications (SAT) c/ M. Coudière et autres, n° 97-44.219	p.173
2001	
Cass., com., 17 juillet 2001, n° 98-20188	p.245
Cass., civ. 3e, 12 décembre 2001, n° 99-70145	p.241
2002	
Cass., civ. 3e, 18 décembre 2002, n° 01-00519	p.238
2003	
Cass., civ. 3e, 19 mars 2003, n° 01-03730.....	p.239
Cass., com., 8 juillet 2003, n° 00-21591	p.244
Cass., civ. 2e, 23 octobre 2003, n° 02-16303.....	p.240
Cass., civ. 2e, 18 décembre 2003, n° 03-60.315 Bulletin 2003 II n° 396 p. 327.....	p.130
2004	
Cass., civ. 2e, 8 juillet 2004, Bull. II, n° 387.....	p.150
2005	
Cass., com., 12 juillet 2005, n° 03-14045	p.244
2006	
Cass., civ. 3e, 22 mars 2006 n° 05-12487.....	p.239



Cass., soc., 28 mars 2006, n° 04-16.558	p.249
Cass., civ 1e, 10 mai 2006, Bull. I, n° 225	p.144
Cass., civ. 3e, 8 juin 2006, n° 05-14774	p.238
Cass., soc., 10 octobre 2006, Mme X c/ Société Saumaty Méditerranée, n° 04-43453	p.173
Cass., Ass. Plen., 21 décembre 2006, Bull. Ass. Plen. n° 150	p.150
2007	
Cass., civ. 3e, 3 juillet 2007, n° 06-15398	p.241
2008	
Cass., civ. 1e, 8 juillet 2008, n° 07-12159, Dalloz 2008	p.244
2009	
Cass., civ. 2e, 19 février 2009, n° 07-20668	p.243
2010	
Cass., civ. 3e, 3 mars 2010, n° 08-21911	p.241
Cass., civ. 3e, 10 mars 2010, n° 09-13082	p.240
Cass., civ. 3e, 10 mars 2010, n° 09-10412	p.240
Cass., civ. 1re, 31 mars 2010, n° 09-13811	p.244
Cass., 16 avril 2010, Abdeli et Melki, n° 10-40002, QPC	p.152
Cass., crim., 16 juillet 2010, n° 10-90086 et n° 10-90087	p.141
Cass., crim. 19 octobre 2010, pourvoi n° 10-82902	p.151
Cass., crim. 19 octobre 2010, n° 10-82902, n° 10-82306, n° 10-85051	p.151
Cass., com., 26 octobre 2010, n° 09-15044	p.244
Cass., soc., 24 novembre 2010, n° 08-44181	p.243
2011	
Cass., soc., 12 janvier 2011, n° 09-69348	p.243
Cass., civ 3e, 27 janvier 2011, n° 10-40056	p.141
Cass., civ. 3e, 16 mars 2011, n° 09-69544	p.242
Cass., Ass. Plen., 15 avril 2011, n° 10-30.316 ; 10-30.313 ; 10-30.242 et 10-17.049, Bull. Ass. Plen., n° 1 à 4	p.151
Cass., civ. 2e, 28 avril 2011, n° 10-18598	p.244
Cass., civ. 3e, 4 mai 2011, n° 09-70161	p.243
Cass., crim., 31 mai 2011, n° 10-88.293 ; 11-81.4212 et 10-88.809	p.151



Extraits de la Constitution et de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel

Constitution du 4 octobre 1958

TITRE VII - Le Conseil constitutionnel

Article 61 - Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. / Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. / Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours. / Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation.

Article 61-1 - Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. / Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.

Article 62 - Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel

Titre II- Fonctionnement du Conseil constitutionnel

Chapitre II bis : De la question prioritaire de constitutionnalité

Section 1 : Dispositions applicables devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation

Article 23-1 - Devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office. / Devant une juridiction relevant de la Cour de cassation, lorsque le ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès que le moyen est soulevé afin qu'il puisse faire connaître son avis. / Si le moyen est soulevé au cours de l'instruction pénale, la juridiction d'instruction du second degré en est saisie. / Le moyen ne peut être soulevé devant la cour d'assises. En cas d'appel d'un arrêt rendu par la cour d'assises en premier ressort, il peut être soulevé dans un écrit accompagnant la déclaration d'appel. Cet écrit est immédiatement transmis à la Cour de cassation.

Article 23-2 - La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Il est



procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies :

1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;

2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux. / En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. La décision de transmettre la question est adressée au Conseil d'État ou à la Cour de cassation dans les huit jours de son prononcé avec les mémoires ou les conclusions des parties. Elle n'est susceptible d'aucun recours. Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige.

Article 23-3 - Lorsque la question est transmise, la juridiction sursoit à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel. Le cours de l'instruction n'est pas suspendu et la juridiction peut prendre les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires. / Toutefois, il n'est sursis à statuer ni lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance ni lorsque l'instance a pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté. / La juridiction peut également statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'elle statue dans un délai déterminé ou en urgence. Si la juridiction de première instance statue sans attendre et s'il est formé appel de sa décision, la juridiction d'appel sursoit à statuer. Elle peut toutefois ne pas surseoir si elle est elle-même tenue de se prononcer dans un délai déterminé ou en urgence. / En outre, lorsque le sursis à statuer risquerait d'entraîner des conséquences irréversibles ou manifestation excessives pour les droits d'une partie, la juridiction qui décide de transmettre la question peut statuer sur les points qui doivent être immédiatement tranchés. / Si un pourvoi en cassation a été introduit alors que les juges du fond se sont prononcés sans attendre la décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, celle du Conseil constitutionnel, il est sursis à toute décision sur le pourvoi tant qu'il n'a pas été statué sur la question prioritaire de constitutionnalité. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé.

Section 2 : Dispositions applicables devant le Conseil d'État et la Cour de cassation

Article 23-4 - Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la transmission prévue à l'article 23-2 ou au dernier alinéa de l'article 23-1, le Conseil d'État ou la Cour de cassation se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Il est procédé à ce renvoi dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Article 23-5 - Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé. Il ne peut être relevé d'office. / En tout état de cause, le Conseil d'État ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. / Le Conseil d'État ou la Cour de cassation dispose d'un délai de trois mois à compter de la présentation du moyen pour rendre sa décision. Le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire



de constitutionnalité dès lors que les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 23-2 sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux. /Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi, le Conseil d'État ou la Cour de cassation sursoit à statuer jusqu'à ce qu'il se soit prononcé. Il en va autrement quand l'intéressé est privé de liberté à raison de l'instance et que la loi prévoit que la Cour de cassation statue dans un délai déterminé. Si le Conseil d'État ou la Cour de cassation est tenu de se prononcer en urgence, il peut n'être pas sursis à statuer.

Article 23-6 (abrogé)

Article 23-7 - La décision motivée du Conseil d'État ou de la Cour de cassation de saisir le Conseil constitutionnel lui est transmise avec les mémoires ou les conclusions des parties. Le Conseil constitutionnel reçoit une copie de la décision motivée par laquelle le Conseil d'État ou la Cour de cassation décide de ne pas le saisir d'une question prioritaire de constitutionnalité. Si le Conseil d'État ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé dans les délais prévus aux articles 23-4 et 23-5, la question est transmise au Conseil constitutionnel. /La décision du Conseil d'État ou de la Cour de cassation est communiquée à la juridiction qui a transmis la question prioritaire de constitutionnalité et notifiée aux parties dans les huit jours de son prononcé.

Section 3 : Dispositions applicables devant le Conseil constitutionnel

Article 23-8 - Le Conseil constitutionnel, saisi en application des dispositions du présent chapitre, avise immédiatement le Président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ceux-ci peuvent adresser au Conseil constitutionnel leurs observations sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est soumise. /Lorsqu'une disposition d'une loi du pays de la Nouvelle-Calédonie fait l'objet de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel avise également le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, le président du congrès et les présidents des assemblées de province.

Article 23-9 - Lorsque le Conseil constitutionnel a été saisi de la question prioritaire de constitutionnalité, l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la question a été posée est sans conséquence sur l'examen de la question.

Article 23-10 - Le Conseil constitutionnel statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine. Les parties sont mises à même de présenter contradictoirement leurs observations. L'audience est publique, sauf dans les cas exceptionnels définis par le règlement intérieur du Conseil constitutionnel.

Article 23-11 - La décision du Conseil constitutionnel est motivée. Elle est notifiée aux parties et communiquée soit au Conseil d'État, soit à la Cour de cassation ainsi que, le cas échéant, à la juridiction devant laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée. /Le Conseil constitutionnel communique également sa décision au Président de la République, au Premier ministre et aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ainsi que, dans le cas prévu au dernier alinéa de l'article 23-8, aux autorités qui y sont mentionnées. /La décision du Conseil constitutionnel est publiée au Journal officiel et, le cas échéant, au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie.

Article 23-12 - Lorsque le Conseil constitutionnel est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, la contribution de l'État à la rétribution des auxiliaires de justice qui prêtent leur concours au titre de l'aide juridictionnelle est majorée selon des modalités fixées par voie réglementaire.



Extrait des principaux articles des Traités cités au cours des débats et Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Extraits des articles des Traités

Traité sur l'Union européenne (TUE)

Article 3

1. L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples.
2. L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène.
3. L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique. Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant. Elle promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres. Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen.
4. L'Union établit une union économique et monétaire dont la monnaie est l'euro.
5. Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant, ainsi qu'au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations unies.
6. L'Union poursuit ses objectifs par des moyens appropriés, en fonction des compétences qui lui sont attribuées dans les traités.

Article 6

1. L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 déc. 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités. / Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités. / Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci et en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions.
2. L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités.
3. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux.



Article 24 (ex art. 11 TUE)*Les objectifs et les limites de la politique de sécurité et de défense commune*

1. La compétence de l'Union en matière de politique étrangère et de sécurité commune couvre tous les domaines de la politique étrangère ainsi que l'ensemble des questions relatives à la sécurité de l'Union, y compris la définition progressive d'une politique de défense commune qui peut conduire à une défense commune. / La politique étrangère et de sécurité commune est soumise à des règles et procédures spécifiques. Elle est définie et mise en œuvre par le Conseil européen et le Conseil, qui statuent à l'unanimité, sauf dans les cas où les traités en disposent autrement. L'adoption d'actes législatifs est exclue. / Cette politique est exécutée par le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité et par les États membres, conformément aux traités. Les rôles spécifiques du Parlement européen et de la Commission dans ce domaine sont définis par les traités. La Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente en ce qui concerne ces dispositions, à l'exception de sa compétence pour contrôler le respect de l'article 25 (TL) [Article 38 TUE] du présent traité et pour contrôler la légalité de certaines décisions visées à l'article 240bis (TL) [Article 275 TFUE], second alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

2. Dans le cadre des principes et objectifs de son action extérieure, l'Union conduit, définit et met en œuvre une politique étrangère et de sécurité commune fondée sur un développement de la solidarité politique mutuelle des États membres, sur l'identification des questions présentant un intérêt général et sur la réalisation d'un degré toujours croissant de convergence des actions des États membres.

3. Les États membres appuient activement et sans réserve la politique extérieure et de sécurité de l'Union dans un esprit de loyauté et de solidarité mutuelle et respectent l'action de l'Union dans ce domaine. Les États membres oeuvrent de concert au renforcement et au développement de leur solidarité politique mutuelle. Ils s'abstiennent de toute action contraire aux intérêts de l'Union ou susceptible de nuire à son efficacité en tant que force de cohésion dans les relations internationales. / Le Conseil et le haut représentant veillent au respect de ces principes.

Article 218 (extraits)

6. Le Conseil, sur proposition d'un négociateur, adopte une décision portant conclusion de l'accord. Sauf lorsque l'accord porte exclusivement sur la politique étrangère et de sécurité commune, le Conseil adopte la décision de conclusion de l'accord: a) après approbation du Parlement européen dans les cas suivants: [...] / ii) accord portant adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales; [...] / b) après consultation du Parlement européen, dans les autres cas. Le Parlement européen émet son avis dans un délai que le Conseil peut fixer en fonction de l'urgence. En l'absence d'avis dans ce délai, le Conseil peut statuer.

Article 275

La CJUE n'est pas compétente en ce qui concerne les dispositions relatives à la politique étrangère et de sécurité commune, ni en ce qui concerne les actes adoptés sur leur base. / Toutefois, la Cour est compétente pour contrôler le respect de l'article 40 du TUE et se prononcer sur les recours, formés dans les conditions prévues à l'article 263, 4^e alinéa, du présent traité concernant le contrôle de la légalité des décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil sur la base du titre V, chap. 2 du TUE.

Article 340 TFUE (ex art. 288 al. 2 TCE)

En matière de responsabilité non contractuelle, l'Union doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions.



Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Telle qu'amendée par les Protocoles n° 11 et 14, accompagnée du Protocole additionnel et des Protocoles n° 4, 6, 7, 12 et 13.

Source : *Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, Juin 2010*

Le texte de la Convention est présenté tel qu'amendé par les dispositions du Protocole n° 14 (STCE n° 194) à compter de son entrée en vigueur le 1er juin 2010. Le texte de la Convention avait été précédemment amendé conformément aux dispositions du Protocole n° 3 (STE n° 45), entré en vigueur le 21 septembre 1970, du Protocole n° 5 (STE n° 55), entré en vigueur le 20 décembre 1971, et du Protocole n° 8 (STE no 118), entré en vigueur le 1er janvier 1990, et comprenait en outre le texte du Protocole n° 2 (STE n° 44) qui, conformément à son article 5 § 3, avait fait partie intégrante de la Convention depuis son entrée en vigueur le 21 septembre 1970. Toutes les dispositions qui avaient été amendées ou ajoutées par ces Protocoles ont été remplacées par le Protocole n° 11 (STE n° 155), à compter de la date de son entrée en vigueur le 1er novembre 1998. A compter de cette date, le Protocole n° 9 (STE no 140), entré en vigueur le 1er octobre 1994, était abrogé et le Protocole n° 10 (STE no 146) était devenu sans objet. / L'état des signatures et des ratifications de la Convention et de ses Protocoles ainsi que la liste complète des déclarations et réserves peuvent être consultés sur <http://conventions.coe.int>.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales Rome, 4.XI.1950

Les gouvernements signataires, membres du Conseil de l'Europe,

Considérant la Déclaration universelle des droits de l'homme, proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 ;

Considérant que cette déclaration tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés ;

Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Réaffirmant leur profond attachement à ces libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme dont ils se réclament ;

Résolus, en tant que gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle, Sont convenus de ce qui suit :

Article 1 - Obligation de respecter les droits de l'homme

Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention :



Article 2 - Droit à la vie

1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire:

- a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;
- b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;
- c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection.

Article 3 - Interdiction de la torture - Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Article 4 - Interdiction de l'esclavage et du travail forcé

1. Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude.

2. Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire.

3. N'est pas considéré comme « travail forcé ou obligatoire » au sens du présent article :

- a) tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la présente Convention, ou durant sa mise en liberté conditionnelle ;
- b) tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, à un autre service à la place du service militaire obligatoire ;
- c) tout service requis dans le cas de crises ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté ; d) tout travail ou service formant partie des obligations civiles normales.

Article 5 - Droit à la liberté et à la sûreté

1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

- a) s'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;
- b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;
- c) s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;
- d) s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ;
- e) s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;
- f) s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours.

2. Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle.



3. Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c) du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience.

4. Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale.

5. Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation.

Article 6 - Droit à un procès équitable

1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Tout accusé a droit notamment à :

a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;

b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge

e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience.

Article 7 - Pas de peine sans loi

1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

Article 8 - Droit au respect de la vie privée et familiale

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions



pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Article 9 - Liberté de pensée, de conscience et de religion

1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Article 10 - Liberté d'expression

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

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

Article 11 - Liberté de réunion et d'association

1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État.

Article 12 - Droit au mariage

A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit.

Article 13 - Droit à un recours effectif

Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles.

Article 14 - Interdiction de discrimination

La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

Article 15 - Dérogation en cas d'état d'urgence

1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute



Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.

2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 § 1 et 7.

3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application.

Article 16 - Restrictions à l'activité politique des étrangers

Aucune des dispositions des articles 10, 11 et 14 ne peut être considérée comme interdisant aux Hautes Parties contractantes d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers.

Article 17 - Interdiction de l'abus de droit

Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention.

Article 18 - Limitation de l'usage des restrictions aux droits

Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues.

Titre II

Cour européenne des droits de l'homme

Article 19 - Institution de la Cour - Afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses Protocoles, il est institué une Cour européenne des droits de l'homme, ci-dessous nommée « la Cour » Elle fonctionne de façon permanente.

Article 20 - Nombre de juges - La Cour se compose d'un nombre de juges égal à celui des Hautes Parties contractantes.

Article 21 - Conditions d'exercice des fonctions

1. Les juges doivent jouir de la plus haute considération morale et réunir les conditions requises pour l'exercice de hautes fonctions judiciaires ou être des jurisconsultes possédant une compétence notoire.

2. Les juges siègent à la Cour à titre individuel.

3. Pendant la durée de leur mandat, les juges ne peuvent exercer aucune activité incompatible avec les exigences d'indépendance, d'impartialité ou de disponibilité requise par une activité exercée à plein temps ; toute question soulevée en application de ce paragraphe est tranchée par la Cour.

Article 22 - Election des juges

Les juges sont élus par l'Assemblée parlementaire au titre de chaque Haute Partie contractante, à la majorité des voix exprimées, sur une liste de trois candidats présentés par la Haute Partie contractante.

Article 23 - Durée du mandat et révocation



1. Les juges sont élus pour une durée de neuf ans. Ils ne sont pas rééligibles.
2. Le mandat des juges s'achève dès qu'ils atteignent l'âge de 70 ans.
3. Les juges restent en fonction jusqu'à leur remplacement. Ils continuent toutefois de connaître des affaires dont ils sont déjà saisis.
4. Un juge ne peut être relevé de ses fonctions que si les autres juges décident, à la majorité des deux tiers, que ce juge a cessé de répondre aux conditions requises.

Article 24 - Greffe et rapporteurs

1. La Cour dispose d'un greffe dont les tâches et l'organisation sont fixées par le règlement de la Cour.
2. Lorsqu'elle siège en formation de juge unique, la Cour est assistée de rapporteurs qui exercent leurs fonctions sous l'autorité du président de la Cour. Ils font partie du greffe de la Cour.

Article 25 - Assemblée plénière

La Cour réunie en Assemblée plénière

- a) élit, pour une durée de trois ans, son président et un ou deux vice-présidents ; ils sont rééligibles ;
- b) constitue des chambres pour une période déterminée ;
- c) élit les présidents des chambres de la Cour, qui sont rééligibles ;
- d) adopte le règlement de la Cour ;
- e) élit le greffier et un ou plusieurs greffiers adjoints ;
- f) fait toute demande au titre de l'article 26 § 2.

Article 26 - Formations de juge unique, comités, chambres et Grande Chambre

1. Pour l'examen des affaires portées devant elle, la Cour siège en formations de juge unique, en comités de trois juges, en chambres de sept juges et en une Grande Chambre de dix-sept juges. Les chambres de la Cour constituent les comités pour une période déterminée.
2. A la demande de l'Assemblée plénière de la Cour, le Comité des Ministres peut, par une décision unanime et pour une période déterminée, réduire à cinq le nombre de juges des chambres.
3. Un juge siégeant en tant que juge unique n'examine aucune requête introduite contre la Haute Partie contractante au titre de laquelle ce juge a été élu.
4. Le juge élu au titre d'une Haute Partie contractante partie au litige est membre de droit de la chambre et de la Grande Chambre. En cas d'absence de ce juge, ou lorsqu'il n'est pas en mesure de siéger, une personne choisie par le président de la Cour sur une liste soumise au préalable par cette partie siège en qualité de juge.
5. Font aussi partie de la Grande Chambre, le président de la Cour, les vice-présidents, les présidents des chambres et d'autres juges désignés conformément au règlement de la Cour. Quand l'affaire est déférée à la Grande Chambre en vertu de l'article 43, aucun juge de la chambre qui a rendu l'arrêt ne peut y siéger, à l'exception du président de la chambre et du juge ayant siégé au titre de la Haute Partie contractante intéressée.

Article 27 - Compétence des juges uniques

1. Un juge unique peut déclarer une requête introduite en vertu de l'article 34 irrecevable ou la rayer du rôle lorsqu'une telle décision peut être prise sans examen complémentaire.
2. La décision est définitive.



3. Si le juge unique ne déclare pas une requête irrecevable ou ne la raye pas du rôle, ce juge la transmet à un comité ou à une chambre pour examen complémentaire.

Article 28 - Compétence des comités

1. Un comité saisi d'une requête individuelle introduite en vertu de l'article 34 peut, par vote unanime,

a) la déclarer irrecevable ou la rayer du rôle lorsqu'une telle décision peut être prise sans examen complémentaire ; ou

b) la déclarer recevable et rendre conjointement un arrêt sur le fond lorsque la question relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou de ses Protocoles qui est à l'origine de l'affaire fait l'objet d'une jurisprudence bien établie de la Cour.

2. Les décisions et arrêts prévus au paragraphe 1 sont définitifs.

3. Si le juge élu au titre de la Haute Partie contractante partie au litige n'est pas membre du comité, ce dernier peut, à tout moment de la procédure, l'inviter à siéger en son sein en lieu et place de l'un de ses membres, en prenant en compte tous facteurs pertinents, y compris la question de savoir si cette partie a contesté l'application de la procédure du paragraphe 1.b)

Article 29 - Décisions des chambres sur la recevabilité et le fond

1. Si aucune décision n'a été prise en vertu des articles 27 ou 28, ni aucun arrêt rendu en vertu de l'article 28, une chambre se prononce sur la recevabilité et le fond des requêtes individuelles introduites en vertu de l'article 34. La décision sur la recevabilité peut être prise de façon séparée.

2. Une chambre se prononce sur la recevabilité et le fond des requêtes étatiques introduites en vertu de l'article 33. Sauf décision contraire de la Cour dans des cas exceptionnels, la décision sur la recevabilité est prise séparément.

Article 30 - Dessaisissement en faveur de la Grande Chambre

Si l'affaire pendante devant une chambre soulève une question grave relative à l'interprétation de la Convention ou de ses Protocoles, ou si la solution d'une question peut conduire à une contradiction avec un arrêt rendu antérieurement par la Cour, la chambre peut, tant qu'elle n'a pas rendu son arrêt, se dessaisir au profit de la Grande Chambre, à moins que l'une des parties ne s'y oppose.

Article 31 - Attributions de la Grande Chambre

La Grande Chambre :

a) se prononce sur les requêtes introduites en vertu de l'article 33 ou de l'article 34 lorsque l'affaire lui a été déférée par la chambre en vertu de l'article 30 ou lorsque l'affaire lui a été déférée en vertu de l'article 43 ;

b) se prononce sur les questions dont la Cour est saisie par le Comité des Ministres en vertu de l'article 46 § 4 ; et c) examine les demandes d'avis consultatifs introduites en vertu de l'article 47.

Article 32 - Compétence de la Cour

1. La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34, 46 et 47.

2. En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide.

Article 33 - Affaires interétatiques

Toute Haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses Protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à



une autre Haute Partie contractante.

Article 34 - Requêtes individuelles

La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit.

Article 35 - Conditions de recevabilité

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

2. La Cour ne retient aucune requête individuelle introduite en application de l'article 34, lorsque

a) elle est anonyme ; ou

b) elle est essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Cour ou déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement, et si elle ne contient pas de faits nouveaux.

3. La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle introduite en application de l'article 34 lorsqu'elle estime :

a) que la requête est incompatible avec les dispositions de la Convention ou de ses Protocoles, manifestement mal fondée ou abusive ; ou

b) que 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 et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne.

4. La Cour rejette toute requête qu'elle considère comme irrecevable par application du présent article. Elle peut procéder ainsi à tout stade de la procédure.

Article 36 - Tierce intervention

1. Dans toute affaire devant une chambre ou la Grande Chambre, une Haute Partie contractante dont un ressortissant est requérant a le droit de présenter des observations écrites et de prendre part aux audiences.

2. Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le président de la Cour peut inviter toute Haute Partie contractante qui n'est pas partie à l'instance ou toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences.

3. Dans toute affaire devant une chambre ou la Grande Chambre, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe peut présenter des observations écrites et prendre part aux audiences.

Article 37 – Radiation

1. A tout moment de la procédure, la Cour peut décider de rayer une requête du rôle lorsque les circonstances permettent de conclure

a) que le requérant n'entend plus la maintenir ; ou

b) que le litige a été résolu ; ou

c) que, pour tout autre motif dont la Cour constate l'existence, il ne se justifie plus de poursuivre l'examen de la requête. Toutefois, la Cour poursuit l'examen de la requête si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles l'exige.



2. La Cour peut décider la réinscription au rôle d'une requête lorsqu'elle estime que les circonstances le justifient.

Article 38 - Examen contradictoire de l'affaire

La Cour examine l'affaire de façon contradictoire avec les représentants des parties et, s'il y a lieu, procède à une enquête pour la conduite efficace de laquelle les Hautes Parties contractantes intéressées fourniront toutes facilités nécessaires.

Article 39 - Règlements amiables

1. A tout moment de la procédure, la Cour peut se mettre à la disposition des intéressés en vue de parvenir à un règlement amiable de l'affaire s'inspirant du respect des droits de l'homme tels que les reconnaissent la Convention et ses Protocoles.

2. La procédure décrite au paragraphe 1 est confidentielle.

3. En cas de règlement amiable, la Cour raye l'affaire du rôle par une décision qui se limite à un bref exposé des faits et de la solution adoptée.

4. Cette décision est transmise au Comité des Ministres qui surveille l'exécution des termes du règlement amiable tels qu'ils figurent dans la décision.

Article 40 - Audience publique et accès aux documents

1. L'audience est publique à moins que la Cour n'en décide autrement en raison de circonstances exceptionnelles.

2. Les documents déposés au greffe sont accessibles au public à moins que le président de la Cour n'en décide autrement.

Article 41 - Satisfaction équitable

Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable.

Article 42 - Arrêts des chambres

Les arrêts des chambres deviennent définitifs conformément aux dispositions de l'article 44 § 2.

Article 43 - Renvoi devant la Grande Chambre

1. Dans un délai de trois mois à compter de la date de l'arrêt d'une chambre, toute partie à l'affaire peut, dans des cas exceptionnels, demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre.

2. Un collège de cinq juges de la Grande Chambre accepte la demande si l'affaire soulève une question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou de ses Protocoles, ou encore une question grave de caractère général.

3. Si le collège accepte la demande, la Grande Chambre se prononce sur l'affaire par un arrêt.

Article 44 - Arrêts définitifs

1. L'arrêt de la Grande Chambre est définitif.

2. L'arrêt d'une chambre devient définitif

a) lorsque les parties déclarent qu'elles ne demanderont pas le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre ; ou

b) trois mois après la date de l'arrêt, si le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre n'a pas été demandé ; ou

c) lorsque le collège de la Grande Chambre rejette la demande de renvoi formulée en



application de l'article 43.

3. L'arrêt définitif est publié.

Article 45 - Motivation des arrêts et décisions

1. Les arrêts, ainsi que les décisions déclarant des requêtes recevables ou irrecevables, sont motivés.

2. Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée.

Article 46 - Force obligatoire et exécution des arrêts

1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties.

2. L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution.

3. Lorsque le Comité des Ministres estime que la surveillance de l'exécution d'un arrêt définitif est entravée par une difficulté d'interprétation de cet arrêt, il peut saisir la Cour afin qu'elle se prononce sur cette question d'interprétation. La décision de saisir la Cour est prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité.

4. Lorsque le Comité des Ministres estime qu'une Haute Partie contractante refuse de se conformer à un arrêt définitif dans un litige auquel elle est partie, il peut, après avoir mis en demeure cette partie et par décision prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité, saisir la Cour de la question du respect par cette partie de son obligation au regard du paragraphe 1.

5. Si la Cour constate une violation du paragraphe 1, elle renvoie l'affaire au Comité des Ministres afin qu'il examine les mesures à prendre. Si la Cour constate qu'il n'y a pas eu violation du paragraphe 1, elle renvoie l'affaire au Comité des Ministres, qui décide de clore son examen.

Article 47 - Avis consultatifs

1. La Cour peut, à la demande du Comité des Ministres, donner des avis consultatifs sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et de ses Protocoles.

2. Ces avis ne peuvent porter ni sur les questions ayant trait au contenu ou à l'étendue des droits et libertés définis au titre I de la Convention et dans les Protocoles ni sur les autres questions dont la Cour ou le Comité des Ministres pourraient avoir à connaître par suite de l'introduction d'un recours prévu par la Convention.

3. La décision du Comité des Ministres de demander un avis à la Cour est prise par un vote à la majorité des représentants ayant le droit de siéger au Comité.

Article 48 - Compétence consultative de la Cour

La Cour décide si la demande d'avis consultatif présentée par le Comité des Ministres relève de sa compétence telle que définie par l'article 47.

Article 49 - Motivation des avis consultatifs

1. L'avis de la Cour est motivé.

2. Si l'avis n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée.

3. L'avis de la Cour est transmis au Comité des Ministres.

Article 50 - Frais de fonctionnement de la Cour



Les frais de fonctionnement de la Cour sont à la charge du Conseil de l'Europe.

Article 51 - Privilèges et immunités des juges

Les juges jouissent, pendant l'exercice de leurs fonctions, des privilèges et immunités prévus à l'article 40 du Statut du Conseil de l'Europe et dans les accords conclus au titre de cet article.

Titre III

Dispositions diverses

Article 52 - Enquêtes du Secrétaire général

Toute Haute Partie contractante fournira sur demande du Secrétaire général du Conseil de l'Europe les explications requises sur la manière dont son droit interne assure l'application effective de toutes les dispositions de cette Convention.

Article 53 - Sauvegarde des droits de l'homme reconnus

Aucune des dispositions de la présente convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie.

Article 54 - Pouvoirs du Comité des Ministres

Aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte aux pouvoirs conférés au Comité des Ministres par le Statut du Conseil de l'Europe.

Article 55 - Renonciation à d'autres modes de règlement des différends

Les Hautes Parties contractantes renoncent réciproquement, sauf compromis spécial, à se prévaloir des traités, conventions ou déclarations existant entre elles, en vue de soumettre, par voie de requête, un différend né de l'interprétation ou de l'application de la présente Convention à un mode de règlement autre que ceux prévus par ladite Convention.

Article 56 - Application territoriale

1. Tout État peut, au moment de la ratification ou à tout autre moment par la suite, déclarer, par notification adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, que la présente Convention s'appliquera, sous réserve du paragraphe 4 du présent article, à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales.

2. La Convention s'appliquera au territoire ou aux territoires désignés dans la notification à partir du trentième jour qui suivra la date à laquelle le Secrétaire général du Conseil de l'Europe aura reçu cette notification.

3. Dans lesdits territoires les dispositions de la présente Convention seront appliquées en tenant compte des nécessités locales.

4. Tout État qui a fait une déclaration conformément au premier paragraphe de cet article, peut, à tout moment par la suite, déclarer relativement à un ou plusieurs des territoires visés dans cette déclaration qu'il accepte la compétence de la Cour pour connaître des requêtes de personnes physiques, d'organisations non gouvernementales ou de groupes de particuliers, comme le prévoit l'article 34 de la Convention.

Article 57 – Réserves

1. Tout État peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne



sont pas autorisées aux termes du présent article.

2. Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause.

Article 58 – Dénonciation

1. Une Haute Partie contractante ne peut dénoncer la présente Convention qu'après l'expiration d'un délai de cinq ans à partir de la date d'entrée en vigueur de la Convention à son égard et moyennant un préavis de six mois, donné par une notification adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, qui en informe les autres Parties contractantes.

2. Cette dénonciation ne peut avoir pour effet de délier la Haute Partie contractante intéressée des obligations contenues dans la présente Convention en ce qui concerne tout fait qui, pouvant constituer une violation de ces obligations, aurait été accompli par elle antérieurement à la date à laquelle la dénonciation produit effet.

3. Sous la même réserve cesserait d'être partie à la présente Convention toute Partie contractante qui cesserait d'être membre du Conseil de l'Europe.

4. La Convention peut être dénoncée conformément aux dispositions des paragraphes précédents en ce qui concerne tout territoire auquel elle a été déclarée applicable aux termes de l'article 56.

Article 59 - Signature et ratification

1. La présente Convention est ouverte à la signature des membres du Conseil de l'Europe. Elle sera ratifiée. Les ratifications seront déposées près le Secrétaire général du Conseil de l'Europe.

2. L'Union européenne peut adhérer à la présente Convention.

3. La présente Convention entrera en vigueur après le dépôt de dix instruments de ratification.

4. Pour tout signataire qui la ratifiera ultérieurement, la Convention entrera en vigueur dès le dépôt de l'instrument de ratification.

5. Le Secrétaire général du Conseil de l'Europe notifiera à tous les membres du Conseil de l'Europe l'entrée en vigueur de la Convention, les noms des Hautes Parties contractantes qui l'auront ratifiée, ainsi que le dépôt de tout instrument de ratification intervenu ultérieurement.

Fait à Rome, le 4 novembre 1950, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire qui sera déposé dans les archives du Conseil de l'Europe. Le Secrétaire général du Conseil de l'Europe en communiquera des copies certifiées conformes à tous les signataires.

Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Paris, 20.III.1952

Les gouvernements signataires, membres du Conseil de l'Europe, Résolus à prendre des mesures propres à assurer la garantie collective de droits et libertés autres que ceux qui figurent déjà dans le titre I de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après dénommée « la Convention »), / Sont convenus de ce qui suit :

Article 1 - Protection de la propriété - Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux



du droit international. / Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.

Article 2 - Droit à l'instruction - Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.

Article 3 - Droit à des élections libres - Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif.

Article 4 - Application territoriale - Toute Haute Partie contractante peut, au moment de la signature ou de la ratification du présent Protocole ou à tout moment par la suite, communiquer au Secrétaire général du Conseil de l'Europe une déclaration indiquant la mesure dans laquelle elle s'engage à ce que les dispositions du présent Protocole s'appliquent à tels territoires qui sont désignés dans ladite déclaration et dont elle assure les relations internationales. Toute Haute Partie contractante qui a communiqué une déclaration en vertu du paragraphe précédent peut, de temps à autre, communiquer une nouvelle déclaration modifiant les termes de toute déclaration antérieure ou mettant fin à l'application des dispositions du présent Protocole sur un territoire quelconque. Une déclaration faite conformément au présent article sera considérée comme ayant été faite conformément au paragraphe 1 de l'article 56 de la Convention.

Article 5 - Relations avec la Convention - Les Hautes Parties contractantes considéreront les articles 1, 2, 3 et 4 de ce Protocole comme des articles additionnels à la Convention et toutes les dispositions de la Convention s'appliqueront en conséquence.

Article 6 - Signature et ratification - Le présent Protocole est ouvert à la signature des membres du Conseil de l'Europe, signataires de la Convention ; il sera ratifié en même temps que la Convention ou après la ratification de celle-ci. Il entrera en vigueur après le dépôt de dix instruments de ratification. Pour tout signataire qui le ratifiera ultérieurement, le Protocole entrera en vigueur dès le dépôt de l'instrument de ratification. / Les instruments de ratification seront déposés près le Secrétaire général du Conseil de l'Europe qui notifiera à tous les membres les noms de ceux qui l'auront ratifié.

Fait à Paris, le 20 mars 1952, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire qui sera déposé dans les archives du Conseil de l'Europe. Le Secrétaire général du Conseil de l'Europe en communiquera copie certifiée conforme à chacun des gouvernements signataires.

Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention

Strasbourg, 16.IX.1963

Les gouvernements signataires, membres du Conseil de l'Europe,

Résolus à prendre des mesures propres à assurer la garantie collective de droits et libertés autres que ceux qui figurent déjà dans le titre I de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après dénommée « la Convention ») et dans les articles 1 à 3 du premier



Protocole additionnel à la Convention, signé à Paris le 20 mars 1952,
Sont convenus de ce qui suit :

Article 1 - Interdiction de l'emprisonnement pour dette

Nul ne peut être privé de sa liberté pour la seule raison qu'il n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle.

Article 2 - Liberté de circulation

1. Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.
2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.
3. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.
4. Les droits reconnus au paragraphe 1 peuvent également, dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique.

Article 3 - Interdiction de l'expulsion des nationaux

1. Nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'État dont il est le ressortissant.
2. Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'État dont il est le ressortissant.

Article 4 - Interdiction des expulsions collectives d'étrangers

Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites.

Article 5 - Application territoriale

1. Toute Haute Partie contractante peut, au moment de la signature ou de la ratification du présent Protocole ou à tout moment par la suite, communiquer au Secrétaire général du Conseil de l'Europe une déclaration indiquant la mesure dans laquelle elle s'engage à ce que les dispositions du présent Protocole s'appliquent à tels territoires qui sont désignés dans ladite déclaration et dont elle assure les relations internationales.
2. Toute Haute Partie contractante qui a communiqué une déclaration en vertu du paragraphe précédent peut, de temps à autre, communiquer une nouvelle déclaration modifiant les termes de toute déclaration antérieure ou mettant fin à l'application des dispositions du présent Protocole sur un territoire quelconque.
3. Une déclaration faite conformément au présent article sera considérée comme ayant été faite conformément au paragraphe 1 de l'article 56 de la Convention.
4. Le territoire de tout État auquel le présent Protocole s'applique en vertu de sa ratification ou de son acceptation par ledit État, et chacun des territoires auxquels le Protocole s'applique en vertu d'une déclaration souscrite par ledit État conformément au présent article, seront considérés comme des territoires distincts aux fins des références au territoire d'un État faites par les articles 2 et 3.
5. Tout État qui a fait une déclaration conformément au paragraphe 1 ou 2 du présent article peut, à tout moment par la suite, déclarer relativement à un ou plusieurs des territoires visés dans cette déclaration qu'il accepte la compétence de la Cour pour connaître des requêtes de personnes physiques, d'organisations non gouvernementales ou de groupes de particuliers, comme le prévoit l'article 34 de la Convention, au titre des art. 1 à 4 du présent



Protocole ou de certains d'entre eux.

Article 6 - Relations avec la Convention

Les Hautes Parties contractantes considéreront les articles 1 à 5 de ce Protocole comme des articles additionnels à la Convention et toutes les dispositions de la Convention s'appliqueront en conséquence.

Article 7 - Signature et ratification

1. Le présent Protocole est ouvert à la signature des membres du Conseil de l'Europe, signataires de la Convention ; il sera ratifié en même temps que la Convention ou après la ratification de celle-ci. Il entrera en vigueur après le dépôt de cinq instruments de ratification. Pour tout signataire qui le ratifiera ultérieurement, le Protocole entrera en vigueur dès le dépôt de l'instrument de ratification.

2. Les instruments de ratification seront déposés près le Secrétaire général du Conseil de l'Europe qui notifiera à tous les membres les noms de ceux qui l'auront ratifié. / En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés à cet effet, ont signé le présent Protocole.

Fait à Strasbourg, le 16 septembre 1963, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire qui sera déposé dans les archives du Conseil de l'Europe. Le Secrétaire général du Conseil de l'Europe en communiquera copie certifiée conforme à chacun des États signataires.

Protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, concernant l'abolition de la peine de mort

Strasbourg, 28.IV.1983

Les États membres du Conseil de l'Europe, signataires du présent Protocole à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après dénommée « la Convention »), / Considérant que les développements intervenus dans plusieurs États membres du Conseil de l'Europe expriment une tendance générale en faveur de l'abolition de la peine de mort, Sont convenus de ce qui suit :

Article 1 - Abolition de la peine de mort - La peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté.

Article 2 - Peine de mort en temps de guerre Un État peut prévoir dans sa législation la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre ; une telle peine ne sera appliquée que dans les cas prévus par cette législation et conformément à ses dispositions. Cet État communiquera au Secrétaire général du Conseil de l'Europe les dispositions afférentes de la législation en cause.

Article 3 - Interdiction de dérogations

Aucune dérogation n'est autorisée aux dispositions du présent Protocole au titre de l'article 15 de la Convention.

Article 4 - Interdiction de réserves Aucune réserve n'est admise aux dispositions du présent Protocole en vertu de l'article 57 de la Convention.

Article 5 - Application territoriale

1. Tout État peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, désigner le ou les territoires auxquels s'appliquera le présent Protocole.

2. Tout État peut, à tout autre moment par la suite, par une déclaration adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, étendre l'application du présent Protocole



à tout autre territoire désigné dans la déclaration. Le Protocole entrera en vigueur à l'égard de ce territoire le premier jour du mois qui suit la date de réception de la déclaration par le Secrétaire général.

3. Toute déclaration faite en vertu des deux paragraphes précédents pourra être retirée, en ce qui concerne tout territoire désigné dans cette déclaration, par notification adressée au Secrétaire général. Le retrait prendra effet le premier jour du mois qui suit la date de réception de la notification par le Secrétaire général.

Article 6 - Relations avec la Convention

Les États parties considèrent les articles 1 à 5 du présent Protocole comme des articles additionnels à la Convention et toutes les dispositions de la Convention s'appliquent en conséquence.

Article 7 - Signature et ratification

Le présent Protocole est ouvert à la signature des États membres du Conseil de l'Europe, signataires de la Convention. Il sera soumis à ratification, acceptation ou approbation. Un État membre du Conseil de l'Europe ne pourra ratifier, accepter ou approuver le présent Protocole sans avoir simultanément ou antérieurement ratifié la Convention. Les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés près le Secrétaire général du Conseil de l'Europe.

Article 8 - Entrée en vigueur

1. Le présent Protocole entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit la date à laquelle cinq États membres du Conseil de l'Europe auront exprimé leur consentement à être liés par le Protocole conformément aux dispositions de l'article 7.

2. Pour tout État membre qui exprimera ultérieurement son consentement à être lié par le Protocole, celui-ci entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit la date du dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation.

Article 9 - Fonctions du dépositaire

Le Secrétaire général du Conseil de l'Europe notifiera aux États membres du Conseil :

- a) toute signature ;
- b) le dépôt de tout instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation ;
- c) toute date d'entrée en vigueur du présent Protocole conformément à ses articles 5 et 8 ;
- d) tout autre acte, notification ou communication ayant trait au présent Protocole.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés à cet effet, ont signé le présent Protocole. Fait à Strasbourg, le 28 avril 1983, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Conseil de l'Europe. Le Secrétaire général du Conseil de l'Europe en communiquera copie certifiée conforme à chacun des États membres du Conseil de l'Europe.

Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Strasbourg, 22.XI.1984

Les États membres du Conseil de l'Europe, signataires du présent Protocole, / Résolus à prendre de nouvelles mesures propres à assurer la garantie collective de certains droits et libertés par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après dénommée « la Convention »), / Sont convenus de ce qui suit :



Article 1 - Garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers

1. Un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un État ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir :

- a) faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion,
- b) faire examiner son cas, et
- c) se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité.

2. Un étranger peut être expulsé avant l'exercice des droits énumérés au paragraphe 1 a), b) et c) de cet article lorsque cette expulsion est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité nationale.

Article 2 - Droit à un double degré de juridiction en matière pénale

1. Toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation. L'exercice de ce droit, y compris les motifs pour lesquels il peut être exercé, sont régis par la loi.

2. Ce droit peut faire l'objet d'exceptions pour des infractions mineures telles qu'elles sont définies par la loi ou lorsque l'intéressé a été jugé en première instance par la plus haute juridiction ou a été déclaré coupable et condamné à la suite d'un recours contre son acquittement.

Article 3 - Droit d'indemnisation en cas d'erreur judiciaire

Lorsqu'une condamnation pénale définitive est ultérieurement annulée, ou lorsque la grâce est accordée, parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire, la personne qui a subi une peine en raison de cette condamnation est indemnisée, conformément à la loi ou à l'usage en vigueur dans l'État concerné, à moins qu'il ne soit prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu lui est imputable en tout ou en partie.

Article 4 - Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois

1. Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État.

2. Les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'État concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu.

3. Aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15 de la Convention.

Article 5 - Egalité entre époux

Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n'empêche pas les États de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants.

Article 6 Application territoriale

1. Tout État peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, désigner le ou les territoires auxquels s'appliquera le présent Protocole, en indiquant la mesure dans laquelle il s'engage à ce que les dispositions du présent Protocole s'appliquent à ce ou ces territoires.



2. Tout État peut, à tout autre moment par la suite, par une déclaration adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, étendre l'application du présent Protocole à tout autre territoire désigné dans la déclaration. Le Protocole entrera en vigueur à l'égard de ce territoire le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de deux mois après la date de réception de la déclaration par le Secrétaire général.

3. Toute déclaration faite en vertu des deux paragraphes précédents pourra être retirée ou modifiée en ce qui concerne tout territoire désigné dans cette déclaration, par notification adressée au Secrétaire général. Le retrait ou la modification prendra effet le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de deux mois après la date de réception de la notification par le Secrétaire général.

4. Une déclaration faite conformément au présent article sera considérée comme ayant été faite conformément au paragraphe 1 de l'article 56 de la Convention.

5. Le territoire de tout État auquel le présent Protocole s'applique en vertu de sa ratification, de son acceptation ou de son approbation par ledit État, et chacun des territoires auxquels le Protocole s'applique en vertu d'une déclaration souscrite par le dit État conformément au présent article, peuvent être considérés comme des territoires distincts aux fins de la référence au territoire d'un État faite par l'article 1.

6. Tout État ayant fait une déclaration conformément au paragraphe 1 ou 2 du présent article peut, à tout moment par la suite, déclarer relativement à un ou plusieurs des territoires visés dans cette déclaration qu'il accepte la compétence de la Cour pour connaître des requêtes de personnes physiques, d'organisations non gouvernementales ou de groupes de particuliers, comme le prévoit l'article 34 de la Convention, au titre des articles 1 à 5 du présent Protocole.

Article 7 - Relations avec la Convention

Les États parties considèrent les articles 1 à 6 du présent Protocole comme des articles additionnels à la Convention et toutes les dispositions de la Convention s'appliquent en conséquence.

Article 8 - Signature et ratification

Le présent Protocole est ouvert à la signature des États membres du Conseil de l'Europe qui ont signé la Convention. Il sera soumis à ratification, acceptation ou approbation. Un État membre du Conseil de l'Europe ne peut ratifier, accepter ou approuver le présent Protocole sans avoir simultanément ou antérieurement ratifié la Convention. Les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés près le Secrétaire général du Conseil de l'Europe.

Article 9 - Entrée en vigueur

1. Le présent Protocole entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de deux mois après la date à laquelle sept États membres du Conseil de l'Europe auront exprimé leur consentement à être liés par le Protocole conformément aux dispositions de l'article 8.

2. Pour tout État membre qui exprimera ultérieurement son consentement à être lié par le Protocole, celui-ci entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de deux mois après la date du dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation.

Article 10 - Fonctions du dépositaire

Le Secrétaire général du Conseil de l'Europe notifiera à tous les États membres du Conseil de l'Europe :

a) toute signature ;



- b) le dépôt de tout instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation ;
- c) toute date d'entrée en vigueur du présent Protocole conformément à ses articles 6 et 9 ;
- d) tout autre acte, notification ou déclaration ayant trait au présent Protocole.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés à cet effet, ont signé le présent Protocole.

Fait à Strasbourg, le 22 novembre 1984, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire, qui sera déposé dans les archives du Conseil de l'Europe. Le Secrétaire général du Conseil de l'Europe en communiquera copie certifiée conforme à chacun des États membres du Conseil de l'Europe.

Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Rome, 4.XI.2000

Les États membres du Conseil de l'Europe, signataires du présent Protocole,

Prenant en compte le principe fondamental selon lequel toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit à une égale protection de la loi ;

Résolus à prendre de nouvelles mesures pour promouvoir l'égalité de tous par la garantie collective d'une interdiction générale de discrimination par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après dénommée « la Convention ») ;

Réaffirmant que le principe de non-discrimination n'empêche pas les États parties de prendre des mesures afin de promouvoir une égalité pleine et effective, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable, Sont convenus de ce qui suit :

Article 1 - Interdiction générale de la discrimination

1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1.

Article 2 - Application territoriale

1. Tout État peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, désigner le ou les territoires auxquels s'appliquera le présent Protocole.

2. Tout État peut, à tout autre moment par la suite, par une déclaration adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, étendre l'application du présent Protocole à tout autre territoire désigné dans la déclaration. Le Protocole entrera en vigueur à l'égard de ce territoire le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la déclaration par le Secrétaire général.

3. Toute déclaration faite en vertu des deux paragraphes précédents pourra être retirée ou modifiée, en ce qui concerne tout territoire désigné dans cette déclaration, par notification adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe. Le retrait ou la modification prendra effet le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le Secrétaire général.

4. Une déclaration faite conformément au présent article sera considérée comme ayant été faite conformément au paragraphe 1 de l'article 56 de la Convention.



5. Tout État ayant fait une déclaration conformément au paragraphe 1 ou 2 du présent article peut, à tout moment par la suite, déclarer relativement à un ou plusieurs des territoires visés dans cette déclaration qu'il accepte la compétence de la Cour pour connaître des requêtes de personnes physiques, d'organisations non gouvernementales ou de groupes de particuliers, comme le prévoit l'article 34 de la Convention, au titre de l'article 1 du présent Protocole.

Article 3 - Relations avec la Convention

Les États parties considèrent les articles 1 et 2 du présent Protocole comme des articles additionnels à la Convention et toutes les dispositions de la Convention s'appliquent en conséquence.

Article 4 - Signature et ratification

Le présent Protocole est ouvert à la signature des États membres du Conseil de l'Europe qui ont signé la Convention. Il sera soumis à ratification, acceptation ou approbation. Un État membre du Conseil de l'Europe ne peut ratifier, accepter ou approuver le présent Protocole sans avoir simultanément ou antérieurement ratifié la Convention. Les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés près le Secrétaire général du Conseil de l'Europe.

Article 5 - Entrée en vigueur

1. Le présent Protocole entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date à laquelle dix États membres du Conseil de l'Europe auront exprimé leur consentement à être liés par le présent Protocole conformément aux dispositions de son article 4.

2. Pour tout État membre qui exprimera ultérieurement son consentement à être lié par le présent Protocole, celui-ci entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date du dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation.

Article 6 - Fonctions du dépositaire

Le Secrétaire général du Conseil de l'Europe notifiera à tous les États membres du Conseil de l'Europe :

- a) toute signature ;
- b) le dépôt de tout instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation ;
- c) toute date d'entrée en vigueur du présent Protocole conformément à ses articles 2 et 5 ;
- d) tout autre acte, notification ou communication, ayant trait au présent Protocole. En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés à cet effet, ont signé le présent Protocole.

Fait à Rome, le 4 novembre 2000, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire qui sera déposé dans les archives du Conseil de l'Europe. Le Secrétaire général du Conseil de l'Europe en communiquera copie certifiée conforme à chacun des États membres du Conseil de l'Europe.

Protocole n° 13 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances

Vilnius, 3.V.2002

Les États membres du Conseil de l'Europe, signataires du présent Protocole, / Convaincus que le droit de toute personne à la vie est une valeur fondamentale dans une société démocratique, et que l'abolition de la peine de mort est essentielle à la protection de ce droit et à la pleine reconnaissance de la dignité inhérente à tous



les êtres humains; / Souhaitant renforcer la protection du droit à la vie garanti par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des Libertés Fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après dénommée « la Convention ») ; /Notant que le Protocole n° 6 à la Convention concernant l'abolition de la peine de mort, signé à Strasbourg le 28 avril 1983, n'exclut pas la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre ; / Résolus à faire le pas ultime afin d'abolir la peine de mort en toutes circonstances, Sont convenus de ce qui suit :

Article 1 - Abolition de la peine de mort

La peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté.

Article 2 - Interdiction de dérogations - Aucune dérogation n'est autorisée aux dispositions du présent Protocole au titre de l'article 15 de la Convention.

Article 3 - Interdiction de réserves - Aucune réserve n'est admise aux dispositions du présent Protocole au titre de l'article 57 de la Convention.

Article 4 - Application territoriale

1. Tout État peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, désigner le ou les territoires auxquels s'appliquera le présent Protocole.

2. Tout État peut, à tout autre moment par la suite, par une déclaration adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, étendre l'application du présent Protocole à tout autre territoire désigné dans la déclaration. Le Protocole entrera en vigueur à l'égard de ce territoire le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la déclaration par le Secrétaire général.

3. Toute déclaration faite en vertu des deux paragraphes précédents pourra être retirée ou modifiée, en ce qui concerne tout territoire désigné dans cette déclaration, par notification adressée au Secrétaire général. Le retrait ou la modification prendra effet le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la notification par le Secrétaire général.

Article 5 - Relations avec la Convention - Les États parties considèrent les articles 1 à 4 du présent Protocole comme des articles additionnels à la Convention, et toutes les dispositions de la Convention s'appliquent en conséquence.

Article 6 - Signature et ratification - Le présent Protocole est ouvert à la signature des États membres du Conseil de l'Europe qui ont signé la Convention. Il sera soumis à ratification, acceptation ou approbation. Un État membre du Conseil de l'Europe ne peut ratifier, accepter ou approuver le présent Protocole sans avoir simultanément ou antérieurement ratifié la Convention. Les instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation seront déposés près le Secrétaire général du Conseil de l'Europe.

Article 7 - Entrée en vigueur

1. Le présent Protocole entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date à laquelle dix États membres du Conseil de l'Europe auront exprimé leur consentement à être liés par le présent Protocole conformément aux dispositions de son article 6.

2. Pour tout État membre qui exprimera ultérieurement son consentement à être lié par le présent Protocole, celui-ci entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date du dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation.



Article 8 - Fonctions du dépositaire

Le Secrétaire général du Conseil de l'Europe notifiera à tous les États membres du Conseil de l'Europe :

- a) toute signature ;
- b) le dépôt de tout instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation ;
- c) toute date d'entrée en vigueur du présent Protocole conformément à ses articles 4 et 7 ;
- d) tout autre acte, notification ou communication, ayant trait au présent Protocole.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés à cet effet, ont signé le présent Protocole.

Fait à Vilnius, le 3 mai 2002, en français et en anglais, les deux textes faisant également foi, en un seul exemplaire qui sera déposé dans les archives du Conseil de l'Europe. Le Secrétaire général du Conseil de l'Europe en communiquera copie certifiée conforme à chacun des États membres du Conseil de l'Europe.



Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, « Déclaration d'Interlaken », 19 février 2010

La Conférence de haut niveau, réunie à Interlaken, les 18 et 19 février 2010, à l'initiative de la Présidence suisse du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (« la Conférence ») :

PP 1 Exprimant le ferme attachement des États parties à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention ») et à la Cour européenne des droits de l'homme (« la Cour ») ;

PP 2 Reconnaissant la contribution extraordinaire de la Cour à la protection des droits de l'homme en Europe ;

PP 3 Rappelant l'interdépendance entre le mécanisme de contrôle de la Convention et les autres activités du Conseil de l'Europe dans les domaines des droits de l'homme, de l'État de droit et de la démocratie ;

PP 4 Saluant l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 à la Convention, le 1er juin 2010 ;

PP 5 Notant avec satisfaction l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne qui prévoit l'adhésion de l'Union européenne à la Convention ;

PP 6 Soulignant la nature subsidiaire du mécanisme de contrôle institué par la Convention et notamment le rôle fondamental que les autorités nationales, à savoir les gouvernements, les tribunaux et les parlements, doivent jouer dans la garantie et la protection des droits de l'homme au niveau national ;

PP 7 Notant avec une profonde préoccupation que le nombre de requêtes individuelles introduites devant la Cour et l'écart entre les requêtes introduites et les requêtes traitées ne cessent d'augmenter ;

PP 8 Considérant que cette situation nuit gravement à l'efficacité et à la crédibilité de la Convention et de son mécanisme de contrôle et qu'elle menace la qualité et la cohérence de la jurisprudence ainsi que l'autorité de la Cour ;

PP 9 Convaincue qu'au-delà des améliorations déjà réalisées ou envisagées, des mesures additionnelles sont indispensables et urgentes pour :

i. parvenir à un équilibre entre les arrêts et décisions rendus par la Cour et les requêtes introduites ;

ii. permettre à la Cour de réduire l'arriéré d'affaires et de statuer sur les nouvelles affaires, en particulier quant il s'agit de violations graves des droits de l'homme, dans des délais raisonnables ;

iii. assurer l'exécution pleine et rapide des arrêts de la Cour ainsi que l'efficacité de la surveillance de l'exécution par le Comité des Ministres ;

PP 10 Considérant que la présente Déclaration cherche à établir une feuille de route pour le processus de réforme vers une efficacité à long terme du système de la Convention ;

La Conférence

(1) Réaffirme l'attachement des États parties à la Convention au droit de recours individuel ;

(2) Réitère l'obligation des États parties d'assurer la protection intégrale au niveau national des droits et libertés garantis par la Convention et appelle à un renforcement du principe de subsidiarité ;



- (3) Souligne que ce principe implique une responsabilité partagée entre les États parties et la Cour ;
- (4) Souligne l'importance d'assurer la clarté et la cohérence de la jurisprudence de la Cour et appelle, en particulier, à une application uniforme et rigoureuse des critères concernant la recevabilité et la compétence de la Cour ;
- (5) Invite la Cour à faire le plus grand usage possible des outils procéduraux et des ressources à sa disposition ;
- (6) Souligne la nécessité d'adopter des mesures susceptibles de réduire le nombre de requêtes manifestement irrecevables, la nécessité d'un filtrage efficace de ces requêtes ainsi que la nécessité de trouver des solutions pour le traitement des requêtes répétitives ;
- (7) Souligne le caractère indispensable de l'exécution pleine, effective et rapide des arrêts définitifs de la Cour ;
- (8) Réaffirme la nécessité de maintenir l'indépendance des juges et de préserver l'impartialité et la qualité de la Cour ;
- (9) Appelle à améliorer l'efficacité du système de surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour ;
- (10) Souligne la nécessité de simplifier la procédure visant à amender des dispositions de la Convention qui sont d'ordre organisationnel ;
- (11) Adopte le Plan d'Action ci-dessous en tant qu'instrument d'orientation politique pour le processus vers une efficacité à long terme du système de la Convention.

Plan d'Action

A. Droit de recours individuel

1. La Conférence réaffirme l'importance fondamentale du droit de recours individuel en tant que pierre angulaire du système conventionnel garantissant que toute violation alléguée, qui n'a pas été traitée de façon effective par les autorités nationales, puisse être portée devant la Cour.
2. Eu égard au nombre élevé de requêtes irrecevables, la Conférence invite le Comité des Ministres à envisager quelles mesures pourraient être introduites pour permettre à la Cour de se concentrer sur son rôle essentiel de garante des droits de l'homme et de traiter avec la célérité requise les affaires bien fondées et en particulier les allégations de violations graves des droits de l'homme.
3. En matière d'accès à la Cour, la Conférence demande au Comité des Ministres d'examiner toute mesure supplémentaire de nature à contribuer à une bonne administration de la justice et, en particulier, les conditions dans lesquelles l'introduction de nouvelles règles ou pratiques d'ordre procédural pourraient être envisagée, sans toutefois dissuader l'introduction des requêtes bien fondées.

B. Mise en œuvre de la Convention au niveau national

4. La Conférence rappelle la responsabilité première des États parties de garantir l'application et la mise en œuvre de la Convention et, en conséquence, appelle les États parties à s'engager à :
 - a) continuer à renforcer, le cas échéant en coopération avec leurs institutions nationales des droits de l'homme ou d'autres organes, la sensibilisation des autorités nationales aux standards de la Convention et d'assurer l'application de ceux-ci ;



- b) exécuter pleinement les arrêts de la Cour, en assurant que les mesures nécessaires seront prises pour prévenir de futures violations similaires ;
- c) tenir compte des développements de la jurisprudence de la Cour, notamment en vue de considérer les conséquences qui s'imposent suite à un arrêt concluant à une violation de la Convention par un autre État partie lorsque leur ordre juridique soulève le même problème de principe ;
- d) garantir, au besoin par l'introduction de nouvelles voies de recours, qu'elles soient de nature spécifique ou qu'il s'agisse d'un recours interne général, que toute personne qui allègue de manière défendable que ses droits et libertés reconnus dans la Convention ont été violés bénéficie d'un recours effectif devant une instance nationale et, le cas échéant, d'une réparation appropriée ;
- e) considérer la possibilité de détacher des juges nationaux et, le cas échéant, d'autres juristes indépendants de haut niveau au Greffe de la Cour ;
- f) veiller au suivi de la mise en œuvre des recommandations du Comité des Ministres adoptées pour aider les États parties à respecter leurs obligations.

5. La Conférence souligne la nécessité de renforcer et d'améliorer le ciblage et la coordination d'autres mécanismes, activités et programmes existants du Conseil de l'Europe, y compris le recours par le Secrétaire Général à l'article 52 de la Convention.

C. Filtrage

6. La Conférence :

- a) appelle les États parties et la Cour à assurer la mise à disposition des requérants potentiels d'informations objectives et complètes relatives à la Convention et à la jurisprudence de la Cour, en particulier sur la procédure de dépôt de requêtes et les critères de recevabilité. A cette fin, le Comité des Ministres pourrait examiner le rôle des bureaux d'information du Conseil de l'Europe ;
- b) souligne l'intérêt d'une analyse détaillée de la pratique de la Cour relative aux requêtes déclarées irrecevables ;
- c) recommande, en ce qui concerne les mécanismes de filtrage,
 - i. à la Cour de mettre en place, à court terme, un mécanisme au sein du collège actuel susceptible d'assurer un filtrage efficace ;
 - ii. au Comité des Ministres d'examiner la mise en place d'un mécanisme de filtrage au sein de la Cour, allant au-delà de la procédure du juge unique et de la procédure prévue sous i).

D. Requêtes répétitives

7. La Conférence :

- a) appelle les États parties à :
 - i. favoriser, lorsque cela est approprié, dans le cadre des garanties fournies par la Cour et, au besoin, avec l'aide de celle-ci, la conclusion de règlements amiables et l'adoption de déclarations unilatérales ;
 - ii. coopérer avec le Comité des Ministres, après un arrêt pilote définitif, afin de procéder à l'adoption et à la mise en œuvre effective des mesures générales, aptes à remédier efficacement aux problèmes structurels à l'origine des affaires répétitives ;
- b) souligne la nécessité pour la Cour de mettre en place des standards clairs et prévisibles pour la procédure dite d'« arrêts pilotes » concernant la sélection des requêtes, la procédure à suivre et le traitement des affaires suspendues, et d'évaluer



les effets de l'application de cette procédure et des procédures similaires ;

c) appelle le Comité des Ministres à :

i. examiner la possibilité de confier les affaires répétitives à des juges responsables du filtrage (cf. ci-dessus C) ;

ii. établir une approche coopérative incluant l'ensemble des parties prenantes du Conseil de l'Europe, en vue de présenter des options possibles à un État partie auquel un arrêt de la Cour demanderait de remédier à un problème structurel révélé par un arrêt.

E. La Cour

8. Soulignant l'importance de maintenir l'indépendance des juges et de préserver l'impartialité et la qualité de la Cour, la Conférence appelle les États parties et le Conseil de l'Europe à :

a) assurer, au besoin en améliorant la transparence et la qualité des procédures de sélection aux niveaux national et européen, que les critères de la Convention relatifs aux conditions d'exercice de la fonction de juge à la Cour, notamment des compétences en droit public international et concernant les systèmes légaux nationaux ainsi que de bonnes connaissances au moins d'une langue officielle, soient pleinement respectés. De plus, la composition de la Cour devrait permettre à celle-ci de disposer de l'expérience juridique pratique nécessaire ;

b) garantir à la Cour, dans l'intérêt d'un fonctionnement efficace, l'autonomie administrative nécessaire au sein du Conseil de l'Europe.

9. La Conférence, prenant acte du partage des responsabilités entre les États parties et la Cour, invite la Cour à :

a) éviter de réexaminer des questions de fait ou du droit interne qui ont été examinées et décidées par les autorités nationales, en accord avec sa jurisprudence selon laquelle elle n'est pas un tribunal de quatrième instance ;

b) appliquer de façon uniforme et rigoureuse les critères concernant la recevabilité et sa compétence et à tenir pleinement compte de son rôle subsidiaire dans l'interprétation et l'application de la Convention ;

c) donner plein effet au nouveau critère de recevabilité qui figure dans le Protocole n° 14 et à considérer d'autres possibilités d'appliquer le principe *de minimis non curat praetor*.

10. En vue d'augmenter son efficacité, la Conférence invite la Cour à continuer d'améliorer sa structure interne et ses méthodes de travail et à faire, autant que possible, usage des outils procéduraux et des ressources à sa disposition. Dans ce contexte, elle encourage la Cour, notamment à :

a) faire usage de la possibilité de demander au Comité des Ministres de réduire à cinq le nombre de juges des Chambres, prévue par le Protocole n° 14 ;

b) poursuivre sa politique d'identification des priorités pour le traitement des affaires et à continuer d'identifier dans ses arrêts tout problème structurel susceptible de générer un nombre significatif de requêtes répétitives.

F. Surveillance de l'exécution des arrêts

11. La Conférence souligne qu'il est urgent que le Comité des Ministres :

a) développe les moyens permettant de rendre sa surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour plus efficace et transparente. Elle l'invite, à cet égard, à renforcer cette surveillance en donnant une priorité et une visibilité accrues non seulement aux affaires nécessitant des mesures individuelles urgentes, mais aussi aux affaires



révélant d'importants problèmes structurels, en accordant une attention particulière à la nécessité de garantir des recours internes effectifs ;

b) réexamine ses méthodes de travail et ses règles afin de les rendre mieux adaptées aux réalités actuelles et plus efficaces face à la diversité des questions à traiter.

G. Procédure simplifiée d'amendement de la Convention

12. La Conférence appelle le Comité des Ministres à examiner la possibilité de mettre en place, par le biais d'un Protocole d'amendement, une procédure simplifiée pour tout amendement futur de certaines dispositions de la Convention qui sont d'ordre organisationnel. La procédure simplifiée pourrait notamment être réalisée par le biais :

a) d'un Statut pour la Cour ;

b) d'une nouvelle disposition dans la Convention, similaire à celle figurant à l'article 41 lit. d du Statut du Conseil de l'Europe.

Mise en œuvre

Afin de mettre en œuvre ce Plan d'Action, la Conférence :

(1) appelle les États parties, le Comité des Ministres, la Cour et le Secrétaire général à donner plein effet au Plan d'Action ;

(2) appelle en particulier le Comité des Ministres et les États parties à impliquer la société civile dans la recherche de moyens effectifs pour mettre en œuvre le Plan d'Action ;

(3) appelle les États parties à informer le Comité des Ministres, avant la fin 2011, des mesures prises pour mettre en œuvre les parties pertinentes de la présente Déclaration ;

(4) invite le Comité des Ministres, le cas échéant en coopération avec la Cour et en donnant les mandats nécessaires aux organes compétents, à poursuivre et mettre en œuvre, d'ici juin 2011, les mesures contenues dans la présente Déclaration qui ne nécessitent pas d'amendements à la Convention ;

(5) invite le Comité des Ministres à donner mandat aux organes compétents de préparer, d'ici juin 2012, des propositions précises de mesures nécessitant des amendements à la Convention, ces mandats devant comprendre des propositions pour un mécanisme de filtrage au sein de la Cour et l'étude de mesures aptes à simplifier les amendements de la Convention ;

(6) invite le Comité des Ministres à évaluer, durant les années 2012 à 2015, dans quelle mesure la mise en œuvre du Protocole n° 14 et du Plan d'Action aura amélioré la situation de la Cour. Sur la base de cette évaluation, le Comité des Ministres est appelé à se prononcer, avant la fin de 2015, sur la nécessité d'entreprendre d'autres actions. Avant la fin de 2019, le Comité des Ministres est appelé à décider si les mesures adoptées se sont révélées suffisantes pour assurer un fonctionnement durable du mécanisme de contrôle de la Convention ou si des changements plus fondamentaux s'avèrent nécessaires ;

(7) demande à la Présidence suisse de remettre la présente Déclaration et les Actes de la Conférence d'Interlaken au Comité des Ministres ;

(8) invite les Présidences futures du Comité des Ministres à suivre la mise en œuvre de la présente Déclaration.



Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Source : JOCE, 18 décembre 2000 (2000/C 364/01)

PRÉAMBULE

Les peuples de l'Europe, en établissant entre eux une union sans cesse plus étroite, ont décidé de partager un avenir pacifique fondé sur des valeurs communes. Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice. L'Union contribue à la préservation et au développement de ces valeurs communes dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples de l'Europe, ainsi que de l'identité nationale des États membres et de l'organisation de leurs pouvoirs publics au niveau national, régional et local; elle cherche à promouvoir un développement équilibré et durable et assure la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux, ainsi que la liberté d'établissement. A cette fin, il est nécessaire, en les rendant plus visibles dans une Charte, de renforcer la protection des droits fondamentaux à la lumière de l'évolution de la société, du progrès social et des développements scientifiques et technologiques. La présente Charte réaffirme, dans le respect des compétences et des tâches de la Communauté et de l'Union, ainsi que du principe de subsidiarité, les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme. La jouissance de ces droits entraîne des responsabilités et des devoirs tant à l'égard d'autrui qu'à l'égard de la communauté humaine et des générations futures. En conséquence, l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés ci-après.

CHAPITRE I DIGNITÉ

Article premier - Dignité humaine - La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée.

Article 2 - Droit à la vie - 1. Toute personne a droit à la vie. 2. Nul ne peut être condamné à la peine de mort, ni exécuté.

Article 3 - Droit à l'intégrité de la personne - 1. Toute personne a droit à son intégrité physique et mentale. 2. Dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés: . le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi, / . l'interdiction des pratiques eugéniques, notamment celles qui ont pour but la sélection des personnes, / . l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties, en tant que tels, une source de profit, / . l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains.

Article 4 - Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants / Nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.



Article 5 - Interdiction de l'esclavage et du travail forcé / 1. Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude. 2. Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire. 3. La traite des êtres humains est interdite.

CHAPITRE II LIBERTÉS

Article 6 - Droit à la liberté et à la sûreté - Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté.

Article 7 - Respect de la vie privée et familiale - Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications.

Article 8 - Protection des données à caractère personnel - 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant. 2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification. 3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.

Article 9 - Droit de se marier et droit de fonder une famille - Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.

Article 10 - Liberté de pensée, de conscience et de religion - 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. 2. Le droit à l'objection de conscience est reconnu selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.

Article 11 - Liberté d'expression et d'information - 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières. 2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés.

Article 12 - Liberté de réunion et d'association - 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association à tous les niveaux, notamment dans les domaines politique, syndical et civique, ce qui implique le droit de toute personne de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts. 2. Les partis politiques au niveau de l'Union contribuent à l'expression de la volonté politique des citoyens ou citoyennes de l'Union.

Article 13 - Liberté des arts et des sciences - Les arts et la recherche scientifique sont libres. La liberté académique est respectée.

Article 14 - Droit à l'éducation - 1. Toute personne a droit à l'éducation, ainsi qu'à l'accès à la formation professionnelle et continue. 2. Ce droit comporte la faculté de suivre gratuitement l'enseignement obligatoire. 3. La liberté de créer des établissements d'enseignement dans le respect des principes démocratiques, ainsi que le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques, sont respectés selon les lois nationales qui en régissent l'exercice.



Article 15 - Liberté professionnelle et droit de travailler - 1. Toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée. 2. Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a la liberté de chercher un emploi, de travailler, de s'établir ou de fournir des services dans tout État membre. 3. Les ressortissants des pays tiers qui sont autorisés à travailler sur le territoire des États membres ont droit à des conditions de travail équivalentes à celles dont bénéficient les citoyens ou citoyennes de l'Union.

Article 16 - Liberté d'entreprise - La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales.

Article 17 - Droit de propriété - 1. Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général. 2. La propriété intellectuelle est protégée.

Article 18 - Droit d'asile - Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la Communauté européenne.

Article 19 - Protection en cas d'éloignement, d'expulsion et d'extradition

1. Les expulsions collectives sont interdites. 2. Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants.

CHAPITRE III ÉGALITÉ

Article 20 - Égalité en droit - Toutes les personnes sont égales en droit.

Article 21 - Non-discrimination - 1. Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. 2. Dans le domaine d'application du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite.

Article 22 - Diversité culturelle, religieuse et linguistique - L'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique.

Article 23 - Égalité entre hommes et femmes - L'égalité entre les hommes et les femmes doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération. Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté.

Article 24 - Droits de l'enfant - 1. Les enfants ont droit à la protection et aux soins nécessaires à leur bien-être. Ils peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité. 2. Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. 3. Tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt.



Article 25 - Droits des personnes âgées - L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle.

Article 26 - Intégration des personnes handicapées L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes handicapées à bénéficier de mesures visant à assurer leur autonomie, leur intégration sociale et professionnelle et leur participation à la vie de la communauté.

CHAPITRE IV SOLIDARITÉ

Article 27 - Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise - Les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales.

Article 28 - Droit de négociation et d'actions collectives - Les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève.

Article 29 - Droit d'accès aux services de placement - Toute personne a le droit d'accéder à un service gratuit de placement.

Article 30 - Protection en cas de licenciement injustifié - Tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales.

Article 31 - Conditions de travail justes et équitables - 1. Tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité. 2. Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés.

Article 32 - Interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail - Le travail des enfants est interdit. L'âge minimal d'admission au travail ne peut être inférieur à l'âge auquel cesse la période de scolarité obligatoire, sans préjudice des règles plus favorables aux jeunes et sauf dérogations limitées. Les jeunes admis au travail doivent bénéficier de conditions de travail adaptées à leur âge et être protégés contre l'exploitation économique ou contre tout travail susceptible de nuire à leur sécurité, à leur santé, à leur développement physique, mental, moral ou social ou de compromettre leur éducation.

Article 33 - Vie familiale et vie professionnelle - 1. La protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social. 2. Afin de pouvoir concilier vie familiale et vie professionnelle, toute personne a le droit d'être protégée contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité, ainsi que le droit à un congé de maternité payé et à un congé parental à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant.

Article 34 - Sécurité sociale et aide sociale - 1. L'Union reconnaît et respecte le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux assurant une protection dans des cas tels que la maternité, la maladie, les accidents du travail, la dépendance ou la vieillesse, ainsi qu'en cas de perte d'emploi, selon les modalités établies par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales.



2. Toute personne qui réside et se déplace légalement à l'intérieur de l'Union a droit aux prestations de sécurité sociale et aux avantages sociaux, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales. 3. Afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, selon les modalités établies par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales.

Article 35 - Protection de la santé - Toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union.

Article 36 - Accès aux services d'intérêt économique général - L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union.

Article 37 - Protection de l'environnement - Un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable.

Article 38 - Protection des consommateurs - Un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union.

CHAPITRE V CITOYENNETÉ

Article 39 - Droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen

1. Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen dans l'État membre où il ou elle réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État. 2. Les membres du Parlement européen sont élus au suffrage universel direct, libre et secret.

Article 40 Droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales. Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'État membre où il ou elle réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État.

Article 41 - Droit à une bonne administration - 1. Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union. 2. Ce droit comporte notamment: le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre; le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires; l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions. 3. Toute personne a droit à la réparation par la Communauté des dommages causés par les institutions, ou par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres. 4. Toute personne peut s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues des traités et doit recevoir une réponse dans la même langue.

Article 42 - Droit d'accès aux documents - Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un



État membre a un droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission.

Article 43 – Médiateur - Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a le droit de saisir le médiateur de l'Union en cas de mauvaise administration dans l'action des institutions ou organes communautaires, à l'exclusion de la Cour de justice et du Tribunal de première instance dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles.

Article 44 Droit de pétition. Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre a le droit de pétition devant le Parlement européen.

Article 45 - Liberté de circulation et de séjour - 1. Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. 2. La liberté de circulation et de séjour peut être accordée, conformément au traité instituant la Communauté européenne, aux ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un État membre.

Article 46 - Protection diplomatique et consulaire - Tout citoyen de l'Union bénéficie, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont il est ressortissant n'est pas représenté, de la protection des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État.

CHAPITRE VI JUSTICE

Article 47 - Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial - Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice.

Article 48 - Présomption d'innocence et droits de la défense - 1. Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. 2. Le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé.

Article 49 - Principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines - 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou le droit international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit une peine plus légère, celle-ci doit être appliquée. 2. Le présent article ne porte pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux reconnus par l'ensemble des nations. 3. L'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction.

Article 50 - Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction. Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi.



Article 51 - Champ d'application - 1. Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives. 2. La présente Charte ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour la Communauté et pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies par les traités.

Article 52 - Portée des droits garantis - 1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui. 2. Les droits reconnus par la présente Charte qui trouvent leur fondement dans les traités communautaires ou dans le traité sur l'Union européenne s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci. 3. Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue.

Article 53 - Niveau de protection - Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres.

Article 54 - Interdiction de l'abus de droit - Aucune des dispositions de la présente Charte ne doit être interprétée comme impliquant un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Charte ou à des limitations plus amples des droits et libertés que celles qui sont prévues par la présente Charte.



Le présent ouvrage a été élaboré par la section du rapport et des études du Conseil d'État, en collaboration avec les intervenants de ce cycle de conférences.

Il est enrichi de références documentaires, non exhaustives, proposées dans le cadre d'une démarche pédagogique, pour faciliter la compréhension et le suivi des débats.

Les contenus sont protégés par les droits d'auteur ; toute référence à la publication devra comporter les mentions éditoriales.

Comité de rédaction

Responsable de la publication :

Olivier Schrameck, président de la section du rapport et des études

Conception et réalisation :

Jacky Richard, conseiller d'État, président adjoint de la SRE,

Martine Jodeau, conseiller d'État, coordinatrice du cycle de conférences.

Corinne Mathey, secrétaire de la SRE

Secrétaire de rédaction : Sophie Kamaropoulos, assistante juridique à la SRE

Suivi des conférences : Fabien Chevalier, secrétaire adjoint de la SRE,
Mickaël Lemasson, assistant

Crédits photos, conseil graphique : direction de la communication.



