

**Conférence des chefs des cours suprêmes des États membres  
du Conseil de l'Europe  
Paris, 12 et 13 septembre 2019**

**Les rapports entre les cours nationales et  
la Cour européenne des droits de l'homme**

Par Mattias Guyomar, conseiller d'État, rapporteur pour le Conseil d'État

La logique du système de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui fait des juridictions des États parties les premières garantes des droits conventionnellement protégés, sous le contrôle, après épuisement des voies de recours interne, de la Cour européenne des droits de l'homme implique et encourage un dialogue entre cette dernière et les cours nationales.

À la suite de la Déclaration de Brighton de 2012, les États parties à la Convention ont adopté un protocole d'amendement (protocole n° 15) qui prévoit d'ajouter, à la fin du Préambule de la Convention, un considérant qui explicite cette répartition des rôles : « *Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, 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 instituée par la présente Convention* ».

Dans l'attente de la ratification de ce protocole, la Déclaration de Copenhague de 2018 a mis en avant la notion de « responsabilité partagée » pour décrire les liens entre la Cour européenne et les États parties, en particulier, les cours nationales. Cette notion vise à atteindre un « équilibre adéquat » entre les niveaux national et européen du système conventionnel et une « protection renforcée des droits » grâce à une meilleure prévention et des recours effectifs disponibles au niveau national. Ainsi que le relève le point 33 de cette déclaration : « *Pour qu'un système de responsabilité partagée soit effectif, il faut une bonne interaction entre les niveaux national et européen. Cela implique, dans le respect de l'indépendance de la Cour et du caractère contraignant de ses arrêts, un dialogue constructif et continu entre les États Parties et la Cour sur leurs rôles respectifs dans la mise en œuvre et le développement du système de la Convention, y compris le développement, par la Cour, des droits et des obligations énoncés dans la Convention* ».

L'évolution des rapports entre les cours nationales et la Cour européenne s'explique largement par le renforcement du principe de subsidiarité et le développement de la doctrine de la marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour. Elle manifeste en outre une constante et progressive institutionnalisation du dialogue entre les premières et la seconde. Au dialogue des jurisprudences qui a longtemps constitué le seul mode d'échanges, en l'absence de toute procédure institutionnalisée de coopération juridictionnelle, se sont en effet ajoutés le dialogue des juges puis, avec l'entrée en vigueur du protocole n° 16, le dialogue des juridictions.

### **1 – Le dialogue des jurisprudences**

Le dialogue des jurisprudences correspond à l'ensemble des cas où, en l'absence de procédure institutionnalisée, une juridiction décide plus ou moins librement de s'inspirer de telle ou telle solution rendue par une autre. Parmi les dialogues jurisprudentiels, celui que

nourrissent les juges nationaux avec la Cour européenne des droits de l'homme est certainement le plus dense et le plus fructueux.

Certes les arrêts de la cour ne sont revêtus que de l'autorité relative de la chose jugée. Mais leur portée déborde généralement le litige dans le cadre duquel ils interviennent. Difficile à définir de manière précise, cette portée, qui peut atteindre l'ensemble des États parties, est parfois appréhendée à la lumière de la notion d'« autorité de chose interprétée ». Cette notion, initialement forgée par le doyen Boulouis pour qualifier la portée des arrêts rendus par la cour de Luxembourg à la suite d'un renvoi en interprétation, permet de rendre compte du caractère contraignant que possèdent les arrêts de la Cour européenne dont la jurisprudence irrigue, chaque jour davantage, les ordres juridiques nationaux.

À leur tour, dans le cadre du principe de subsidiarité, et à leur place, dans les limites de la marge nationale d'appréciation, les juridictions nationales assurent, sous la surveillance de la Cour européenne, la réception, dans les ordres juridiques internes, des droits de la convention. Leur contrôle s'effectue non seulement au regard des stipulations de la convention européenne mais aussi de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui s'y incorpore leur conférant, grâce au dynamisme de ses constructions prétoriennes, le caractère d'un droit vivant. C'est pourquoi les cours nationales s'attachent à connaître précisément la jurisprudence européenne afin de l'appliquer correctement, de raisonnablement l'anticiper ou même, si elles l'estiment nécessaire, de s'en écarter en toute connaissance de cause.

Il est possible d'organiser les différents modes d'une telle réception de l'ordre conventionnel autour des trois figures suivantes : l'appropriation, l'anticipation et l'émancipation (voir pour une telle typologie « Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'État et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation » par Mattias Guyomar in « La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa »).

En retour, la Cour européenne n'est pas sourde aux jurisprudences des cours nationales. En effet, respectueuse du principe de subsidiarité qui confie aux juges nationaux une véritable responsabilité, tant dans l'interprétation des exigences de la convention que dans la place à réserver aux spécificités et aux traditions nationales, la Cour tient compte de leurs prises de position, au travers de la figure du consensus et la reconnaissance de la marge nationale d'appréciation, dans la fabrique permanente de sa jurisprudence.

### **1.1 La figure de l'appropriation**

L'appropriation correspond aux hypothèses dans lesquelles une cour nationale choisit d'adopter, en tout ou partie, une jurisprudence de la Cour européenne. L'appropriation de la jurisprudence peut s'effectuer de manière contrainte ou spontanée.

Il y a appropriation spontanée lorsque, de sa propre initiative, une juridiction nationale applique la convention à la manière de la Cour européenne, en s'inspirant de son mode de contrôle des droits et libertés mis en cause devant elle. L'avis contentieux du Conseil d'État *Molenat* du 13 juin 2013 relatif à la compatibilité avec l'article 8 de la convention européenne du régime français de l'accès aux informations sur l'auteur d'un don de gamètes illustre tant dans le mode de raisonnement tenu que les modalités de sa rédaction l'effort consenti par la juridiction administrative française pour s'approprier, afin de se faire mieux entendre et comprendre, la jurisprudence de la Cour européenne. La décision *Mme Gonzalez-Gomez* (CE ass. 31 mai 2016 *Lebon* 208) qui a mobilisé, de manière remarquable, le contrôle *in concreto* de l'article 8 de la convention européenne, s'inscrit dans la même ligne.

Il y a appropriation contrainte dans les cas de condamnation d'un Etat partie dans lesquels le constat de la violation d'un droit protégé repose sur une divergence entre la solution retenue par la Cour européenne et celle qui avait été dégagée par le juge national.

Il résulte des stipulations de l'article 46 de la convention que la complète exécution d'un arrêt de la Cour européenne condamnant un État partie à la convention implique, en principe, que cet État prenne toutes les mesures qu'appellent, d'une part, la réparation des conséquences que la violation de la convention a entraînées pour le requérant et, d'autre part, la disparition de la source de cette violation. L'autorité qui s'attache aux arrêts de la Cour implique en conséquence non seulement que l'État condamné – auquel il appartient, eu égard à la nature essentiellement déclaratoire des arrêts de la Cour, de déterminer les moyens de s'acquitter de l'obligation qui lui incombe ainsi –, verse à l'intéressé les sommes que la Cour lui a allouées au titre de la satisfaction équitable prévue par l'article 41 de la convention, mais aussi qu'il adopte les mesures individuelles et, le cas échéant, générales nécessaires pour mettre un terme à la violation constatée (voir en ce sens les décisions du Conseil d'État français sect., 4 oct. 2012, *M. Baumet Lebon* 347 ; ass., 30 juill. 2014, *Vernes, Lebon*, 260 ; voir pour la reconnaissance d'un effet *erga omnes* des arrêts de la Cour européenne l'arrêt n° 210 du 3 juillet 2013 de la Cour constitutionnelle italienne). Pour sa part, la Cour constitutionnelle fédérale allemande rappelle qu'il convient de « tenir compte » des arrêts de la Cour européenne ce qui signifie « *prendre acte de la disposition de la Convention telle qu'interprétée par la Cour européenne et l'appliquer à l'affaire sous réserve que cela n'emporte pas violation d'une norme de niveau supérieur, en particulier d'une norme constitutionnelle* ».

Les condamnations prononcées par la Cour de Strasbourg constituent ainsi de puissants aiguillons qui suscitent des évolutions de la jurisprudence comme, d'ailleurs, de la législation.

La question de l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme aux procédures ordinaires en fournit une illustration. Cette question a donné lieu à une divergence de jurisprudence entre la Cour européenne qui l'admet et le Conseil d'État français qui l'excluait, depuis l'arrêt *Debout* (CE, sect., 27 oct. 1978, *Lebon* 395 ; ass., 11 juill. 1984, *Subrini Lebon* 259). Après plusieurs condamnations de la France, jusqu'à l'arrêt *Diennet c/ France* du 26 septembre 1995, le Conseil d'État s'est rallié à la position de la Cour européenne (CE, ass., 14 févr. 1996, *Maubleu, Lebon* 35), deux ans après l'arrêt précurseur de la Cour de cassation (1<sup>ère</sup> civ. 10 janvier 1984 *Renneman*). Dans le même ordre d'idée, la Cour suprême espagnole, a modifié sa jurisprudence à la suite de l'arrêt *Igual Coll c/ Espagne* du 10 juin 2009 relatif à l'absence d'audience publique devant la cour d'appel.

Après la condamnation de la France par l'arrêt *B. c/France* (Cour EDH 25 mars 1992), la Cour de cassation française a admis (Cass.plén., 11 décembre 1992, *B. c/ France*, n°91-11.900) un droit à la rectification d'état civil au profit des transsexuels, près de 25 ans avant que le code civil ne soit modifié par la loi du 18 novembre 2016.

L'appropriation de la jurisprudence européenne en matière de délai raisonnable de jugement a conduit à la création prétorienne, par le Conseil d'État, d'un nouveau régime de responsabilité de l'État sur le terrain du dysfonctionnement du service public de la justice (Ass. 28 juin 2002 *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. Magiéra*).

## 1.2 La figure de l'anticipation

L'anticipation renvoie aux cas dans lesquels le juge national est confronté à une question qui soit est inédite soit n'est pas directement résolue par la Cour. Il doit alors prendre une

position pionnière. Dans ce cas, c'est lui qui ouvre le dialogue en prenant le risque d'un démenti. Dans ce cas, les cours nationales tiennent généralement le plus grand compte, à titre préventif, des grandes lignes dégagées, pour l'interprétation de la convention européenne, par la cour de Strasbourg.

Le contentieux pénitentiaire a constitué, depuis quelques années, un domaine privilégié d'application de cette figure, les indéniables progrès de la jurisprudence administrative puisant directement aux sources de la jurisprudence de la Cour européenne. Ainsi, la décision *Ministre de la Justice c/ M. Remli* (CE 30 juill. 2003, *Lebon* 366) admet que le placement à l'isolement d'un détenu contre son gré constitue, eu égard à l'importance de ses effets sur les conditions de détention, une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, avant que l'affaire *Ramirez-Sanchez* du 4 juill. 2006 donne lieu à condamnation de la France pour violation du droit à un recours effectif. Dans une telle hypothèse, la condamnation postérieure de la France est simplement confortative de l'évolution librement décidée par le Conseil d'État.

Bien souvent, la figure de l'anticipation n'appelle pas de confirmation de la part de la Cour de Strasbourg. Elle fonde en effet, la plupart du temps, des solutions d'annulation de la décision attaquée ou de condamnation de l'État. En retenant des solutions leur conférant un plein effet, la cour nationale dispense la victime de la violation des droits de la poursuivre son procès jusqu'à la Cour européenne. Le principe de subsidiarité produit alors tous ses effets, le juge national ayant assuré, dès son stade, le plein respect des droits conventionnellement protégés. Dans pareil cas, le dialogue des jurisprudences s'est situé en amont de la décision de la cour nationale en en inspirant la teneur. Il rend dès lors sans objet cette forme de dialogue aval que constitue la saisine de la Cour européenne, après l'épuisement des voies de recours internes.

### 1.3 La figure de l'émancipation

Le dialogue des jurisprudences conduit parfois le juge national à prendre l'initiative d'un écart par rapport à la jurisprudence de la Cour : il s'agit alors de la figure de l'émancipation. Dans ce cas, il existe déjà, dans l'offre jurisprudentielle de la Cour européenne, une ou plusieurs solutions plus ou moins directement transposables au litige. Mais pour des motifs qui relèvent de son appréciation, la juridiction nationale estime ne pas devoir les faire siennes. Elle s'en sépare donc mais doit, pour parer aux éventuelles infirmations, justifier son choix.

La décision *Didier* (ass., 3 déc. 1999, *Lebon* 399) qui juge que le cumul des fonctions d'instruction et de jugement est compatible avec le respect de l'impartialité garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, en fournit l'exemple-type. Cette prise de position, qui constituait une relative émancipation par rapport à la jurisprudence européenne telle qu'elle était généralement comprise, a été confirmée par la Cour européenne avec la décision *Didier c/ France* du 27 août 2002 et l'arrêt *Dubus SA c/ France* du 11 juin 2009.

La Cour suprême du Royaume-Uni, dans un arrêt *R v. Horncastle* de 2009, a estimé que, si l'obligation « *de tenir compte* » de la jurisprudence de la Cour européenne lui commandait normalement d'appliquer les principes clairement établis par celle-ci, il pouvait y avoir des cas où se posait la question de savoir si elle avait suffisamment compris les particularités de la procédure interne et a décidé de renoncer à suivre la jurisprudence de la Cour. Le juge Neuberger explique ainsi que : « *Notre Cour n'est pas tenue de suivre toutes les décisions de la Cour européenne. (...). Cependant, lorsqu'il y a une jurisprudence claire et constante dont l'effet n'est pas incompatible avec un aspect fondamental, matériel ou procédural, de notre droit, et dont le raisonnement n'apparaît pas ignorer ou mal comprendre un argument ou un*

*point de principe, nous estimons que notre Cour aurait tort de ne pas suivre cette jurisprudence».*

#### **1-4 La prise en compte par la Cour européenne des législations et des jurisprudences nationales**

Si la Cour européenne peut refuser de consacrer les solutions élaborées par le juge national elle peut aussi saisir l'occasion qui lui est offerte pour confirmer l'interprétation et l'application de la convention retenues par la cour nationale, le cas échéant, en faisant application de la doctrine de la marge nationale d'appréciation.

Faisant sienne la thèse du gouvernement italien et l'approche retenue par les juridictions nationales selon laquelle cette tradition revêtait une connotation non seulement culturelle, mais aussi identitaire, la Cour a jugé que la présence de crucifix dans les salles de classe était une question relevant de la marge d'appréciation des États (*Lautsi et autres c. Italie* du 18 mars 2011).

Dans l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 10 novembre 2005 qui concernait l'interdiction de porter le foulard à l'université, la Cour a considéré que la circulaire litigieuse, qui soumettait le port du foulard à des restrictions de lieu et de forme dans les universités, était une ingérence dans l'exercice par l'intéressée du droit de manifester sa religion mais elle a jugé que cette mesure avait une base légale en droit turc, qu'elle était prévisible, qu'elle visait un but légitime, et qu'elle n'était pas disproportionnée. Pour prendre sa décision, la Cour s'est expressément fondée sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle turque, selon laquelle la laïcité est au confluent de la liberté et de l'égalité.

Les arrêts *SAS c. France* du 1<sup>er</sup> juillet 2014, *Vincent Lambert c/ France* du 5 juin 2015 et *M.'Bala M'Bala c / France* du 20 octobre 2015 témoignent aussi de la convergence des solutions retenues successivement par le Conseil d'État français et la Cour européenne.

## **2 – Le dialogue des juges**

Le dialogue peut se nouer directement au plan individuel entre les juges eux-mêmes. Les occasions de rencontres et de travail en commun se multiplient de sorte que s'érige progressivement en Europe une véritable communauté de juges. Les enceintes de rencontres entre juges européens sont de plus en plus nombreuses. Il ne faut pas sous-estimer la part importante prise dans ce domaine par les initiatives individuelles, chaque magistrat possédant son réseau personnel de contacts et d'homologues.

Mais la plupart des rencontres se font à l'occasion d'événements institutionnels. Il est de plus en plus fréquent que des délégations des juridictions des États parties se rendent à l'invitation de la Cour européenne ou que celle-ci soit reçue par une cour nationale. Tous les deux ans, les cours constitutionnelles des pays germanophones (Allemagne, Autriche, Liechtenstein et Suisse) rencontrent la Cour européenne et la Cour de justice de l'Union européenne pour une conférence thématique de deux jours (« Sechser-Treffen » : la rencontre des six). La cour de cassation italienne, en décembre 2015, et le Conseil d'État italien, en novembre 2017, ont signé avec la Cour européenne des protocoles d'entente afin d'institutionnaliser leur coopération.

Les séminaires thématiques qu'organise chaque année la Cour européenne à l'occasion de sa rentrée solennelle et qui réunissent des membres des juridictions de l'ensemble des États parties s'inscrivent dans le cadre de ce dialogue des juges.

La volonté de renforcer les échanges entre les différents acteurs du système conventionnel a conduit à la création par la Cour européenne des droits de l'homme, en 2015, du Réseau des cours supérieures. Ce Réseau, qui réunit chaque année un forum des personnes de contact, a pour objet la mise en place d'une coopération entre le service du juriconsulte de la Cour européenne et les services de recherches juridiques des juridictions nationales. Celle-ci se traduit par un partage d'outils documentaires permettant une connaissance fine et en temps réel de la jurisprudence des différentes juridictions.

Ces différentes initiatives qui structurent les échanges entre les juges de la cour européenne et les membres des juridictions nationales contribuent à l'institutionnalisation du dialogue entre les juges.

### **3- Le dialogue des juridictions**

Le dialogue des juridictions suppose l'institution puis la mise en œuvre de procédures institutionnalisées de coopération.

Alors que le système conventionnel n'avait prévu aucune procédure de coopération institutionnelle, l'extension de la compétence de la Cour pour donner des avis consultatifs vise à renforcer l'interaction entre la Cour et les cours nationales afin de consolider la mise en œuvre de la convention conformément au principe de subsidiarité.

La possibilité, ouverte par le protocole n° 16, signé le 2 octobre 2013, de formuler des « *demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles* » ouvre ainsi de nouvelles perspectives de dialogue formalisé entre la Cour européenne et les juridictions nationales. Ces avis consultatifs, qui ne peuvent être adressés que dans le cadre d'une affaire pendante, sont motivés et publiés (article 4 du protocole). Ils ne sont pas contraignants (article 5 du protocole), Dix Hautes parties contractantes, dont la France, ayant ratifié ce protocole, il est entré en vigueur, le 1<sup>er</sup> août 2018. Dès le 5 octobre 2018, la Cour de cassation a adressé une demande d'avis qui a donné lieu au premier avis consultatif de la Cour, le 10 avril 2019, rendu par la Grande chambre, ainsi que le prévoit l'article 2 du protocole. Une deuxième demande d'avis consultatif a été adressée à la Cour européenne par la Cour constitutionnelle arménienne à propos d'un article du code pénal d'Arménie.

Aboutissement du processus d'institutionnalisation des rapports entre la cour européenne et les cours nationales, le protocole n° 16 laisse augurer une réorientation du système de contrôle de la convention. Au contrôle *a posteriori* et *in concreto* de la Cour s'ajoute une compétence *a priori* qui, même si la question posée doit être « incarnée » dans un litige pendant, porte en germe l'exercice d'un contrôle plus abstrait. Cette procédure doit permettre de renforcer la « responsabilité partagée » entre les différents acteurs du système conventionnel en substituant au « cycle violation-sanction » une « subsidiarité-complémentarité » pour reprendre les formules du professeur Frédéric Sudre (« Ratification de la France et entrée en vigueur du protocole n° 16 – Une embellie pour la convention EDH ? » La semaine juridique Edition générale n° 17, 23 avril 2018, 473).

Ces différentes formes de dialogue sont au cœur du système mis en place au sein du Conseil de l'Europe. Le dialogue entre les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme procède d'une nécessité fonctionnelle inhérente à la logique du mode de contrôle juridictionnel mis en place pour sanctionner les violations des droits et libertés protégés par la convention européenne des droits de l'homme. Le renforcement de ce dialogue tient à des raisons de texte et de contexte. De texte : la convention européenne constitue, à côté des

autres normes de référence que sont les constitutions nationales et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la « constitution européenne des droits de l'homme » commune à l'ensemble des États membres du Conseil de l'Europe. De contexte : les juridictions européennes sont toutes confrontées aux mêmes défis (enjeux biotéchniques, protection des données personnelles, nouvelles formes de traite des êtres humains...) et aux mêmes questions (port des signes religieux dans l'espace public, *non bis in idem*...).

Les évolutions à l'œuvre font apparaître trois lignes de force. En premier lieu, quelle que soit la place qu'occupe la convention européenne dans la hiérarchie des normes des États, elle devient, ainsi que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, une source d'inspiration du droit positif et des jurisprudences nationales. En deuxième lieu, le dialogue des juges est entré dans les mœurs juridictionnelles de l'ensemble des acteurs européens. Sur la scène juridique européenne, la culture de l'échange se diffuse. En troisième lieu, subsistent d'importantes spécificités nationales en ce qui concerne l'exercice des souverainetés juridiques et juridictionnelles, le positionnement relatif des juridictions ou encore les modalités des échanges avec la Cour européenne. Mais ces particularités ne font en rien obstacle à l'émergence, à l'échelle européenne, d'une « communauté des juges » dont les échanges conduisent à la constitution d'un droit commun grâce à la circulation des modèles et l'enrichissement mutuel des jurisprudences. Le dialogue des jurisprudences, le dialogue des juges et désormais le dialogue des juridictions est la traduction de la responsabilité que partagent la Cour européenne et les cours nationales dont les offices se complètent pour construire, à l'échelle du Conseil de l'Europe, un droit vivant et dynamique, au service d'une protection de plus en plus élevée et effective des droits de l'homme et des libertés fondamentales.