

IGPDE – Préparation au concours de l'INSP – Droit public

Séance 8

Dialogue des juges et relations entre ordres

Définition et concepts

- ◆ CC, n° 90-285 DC du 28 décembre 1990, *Loi de finances pour 1991* ; CJCE, 15 février 2000, *Commission c. France*, C-169/98
- ◆ **CÉ, 1962, Société des pétroles Shell-Baire** et CJCE, 1984, *Cilfit* (cf. séance 7)
- ◆ **CÉ, 1978, Cohn-Bendit**, conclusions Bruno Genevois :
À l'échelon de la communauté européenne, il ne doit y avoir ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges.
- ◆ **CC, n° 2020-843 QPC, 28 mai 2020, Force 5** ; CÉ, 1^{er} juillet 2020, *Conseil national de l'ordre des architectes* et CC, n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, *M. Sofiane A. et autre* (cf. séance 4).

I. La cohérence de l'ordre interne est assurée par de nombreux mécanismes de dialogue organisé et formalisé entre les juridictions

- ◆ Art. 4 du code civil
Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

I.A. La loi et le règlement prévoient la répartition des compétences entre les différents tribunaux et les voies de résolution des désaccords de compétences

- ◆ **Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire**
- ◆ Code de justice administrative (CJA)
- ◆ Code de l'organisation judiciaire

I.B. Les voies de l'appel, de la cassation et de la demande d'avis permettent aux juridictions faitières de mettre en cohérence le droit interne à chaque ordre

- ◆ Art. L. 821-1 et L. 821-2 du CJA
- ◆ CÉ, 1947, *D'Aillères*

Considérant à la vérité qu'aux termes du 3^e alinéa de l'article 18 bis ajouté à l'ordonnance du 21 avril 1944 par celle du 6 avril 1945, qui était en vigueur au moment de l'introduction de la requête et dont la modification ultérieure par l'ordonnance du 13 septembre 1945 n'a d'ailleurs eu ni pour but, ni pour effet de changer sur ce point la signification, la décision du jury d'honneur « n'est susceptible d'aucun recours » ;

Mais considérant que l'expression dont a usé le législateur ne peut être interprétée, en l'absence d'une volonté contraire, clairement manifestée par les auteurs de cette disposition, comme excluant le recours en cassation devant le Conseil d'État ;

- ◆ Art. L. 113-1 CJA
- ◆ Art. L. 222-3 CJA
- ◆ Art. L. 311-2 du code des juridictions financières, art. L. 232-3 du code de l'éducation.

I.C. Des questions préjudicielles permettent de garantir le respect des compétences des juges pour une même affaire

I.C.1. Les questions préjudicielles entre les juridictions des deux ordres permettent aux juridictions de trancher les litiges tout en respectant leurs domaines respectifs de compétences

- ◆ **CC, 1987, Conseil de la concurrence**
- ◆ **TC, 1923, Septfonds**

que l'arrêté du 31 mars 1915 a été pris par le ministre de la Guerre, de concert avec le ministre des Travaux publics, en vertu de ces textes. Que, s'il constitue un acte administratif en raison du caractère des organes dont il émane et si dès lors, à ce titre, il appartient à la juridiction administrative seule d'en contrôler la légalité, il participe également du caractère de l'acte législatif, puisqu'il contient des dispositions d'ordre général et réglementaire, et qu'à ce dernier titre, les tribunaux judiciaires chargés de l'appliquer sont compétents pour en fixer le sens, s'il se présente une difficulté d'interprétation au cours d'un litige dont ils sont compétemment saisis ; que, par suite, en se bornant à déterminer la portée de cet arrêté, l'arrêt de la cour de Paris n'a pas violé le principe de la séparation des pouvoirs

- ◆ Art. L. 111-5 du code pénal

- ◆ CC, 1989, *Urbanisme et agglomérations nouvelles*
- ◆ TC, 2010, *SCEA du Chéneau*

Considérant toutefois, d'une part, que ces principes doivent être conciliés tant avec l'exigence de bonne administration de la justice qu'avec les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions, en vertu desquels tout justiciable a droit à ce que sa demande soit jugée dans un délai raisonnable ; qu'il suit de là que si, en cas de contestation sérieuse portant sur la légalité d'un acte administratif, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle de la légalité de cet acte soit tranchée par la juridiction administrative, il en va autrement lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal ;

Considérant, d'autre part, que, s'agissant du cas particulier du droit de l'Union européenne, dont le respect constitue une obligation, tant en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qu'en application de l'article 88-1 de la Constitution, il résulte du principe d'effectivité issu des dispositions de ces traités, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne, que le juge national chargé d'appliquer les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'en assurer le plein effet en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire ; qu'à cet effet, il doit pouvoir, en cas de difficulté d'interprétation de ces normes, en saisir lui-même la Cour de justice à titre préjudiciel ou, lorsqu'il s'estime en état de le faire, appliquer le droit de l'Union, sans être tenu de saisir au préalable la juridiction administrative d'une question préjudicielle, dans le cas où serait en cause devant lui, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne ;

I.C.2. La question prioritaire de constitutionnalité permet au Conseil constitutionnel de se prononcer, à titre préjudiciel, sur des questions mettant en jeu la conformité de la loi aux droits et libertés que la Constitution garantit

- ◆ **Constitution, art. 61-1, introduit par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008**

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.

- ◆ Chap. II bis de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le conseil constitutionnel, créé en 2009 (art. 23-1 à 23-12)

◆ **Constitution, art. 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.

Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

- ◆ Loi organique n° 2020-365 du 30 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19
- ◆ CC, n° 2020-799 DC du 23 mars 2020.
 - Commentaire de la décision : Julien Jeanneney, « La non-théorie des "circonstances particulières" », *AJDA*, vol. 76, n° 2015, 2020, p. 843-848¹

II. Au-delà de ce dialogue organisé, l'influence mutuelle des juges permet la coexistence des ordres juridiques sur un même territoire

II.A. Les ordres juridiques de l'UE et de la CEDH restent distincts de l'ordre interne

- ◆ CJCE, 2018, *Commission c. France* et CÉ, 2012, *Rhodia et Accor*
- ◆ CÉ, 1978, *Debout*

II.B. Une intégration progressive de ces deux ordres dans l'ordre interne est en cours, mais elle reste incomplète

Entre ordre interne et ordre de l'UE : cf. séance 7.

Entre ordre interne et ordre de la CEDH : cf. références détaillées en fin de document.

Entre ordre de l'UE et ordre de la CEDH :

- ◆ **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000.**

¹ Article disponible sur le site de l'auteur :
http://www.julienjeanneney.fr/uploads/1/2/0/6/120689327/jeanneney_la_non-the%CC%81orie_des_circonstances_particulie%CC%80res_site.pdf.

- ◆ Article 6 du traité sur l'Union européenne

(...)

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.

- ◆ CJCE, 2002, *Limburgse*

- ◆ CEDH, 2005, *Bosphorus Airways*

165. Dans ces conditions, la Cour estime pouvoir considérer que la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est, et était à l'époque des faits, « équivalente » (au sens du paragraphe 155 ci-dessus) à celle assurée par le mécanisme de la Convention. Par conséquent, on peut présumer que l'Irlande ne s'est pas écartée des obligations qui lui incombent au titre de la Convention lorsqu'elle a mis en œuvre celles qui résultaient de son appartenance à la Communauté européenne (paragraphe 156 ci-dessus).

- ◆ CÉ, 2008, *Conseil national des barreaux*

Considérant, en premier lieu, qu'il résulte tant de l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, notamment de son arrêt du 15 octobre 2002, que, dans l'ordre juridique communautaire, les droits fondamentaux garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont protégés en tant que principes généraux du droit communautaire ; qu'il appartient en conséquence au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance par une directive des stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de rechercher si la directive est compatible avec les droits fondamentaux garantis par ces stipulations ; qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne ;

- ◆ CJUE, 18 décembre 2014, avis 2/13, *Adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*

II.C. Un exemple atypique de dialogue entre quatre juridictions : la confirmation de la conformité de la procédure de QPC aux dispositions du droit de l'Union européenne en 2010

II.C.1. Le caractère prioritaire de la QPC était source de difficultés théoriques au regard de l'article 267 du TFUE

- ◆ **CC, 1975, Société des cafés Jacques Vabre**
- ◆ **CÉ, 1989, Nicolo**
- ◆ Ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique relative au Conseil constitutionnel, art. 23-2 et 23-5
- ◆ **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 267**
- ◆ **CJCE, 1978, Simmenthal**

le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel

II.C.2. Un dialogue entre la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la CJUE a permis de confirmer la validité du dispositif sous réserves

- ◆ **CC, 2006, Droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information (DADVSI)**
- ◆ **C. cass., 16 avril 2016, Melki et Abdelli**

[Attendu qu]'il résulte de ce texte que les juges du fond ne peuvent pas statuer sur la conventionnalité d'une disposition légale avant de transmettre la question de constitutionnalité ;

Que l'article 62 de la Constitution disposant que les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours et qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives, les juridictions du fond se voient privées, par l'effet de la loi organique du 10 décembre 2009, de la possibilité de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne avant de transmettre la question de constitutionnalité ;

que si le Conseil constitutionnel juge la disposition législative attaquée conforme au droit de l'Union européenne, elles ne pourront plus, postérieurement à cette décision, saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle ;

[...]

Par ces motifs :

Avant dire droit ;

Pose à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes :

1- L'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 s'oppose-t-il à une législation telle que celle résultant des articles 23-2, alinéa 2, et 23-5, alinéa 2, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 créés par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, en ce qu'ils imposent aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission, au Conseil constitutionnel, de la question de constitutionnalité qui leur est posée, dans la mesure où cette question se prévaut de la non-conformité à la Constitution d'un texte de droit interne, en raison de sa contrariété aux dispositions du droit de l'Union ?

◆ **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 (ARJEL)**

11. Considérant, d'autre part, que, pour mettre en œuvre le droit reconnu par l'article 61-1 de la Constitution à tout justiciable de voir examiner, à sa demande, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative méconnaît les droits et libertés que la Constitution garantit, le cinquième alinéa de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée et le deuxième alinéa de son article 23-5 précisent l'articulation entre le contrôle de conformité des lois à la Constitution, qui incombe au Conseil constitutionnel, et le contrôle de leur compatibilité avec les engagements internationaux ou européens de la France, qui incombe aux juridictions administratives et judiciaires ; qu'ainsi, 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 ;

12. Considérant que l'examen d'un tel grief, fondé sur les traités ou le droit de l'Union européenne, relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires ;

13. Considérant, en premier lieu, que l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 de la Constitution ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir ces engagements sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution ;

14. *Considérant, en deuxième lieu, qu'il ressort des termes mêmes de l'article 23-3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée que le juge qui transmet une question prioritaire de constitutionnalité, dont la durée d'examen est strictement encadrée, peut, d'une part, statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'il statue dans un délai déterminé ou en urgence et, d'autre part, prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires ; qu'il peut ainsi suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union, assurer la préservation des droits que les justiciables tiennent des engagements internationaux et européens de la France et garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir ; que l'article 61-1 de la Constitution pas plus que les articles 23 1 et suivants de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée ne font obstacle à ce que le juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne fasse, à tout moment, ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées dans ce litige ;*

15. *Considérant, en dernier lieu, que l'article 61-1 de la Constitution et les articles 23-1 et suivants de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée ne privent pas davantage les juridictions administratives et judiciaires, y compris lorsqu'elles transmettent une question prioritaire de constitutionnalité, de la faculté ou, lorsque leurs décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, de 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 ;*

- ◆ **CÉ, 14 mai 2010, M. Serad B**
- ◆ **CJUE, 22 juin 2010, Melki et Abdelli**

L'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles. En revanche, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale pour autant que les autres juridictions nationales restent libres :

- *de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire,*
- *d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et*
- *de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union.*

Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation nationale en cause au principal peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l'Union.

- ◆ CC, 2013, *Jérémy F.*, n° 2013-314P QPC et 2013-314 QPC

III. Complément : la Cour européenne des droits de l'homme occupe une place de plus en plus prégnante, mais non encore stabilisée, au voisinage de l'ordre juridique interne

III.A. La Cour européenne des droits de l'homme est chargée de contrôler en dernier ressort le respect par les États des dispositions de la convention européenne des droits de l'homme

La **convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** (CESDH, CSDH, ou Conv. EDH) est un texte signé à Rome le **4 novembre 1950** dans le cadre du Conseil de l'Europe, et indépendant de l'Union européenne. À l'instar d'autres instruments de droit international de la même époque (notamment la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948), cette convention vise à réaffirmer plusieurs droits fondamentaux de l'homme, parmi lesquels le droit à la vie (article 2), l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (article 3), l'interdiction de l'esclavage (article 4), le droit à la liberté et à la sûreté (article 5), le **droit à un procès équitable (article 6)**, le **droit au respect de la vie privée et familiale (article 8)**, à la **liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9)**, ou encore à la **liberté d'expression (article 10)**. Elle est complétée et amendée par plusieurs protocoles additionnels qui reconnaissent de nouveaux droits ou précisent la portée des précédents, notamment l'article 1 du premier protocole additionnel (« 1P1 ») qui reconnaît le droit de propriété et le treizième protocole qui interdit la peine de mort en toute circonstance.

Surtout, cette convention comporte des dispositions relatives aux **voies de recours**. Elle prévoit en effet que les individus doivent pouvoir exercer des recours effectifs devant des juridictions contre les décisions des autorités nationales qui portent atteinte à leurs droits (**article 13**). Elle établit d'autre part deux organes chargés d'assurer le respect des engagements souscrits : une commission et une juridiction, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, CtEDH ou Cour EDH). Les États peuvent, de façon facultative, reconnaître la compétence de la commission quant aux litiges qui les opposent aux individus. Dans le cas où cette compétence est reconnue, tout individu peut saisir la commission d'une affaire qui l'oppose à l'État défendeur. La commission recherche une conciliation puis, en l'absence de conciliation possible, peut transférer l'affaire à la Cour, chargée d'interpréter de déterminer si l'État a violé ou non la convention en échouant à garantir les droits garantis au requérant.

La France, bien qu'elle héberge la Cour européenne des droits de l'homme (à Strasbourg, au palais de l'Europe), n'a ratifié la convention que le 3 mai 1974 : ce n'est que depuis cette date que les dispositions de la convention la lient. Par une déclaration du 2 octobre 1981², la France a accepté la compétence facultative de la commission pour l'examen des requêtes individuelles. Autrement dit, depuis cette date, toute personne³ peut, dans le cadre de la procédure précédemment décrite, porter à la commission connaissance des manquements dont elle estime avoir été victime par les autorités nationales françaises en vue d'obtenir un jugement par la Cour. La première condamnation de la France a été prononcée en 1986, dans une affaire de rétention d'étrangers avant expulsion (CEDH, 1986, *Bozano c. France*).

La procédure a été simplifiée par le protocole n° 11 du 11 mai 1994. Celui-ci supprime la commission et permet aux individus de saisir directement la Cour en cas d'allégation de violation de la convention par les autorités nationales.

Le recours porte en principe sur l'application à l'affaire individuelle des dispositions de la convention et de ses protocoles. L'examen s'effectue toujours *in concreto* : il s'agit de déterminer si, dans le cas d'espèce, l'individu requérant a vu ses droits violés par les autorités nationales, celles-ci appliquant les règles prévues par leur ordre juridique interne. La Cour déclare s'il y a eu ou non violation et peut éventuellement condamner les États à verser une somme d'argent au requérant.

Il appartient aux États de tirer les conséquences de la condamnation. Ces conséquences peuvent être tirées par exemple :

- ◆ par l'intervention des pouvoirs législatif et réglementaire afin de modifier les lois et règlements dont l'application est à l'origine de la violation ;
- ◆ par l'intervention du juge, dans le cas des recours nationaux, aux fins de laisser inappliqués ces lois et règlements à l'avenir — conformément, s'agissant de la France, aux conséquences tirées des arrêts *Jacques Vabre* pour l'ordre judiciaire et *Nicolo* pour l'ordre administratif ;
- ◆ en matière administrative, par une nouvelle décision des autorités nationales remplaçant celle qui a donné lieu à la condamnation de l'État ;
- ◆ dans le cas des affaires pénales et civiles, par l'ouverture d'un procès en révision.

² Cette déclaration est publiée au *Journal officiel* de la République française du 14 octobre 1981, comme annexe au décret n° 81-917 du 9 octobre 1981.

³ Plus précisément, le recours est ouvert à « toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers ».

III.B. L'application de la convention européenne des droits de l'homme a une influence croissante sur le droit national

Les dispositions de la convention et de ses protocoles sont d'effet direct. Elles sont donc susceptibles d'être invoquées devant le juge national à l'occasion d'un litige entre un particulier et une autorité publique (effet direct dit « vertical ») depuis leur ratification. Par exemple, dans un arrêt *Debout* du 27 octobre 1978, le Conseil d'État examine la légalité d'un acte administratif à l'aune de la convention, qu'il interprète lui-même⁴. La convention est notamment appliquée fréquemment en contentieux des étrangers, à partir des années 1990, à l'occasion des recours contre les décisions individuelles. Le juge administratif préfère alors s'appuyer, lors qu'il le peut, sur des principes énoncés dans la Conv. EDH plutôt que sur des principes généraux du droit non écrits : c'est ainsi que les références à l'article 8 de la convention remplacent, depuis 1991 (**CÉ, 1991, Belgacem**), le principe général du droit de mener une vie privée et familiale normale qu'avait dégagé le juge en 1978 (**CÉ, 1978, GISTI**).

Surtout, dans l'ordre administratif, la convention produit l'ensemble de ses effets depuis que le Conseil d'État reconnaît la prévalence des conventions régulièrement ratifiées sur la loi. La solution de l'arrêt *Nicolo* de 1989 est d'ailleurs guidée en partie par la volonté que l'examen de la conventionnalité des lois soit réalisé par le Conseil d'État lui-même plutôt que par la CEDH⁵. Le Conseil d'État se reconnaît ainsi compétent à la fois pour refuser entièrement d'écarter une loi dont les dispositions violent, *in abstracto*, la convention (**CÉ, 2001, Diop**, au sujet loi discriminatoire en matière de pensions des anciens combattants) et pour contrôler *in concreto* que l'exécution de la loi ne portent pas atteinte aux droits garantis (**CÉ, 2016, Gonzalez-Gomez**). Le juge n'a pas le pouvoir d'abroger la loi qu'il a jugée contraire à la CEDH : il appartient au législateur ou, depuis 2010, au Conseil constitutionnel saisi d'une QPC, de procéder à son abrogation⁶.

⁴ En revanche, dans cette affaire, l'interprétation du Conseil d'État diffère de celle de la Cour, ce qui est de nature à entraîner une condamnation de l'État.

⁵ Ainsi qu'il ressort des conclusions du commissaire du gouvernement Patrick Frydman.

⁶ Les lois relatives à la cristallisation des pensions, écartées par le Conseil d'État dans l'arrêt *Diop*, ont été abrogées par le Conseil constitutionnel dans sa première décision rendue sur le fondement de l'article 61-1 de la constitution : **CC, n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, Cristallisation des pensions**.

Compte tenu de l'effet direct de la Conv. EDH et de sa primauté sur la loi, les juges des deux ordres sont fréquemment amenés à examiner des moyens qui l'invoquent au fond, y compris en matière pénale. Par exemple, la Cour de cassation a récemment dit pour droit que dans l'affaire des « décrochages » de portraits du président de la République, bien que les éléments matériels, moraux et légaux soient réunis pour prononcer une condamnation, les juges ont l'obligation de vérifier si une condamnation ne porterait pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Conv. EDH pour, le cas échéant, écarter l'application de la loi (C. cass, 22 septembre 2021, n° 29-85.434). Les arrêts de la CEDH ont conduit à des évolutions profondes du droit applicable à certains secteurs, par exemple en matière de renseignement, de liberté d'expression, de fouilles en prison ou encore d'état civil (droits des personnes trans et reconnaissance de la filiation des enfants nés par gestation pour autrui en particulier).

L'article 6 sur le droit à un procès équitable a par ailleurs produit des effets tangibles sur l'organisation juridictionnelle. C'est par exemple après des condamnations de la France pour violation du droit à un procès équitable que le rôle du commissaire du gouvernement auprès des juridictions administratives a été revu (CEDH, 2001, *Kress c. France* et CEDH, 2006, *Martinie c. France*). La CEDH a par ailleurs jugé que le refus de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité ne portait pas en soi atteinte au droit à un procès équitable (CEDH, 2015, *Renard e.a. c. France*). En revanche, le refus par une juridiction de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, s'il est insuffisamment motivé, constitue une violation (CEDH, 13 février 2020, *Sanofi c. France*).

Les dispositions de la convention européenne des droits de l'homme infusent donc l'ensemble de l'ordre juridique français, ce qui permet une diminution substantielle du nombre de condamnations de la France chaque année : la France a été condamnée près de 630 fois entre 1986 et 2016 (moyenne de 21 arrêts par an), mais seulement 43 fois entre 2017 et 2021⁷ (moyenne de 8 arrêts par an).

III.C. Le positionnement de la CEDH, qui pourrait laisser croire à un « quatrième degré de juridiction », aménage une large marge nationale d'appréciation aux juges nationaux

La saisine de la CEDH intervient toujours *ex post* : l'article 35 de la convention n'autorise sa saisine qu'après l'épuisement des voies de recours interne. Un individu qui contesterait une décision d'une autorité administrative au regard de la convention ne peut donc saisir la CEDH qu'après que son recours a été définitivement rejeté par le Conseil d'État, le cas échéant en cassation.

⁷ 6 condamnations en 2017, 7 en 2018, 13 en 2019, 10 en 2020 et 7 en 2021.

La CEDH, lorsqu'elle se prononce, apprécie alors l'ensemble de l'affaire et du comportement des autorités nationales, en ce inclus les juridictions qui se sont prononcées sur le fond de l'affaire. Puisque ces juridictions doivent elles-mêmes appliquer la convention, la CEDH est amenée à vérifier qu'elles l'ont correctement appliquée, et condamne l'État lorsqu'elles ont échoué à protéger les droits garantis par la convention. Si la notion d'autorité de la chose jugée est, s'agissant de la CEDH, complexe à appréhender, ses arrêts ne sont en pratique jamais contestés par les autorités administratives et judiciaires françaises⁸. En matière administrative, les autorités dont la décision a valu condamnation peuvent être saisies à nouveau par l'administré pour prendre une nouvelle décision conforme, sous le contrôle du juge administratif. En matière pénale et civile, le législateur a créé des procédures de révision permettant de tirer les conséquences d'une condamnation⁹.

Par ailleurs, le **16^e protocole, signé le 2 octobre 2013** et entré en vigueur pour la France le 1^{er} août 2018, autorise « *les plus hautes juridictions* » d'un État à adresser à la Cour des « *demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits définis par la Convention ou ses protocoles* ». La France a désigné le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel comme les juridictions ayant la possibilité de poser de telles questions¹⁰. Si les avis consultatifs ne sont, d'après l'article 5 du protocole, « *pas contraignants* », il est certain que le non-respect d'un tel avis expose la juridiction concernée au risque de provoquer une condamnation de l'État. La Cour de cassation s'est saisie de cette nouvelle possibilité pour la première fois le 12 octobre 2018 (affaire *Mennesson*, relative à la reconnaissance du lien de parenté pour des enfants nés d'une gestation pour autrui et à l'interprétation du droit à la vie privée). Le Conseil d'État en a fait usage pour la première fois par une décision du 15 avril 2021, *Fransylva* (en matière de droit de propriété). En revanche, le Conseil constitutionnel ne s'est pas encore saisi de cette possibilité¹¹.

Ces caractéristiques de l'intervention de la CEDH (arrêts intervenant *a posteriori*, donnant lieu à un réexamen d'une affaire par le juge, dont l'interprétation est suivie à peine de condamnation, et pouvant recevoir des demandes d'avis) pourraient conduire voir cette cour comme un « quatrième degré de juridiction », intervenant après la première instance, l'appel et la cassation.

⁸ Ce n'est pas le cas de tous les États parties à la convention. La fédération de Russie, qui n'est pas un État de droit, laisse ainsi sans conséquence la majorité des condamnations dont elle fait l'objet.

⁹ En matière pénale, par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. En matière d'état des personnes, par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹⁰ Cette désignation est intervenue par une déclaration jointe au dépôt de l'instrument de ratification auprès du secrétaire général du Conseil de l'Europe.

¹¹ Il est peu probable qu'il le fasse, la convention européenne des droits de l'homme n'étant pas rattachée au bloc de constitutionnalité — à la différence du droit de l'UE (cf. art. 88-1 de la Constitution)

Cette affirmation est cependant considérée comme fautive par de nombreux juristes, et par la Cour elle-même (CEDH, 24 mars 2022, *Benghezal c. France*, §34). La compétence de la Cour obéit en effet à un principe de subsidiarité, qu'elle a initialement dégagé de façon jurisprudentielle : c'est aux autorités nationales qu'il appartient, au premier chef, de mettre en œuvre les garanties de la convention (**CEDH, 1976, Handyside c. Royaume-Uni**). Ces autorités disposent d'une marge d'appréciation pour concilier les droits et libertés fondamentales et apprécier leur portée, notamment compte tenu des contraintes d'ordre public et des traditions qui leurs sont propres (CEDH, 2011, *Lautsi c. Italie*). Si cette marge est restreinte dans certaines matières, par exemple lorsqu'est en jeu la liberté d'expression, elle est en revanche conséquente lorsque sont en jeu des questions morales ou éthiques (par exemple, **CEDH, 2014, SAS c. France**, sur la question de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public).

C'est donc au juge national qu'il appartient au premier chef d'assurer la garantie des droits prévus par la convention, la CEDH n'intervenant qu'à titre de régulatrice. Ceci explique l'important filtrage des arrêts : s'agissant de la France, sur 707 affaires traitées en 2021, seules 23 ont donné lieu à un arrêt, les autres ayant été filtrées sans que la Cour ne se prononce.

Le **protocole n° 15 à la convention, signé le 24 juin 2013**, confirme ces principes, et ajoute au préambule qu'« *il incombe au premier chef aux [États], conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente convention et ses protocoles et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la cour européenne des droits de l'homme* ».

III.D.L'articulation entre les ordres juridiques de la CEDH et de l'Union européenne n'est, à ce jour, pas stabilisée

La convention européenne des droits de l'homme ne crée, en principe, des droits qu'à l'égard des États qui en sont signataires. Elle n'est donc pas opposable à l'Union européenne. Cette situation était susceptible d'être sources de difficultés : si une directive comportait des dispositions dont l'application violait les droits reconnus par la Conv. EDH, alors les États auraient pu se retrouver soumis à l'obligation de transposer la directive et de l'appliquer d'une part (obligation contrôlée par la CJUE), et à l'obligation de la laisser inappliquée d'autre part (obligation contrôlée par la CEDH).

Dès le traité de Maastricht, les États membres ont entendu assurer le respect des droits de l'homme dans le cadre de la construction européenne. Le traité énonce donc que « *l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la [Conv. EDH] [...] en tant que principes généraux du droit communautaire* ». La CJUE se prononce donc à l'aune de ces principes généraux (**CJUE, 2002, Limburgse**).

En outre, les organes de l'Union européenne ont adopté, le **7 décembre 2000**, la **charte des droits fondamentaux de l'Union européenne**. Cette charte, applicable à l'Union et aux États lorsqu'ils appliquent les politiques de l'Union, énonce les mêmes droits que la Conv. EDH, et énonce de nouveaux droits économiques et sociaux qui n'y figurent pas.

L'adoption de cette nouvelle charte participe à un processus de « *sédimentation des droits* ». Elle conduit à ce que le droit de l'Union européenne soit présumé conforme à la Conv. EDH par la CEDH (« *présomption Bosphorus* » : **CEDH, 2005, *Bosphorus Airlines***)¹². Elle ne suffit cependant pas à écarter tout risque de divergence d'interprétation entre la CJUE et la CEDH dans une même affaire, qui serait préjudiciable à la garantie des droits des citoyens de l'Union. Plus généralement, l'adhésion de l'Union à la Conv. EDH constituerait une façon reconnue d'améliorer la garantie des droits fondamentaux¹³.

Aussi, le traité de Lisbonne, tout en confirmant que la charte des droits fondamentaux a la même valeur que les traités¹⁴ et que les principes énoncés dans la Conv. EDH ont valeur de principes généraux du droit (**points 1 et 3 de l'article 6 du TUE**), impose l'adhésion de l'Union à la convention européenne des droits de l'homme (**point 2 de l'article 6 du TUE**). Le protocole n° 14 à la Conv. EDH autorise une telle adhésion depuis le 1^{er} juin 2010. Toutefois, les négociations destinées à élaborer le traité d'adhésion n'ont pas abouti, le projet ayant notamment fait l'objet d'un avis défavorable de la CJUE. La CJUE a en effet identifié sept incompatibilités avec des éléments du droit primaire de l'Union, et en particulier le risque qu'une atteinte soit portée à l'autonomie du droit de l'Union et au monopole d'interprétation de la Cour¹⁵. Malgré des tentatives de relance du processus d'adhésion, celles-ci n'ont pas connu de développement récent d'importance — ce qui empêche le respect du second point de l'article 6 du TUE.

¹² Il s'agit d'une présomption simple, qui peut être renversée. Voir notamment CEDH, 2013, *Michaud* pour un exemple de renversement de cette présomption.

¹³ Voir en particulier le document *Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne des droits de l'homme : réponse à des questions fréquemment posées* du 1^{er} juin 2010, sur le site du Conseil de l'Europe : https://www.echr.coe.int/Documents/UE_FAQ_FRA.pdf

¹⁴ Le traité établissant une constitution pour l'Europe intégrait directement la charte, sur le modèle des déclarations des droits qui servent de préambule à certaines constitutions.

¹⁵ CJUE, 18 décembre 2014, avis 2/13, et prise de position de l'avocate générale Juliane Koott sur cette demande d'avis présentée le 13 juin 2014. Pour une analyse succincte, voir *Dalloz étudiant* : « *le non de la CJUE à l'adhésion* », 8 janvier 2015 : <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/le-non-de-la-cjue-a-ladhesion-de-lunion-europeenne-a-la-convention-europeenne-de-sauvegar/h/0e696e5d1d36d28adb9d51eb15342f58.html>