

UNIVERSITE DE LIMOGES

Faculté de droit et des sciences économiques

Thèse

Pour l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE DE LIMOGES

Présentée et soutenue publiquement le 4 décembre 2006 par

Carine LAURENT-BOUTOT

La Cour de cassation
face aux traités internationaux
protecteurs des droits de l'Homme

Directeur de recherche :

- Monsieur Jean-Pierre MARGUENAUD, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges

Rapporteurs :

- Monsieur Olivier DUBOS, Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV
- Madame Pauline REMY-CORLAY, Professeur à l'Université Paris sud XI

Assesseurs :

- Madame Françoise MONEGER, Conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation
- Monsieur Didier THOMAS, Professeur à l'Université de Montpellier I

Résumé de la thèse :

La Cour de cassation face aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme

La CEDH a, désormais, une influence incontestable sur la jurisprudence de la Cour de cassation. La Haute juridiction applique les dispositions conventionnelles dans le respect de la hiérarchie des normes, les interprétant, parfois, de manière totalement novatrice. Elle transpose, également, les précédents rendus par la Cour EDH, démontrant que les juges nationaux et européens se sont engagés sur la voie d'un dialogue réciproque et constructif. Cette harmonie ne doit pas masquer la densité du droit conventionnel des droits de l'Homme, ni aboutir à son appauvrissement. De multiples traités sont encore méconnus, inappliqués alors qu'ils recèlent des droits spécifiques ignorés de la CEDH. La rareté des arrêts rendus sur le fondement de ces textes et l'absence de communication avec les organes supranationaux chargés de les interpréter pourrait détourner progressivement le justiciable d'une grande partie de ses droits.

Afin d'éviter cet écueil, la Cour de cassation peut favoriser la justiciabilité de tous les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, en définissant des mécanismes moins contraignants que l'effet direct. Elle peut, également, démontrer la complémentarité des normes en procédant à une application coordonnée du droit national et conventionnel tel qu'interprété par les organes supranationaux de contrôle. Elle s'impliquera, ainsi, dans un vaste mouvement de fertilisation du droit international des droits de l'Homme.

Résumé de la thèse en anglais :

The court of cassation dealing with human rights international protective treaties

The ECHR has an indisputable influence on the case law of the Court of Cassation. The High Court enforces these conventions with consideration for the hierarchical norms, at times, interpreting them in a totally innovative way. She equally transposes the precedent judgements pronounced by the European Court of Human rights, showing that the national and European judges are committed to reciprocal and constructive dialogue.

This harmony should not hide the depth of the conventional law of human rights, nor should it lead to its degeneration. Numerous treaties remain unrecognized and unenforced, while concealing specific rights from the EHRC. The rarity of decisions rendered based on these texts and the absence of communication by the supranational organs charged with interpreting them, could progressively diminish a large number of the plaintiffs rights.

In order to avoid this, the Court of Cassation can favour the "justiciabilité" of all international protective treaties of human rights, by defining less restrictive means instead of using direct action. They can also demonstrate the complementary nature of these norms by initiating a coordinated application of national and conventional law as interpreted by the controlling supranational organs. They are therefore implicated in the vast fertile evolution of the international law of Human rights.

Discipline : Droit privé

Mots-clés : Droits de l'Homme – traités – CEDH – PIDCP – PIDESC – CIDE – justiciabilité – effet direct – invocabilité – précédent – subsidiarité – primauté – coordination – complémentarité.

Centre de recherches : Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques (OMIJ).
Faculté de droit et des sciences économiques, 32 rue Turgot, 87031 Cedex, France.

UNIVERSITE DE LIMOGES
Faculté de droit et des sciences économiques

Thèse

Pour l'obtention du grade de
DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE DE LIMOGES
Présentée et soutenue publiquement le 4 décembre 2006 par
Carine LAURENT-BOUTOT

La Cour de cassation
face aux traités internationaux
protecteurs des droits de l'Homme

Directeur de recherche :

- Monsieur Jean-Pierre MARGUENAUD, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges

Rapporteurs :

- Monsieur Olivier DUBOS, Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV
- Madame Pauline REMY-CORLAY, Professeur à l'Université Paris sud XI

Assesseurs :

- Madame Françoise MONEGER, Conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation
- Monsieur Didier THOMAS, Professeur à l'Université de Montpellier I

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

à Pierre BOUTOT, mon époux

à Thomas ROUX, mon filleul

Remerciements

Mes remerciements vont, particulièrement, à mon Directeur de thèse, le Professeur Jean-Pierre Marguénaud. Ses précieux conseils, son attention, sa disponibilité, m'ont permis de mener ce travail à son terme.

Je tiens, également, à remercier Pierre Boutot, mon époux, pour ses encouragements. Il a toujours été convaincu que je mènerais ma thèse à son terme, parfois bien plus que moi. Je lui dois plus que je ne pourrais l'exprimer.

Ma famille a toujours été très présente. Je souhaite remercier, plus particulièrement, mes parents, Danièle et Jean-Marc Laurent, ma sœur et mon beau-frère, Valérie et Emmanuel Roux, ma tante et mon oncle Josette et Alain Soumaille. Ils ont su m'accorder du temps, me laisser du temps, m'ont entouré de leur affection, sans jamais douter de mes capacités à achever cette thèse.

Je tiens à remercier mon "comité de re-lecture" : Géraldine Abittan, Catherine Bottin, Alexandrine Clevenot, Christine Colombier, Rebecca Faye, Pauline Fumalle, Florence Jacob, Anne Langénieux-Tribalat, Marie Romain-Brousseau, Valérie Roux, Isabelle Soumy, Gaëlle Ulmer.

Liste des principales abréviations

- A.P** : Assemblée plénière
- AFDI** : Annuaire français de droit international
- AJDA** : Actualité juridique de droit administratif
- AJDPénal** : Actualité juridique de droit pénal
- BICC** : Bulletin d'information de la Cour de cassation
- Bull. AP** : Bulletin de l'Assemblée plénière
- Bull. civ. ord.** : Bulletin civil, ordonnance de la Cour de cassation
- Bull. civ.** : Bulletin civil de la Cour de cassation
- Bull. crim.** : Bulletin criminel de la Cour de cassation
- CA** : Cour d'appel
- C.C** : Conseil constitutionnel
- C.C.C.** : Contrats-Concurrence-Consommation
- CDE** : Comité des droits de l'enfant
- CDESC** : Comité des droits économiques, sociaux et culturels
- CDFUE** : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
- CDH** : Comité des droits de l'homme
- CE** : Conseil d'Etat
- CEDH** : Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
- CEDS** : Comité européen des droits sociaux
- CGI** : Code général des impôts
- CIDE** : Convention internationale des droits de l'enfant
- Civ. 1^{re}** : première Chambre civile
- Civ. 2^{ème}** : deuxième Chambre civile
- Civ. 3^{ème}** : troisième Chambre civile
- CJCE** : Cour de justice des communautés européennes
- CNITAT** : Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail
- COJ** : Code de l'organisation judiciaire
- Com.** : Chambre commerciale
- Commission EDH** : Commission européenne des droits de l'Homme
- Cour EDH** : Cour européenne des droits de l'Homme
- CPJI** : Cour permanente de justice internationale

CPP : Code de procédure pénale
CPP : Code de procédure pénale
Crim. : Chambre criminelle
CSE : Charte sociale européenne
CSP : Code de la santé publique
D : Dalloz
DUDH : Déclaration Universelle des droits de l'Homme
GA CourEDH : Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme.
GP : Gazette du palais
IR : Informations rapides
IVG : Interruption volontaire de grossesse
JCP E : Semaine juridique, édition entreprise
JCP G : Semaine juridique, édition générale
JDI : Journal de droit international privé (Clunet)
JDJ : Journal des jeunes
JORF : Journal officiel de la République Française
JT : Journal des tribunaux
NCP : Nouveau code pénal
NCPC : Nouveau code de procédure civile
OIT : Organisation internationale du travail
OMS : Organisation mondiale de la santé
ONU : Organisation des Nations Unies
PA : Petites affiches
PACS : Pacte civil de solidarité
PIDCP : Pacte international de New York relatif aux droits civils et politiques
PIDESC : Pacte international de New York relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
RBDI : Revue belge de droit international
RCADI : Recueil des cours de l'Académie de droit international
RCDIP : Revue critique de droit international privé
RDC : Revue droit des contrats
RDH : Revue des droits de l'homme
RDI : Revue de droit immobilier
RDSS : Revue de droit sanitaire et sociale
REDC : Revue européenne de droit de la consommation

RGDIP : Revue générale de droit international public
RGDP : Revue générale des procédures
RIDC : Revue internationale de droit comparé
RJF : Revue de jurisprudence fiscale
RJPF : Revue juridique personnes et familles
RJS : Revue de jurisprudence sociale
RRJ : Revue de recherche juridique, droit prospectif
RSC : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTDA : Revue trimestrielle de droit administratif
RTDCiv : Revue trimestrielle de droit civil
RTDE : Revue trimestrielle de droit européen
S : Sirey
SC : Sommaires commentés
Soc. : Chambre sociale
TC : Tribunal des conflits
TCE : Traité de la communauté européenne
TGI : Tribunal de grande instance
TPS : Travail et protection sociale

Sommaire

Partie I- La justiciabilité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme	39
Titre I- L'effet direct des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme	45
Chapitre I- Les tâtonnements de la Cour de cassation face à l'effet direct des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme	47
Chapitre II- Pour une rationalisation de la jurisprudence relative à l'effet direct	107
Titre II- L'invocabilité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme	155
Chapitre I- L'invocabilité des dispositions conventionnelles	159
Chapitre II- L'invocabilité des interprétations supranationales	193
Partie II- L'application coordonnée des normes	261
Titre I- L'application coordonnée des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme avec le droit national	263
Chapitre I- La subsidiarité des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme	265
Chapitre II- La primauté des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme	309
Titre II- L'application coordonnée des traités internationaux entre eux	401
Chapitre I- L'identification des mécanismes de coordination employés par la Cour de cassation	403
Chapitre II- Pour l'émergence d'une notion de complémentarité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme	445

« A l'époque où nous vivons "l'ingénuité judiciaire" est presque impardonnable. Elaborer aujourd'hui des constitutions écrites et des textes de lois sans se pénétrer des instruments internationaux pertinents équivaut à embarquer pour un long voyage en mer sans s'équiper d'instruments de navigation modernes. Après tout, notre vie quotidienne est plus souvent affectée que nous le croyons ou veuillons l'admettre par l'incapacité de nos parlements à jouer leur rôle de navigateur. Il en résulte que partout dans le monde, les juges sont placés sous les feux de l'actualité, condamnés à supputer l'intention du législateur ou ce qu'il aurait dit s'il en avait eu le temps. »

NARIMAN (Fali S.), *Droits économiques, sociaux et culturels et le rôle des juristes*, Revue de la Commission internationale des juristes, édition spéciale, Bangalore, Octobre 1995-Décembre 1995, n°55, p 159.

« Après avoir délaissé pendant trente ans le champ d'application des conventions internationales, les avocats se sont enfin intéressés à la Convention européenne des droits de l'homme, et nous nous en félicitons. Mais ils sont passés d'un extrême à l'autre : ils voient dans la Convention une sorte de remède universel à toutes les erreurs judiciaires et administratives ; ils ont presque le réflexe d'invoquer la Convention dès qu'ils rencontrent, dans leurs batailles judiciaires quotidiennes, une iniquité, une violation, une injustice, une condamnation excessive »

PETTITI (Louis-Edmond), *L'invocation de la Convention européenne devant les juridictions nationales in L'avocat et l'Europe des 12 et des 21. La défense des droits de l'homme, l'intégration communautaire*, perspectives 1992, Actes du XIIe congrès de l'association des centres de formation professionnelle du barreau, CFPA d'Alsace, 1988, Strasbourg, p 107.

Introduction

1. Les *droits de l'Homme* suscitent aujourd'hui un engouement marqué, qui tend à les vulgariser, les galvauder. Accommodés à la science politique, économique, sociale, philosophique et juridique, ils sont désormais le passage obligé de tout discours officiel de portée nationale ou internationale. La société civile les réclame, la classe politique s'en revendique, les juristes s'y accoutument. Tous s'efforcent encore à les cerner et à les définir, tant la notion est complexe et évolutive¹.

Pourtant, leur spécificité impose de les aborder avec un regard attentif et bienveillant. Les droits de l'Homme ne se limitent pas à des déclarations d'intention. Ils constituent un "vrai" droit abondant, technique et contraignant dont l'enjeu véritable réside dans leur préservation, puisqu'ils sont essentiels à l'épanouissement de chaque individu. Si les droits appartiennent à l'Homme, celui-ci doit pouvoir s'en prévaloir et imposer à chaque autorité de les garantir. Il doit également les respecter, car tout droit engendre un devoir essentiel, celui de ne pas ôter ce droit à autrui².

2. René CASSIN, père de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (ci-après DUDH), écrivait que la science des droits de l'Homme est « *une branche particulière des sciences sociales qui a pour objet d'étudier les rapports entre les hommes en fonction de leur dignité humaine, en déterminant les droits et les facultés dont l'ensemble est nécessaire à l'épanouissement de la personnalité de chaque être humain* »³. Bien qu'abstraite⁴, cette définition met en exergue l'ancrage des droits de l'Homme aux concepts de dignité et de liberté⁵. Le Professeur RIVERO considère que les droits de l'Homme relèvent du droit naturel, « *...l'homme parce qu'il est homme possède un ensemble de droits inhérent à sa*

¹ On évoque aujourd'hui la troisième et la quatrième génération de droits de l'homme : voir particulièrement YOUSOUFI (Abderrahmane), *Réflexion sur l'apport de la troisième génération des droits de l'homme*, p 427 ; BENAR (Georges), *Vers des droits de l'homme de la quatrième dimension. Essai de classification et de hiérarchisation des droits de l'homme*, p 75 in *Les droits de l'homme à l'aube du 21^{ème} siècle*, Karel VASAK amicorum liber, Bruylant, 1998, Bruxelles ; MARCUS HELMONS (Silvio), *La quatrième génération des droits de l'homme* in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges en l'honneur de Pierre LAMBERT, Bruylant 2000, Bruxelles.

² MADIOT (Yves), *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant, 1998, Bruxelles : voir plus particulièrement la section consacrée à « *la recherche d'un équilibre entre les droits et les devoirs* ».

³ CASSIN (René), *Science de l'homme : méthodologie et enseignement*, colloque de Nice 1971, RDH, 1972, volume V.

⁴ SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, n°6, p 16.

⁵ RENUCCI (Jean-François), *Droit européen des droits de l'homme*, manuel LGDJ, 3^{ème} édition, 2002, Paris, p 2 ; VALTICOS (Nicolas), *La notion de droits de l'homme en droit international*, in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement* in Mélanges Michel VIRALLY, Pedone, 1991, Paris, p 484 et 485 ; TOTH (Janos), *Les droits de l'homme et la théorie du droit* in René CASSIN, *Amicorum Discipulorumque Liber IV, IIDH*, Pedone, 1972, Paris, p 69 ; contra EDELMAN (Bernard), *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, D, 1997, Chronique p 185.

nature, et qu'on ne peut méconnaître sans porter atteinte à celle-ci ». Selon lui, la notion des droits de l'Homme « transcenderait » les textes⁶. En réalité, ces définitions révèlent la véritable spécificité de ces droits, qui, intrinsèquement attachés à la seule qualité de la personne humaine, ont un caractère objectif. Selon le Professeur SUDRE, ils procèdent de « l'identité de la personne humaine », ce « statut juridique particulier » étant irrévocable⁷. Par conséquent, l'Homme devient, pour le Professeur COHEN-JONATHAN, la « finalité » du droit⁸.

3. Le caractère objectif constitue le soutènement des droits de l'Homme. Ainsi, le choix d'une acception juridique qualificative devient moins périlleux. Les droits de l'Homme constituent, pour le Professeur MADIOT, des droits subjectifs⁹, dont les sujets sont titulaires et deviennent, sous la plume du Professeur MOURGEON¹⁰, des « *prérogatives, gouvernées par des règles que la personne physique ou morale détient en propre dans ses relations avec d'autres personnes physiques ou morales ou avec le pouvoir* ».

Bien que ces dénominations fassent appel à des notions distinctes¹¹, elles énoncent la juridicité des droits de l'Homme. Toutefois, ces derniers ne bénéficient pas d'un régime spécifique¹² mais s'appuient, en réalité, sur divers supports juridiques¹³. En droit interne, ils peuvent devenir principe à valeur constitutionnelle, principes généraux du droit ou encore être consacrés par la loi. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (ci-après DDHC), rattachée à la norme suprême par le constituant de 1958, a ainsi été constitutionnalisée par décision du Conseil constitutionnel¹⁴.

4. Il serait pourtant inexact d'affirmer que les droits de l'Homme ne bénéficient d'aucune autonomie. Au contraire, un véritable droit des droits de l'Homme s'est développé indépendamment dans l'ordre juridique international. S'il tire toute sa « *validité* » et sa « *force juridique* » du droit international public traditionnel¹⁵, le droit international des droits

⁶ RIVERO (Jean), MOUTOUH (Hugues), *Les libertés publiques*, 9^{ème} édition, PUF, 2003, Paris, n°10.1°, p 7 ; DIJON (Xavier), *Droit naturel*, Tome I, *Les questions du droit*, Thémis, PUF, 1998, Paris, p 88 et suivantes.

⁷ SUDRE (Frédéric), *La Convention européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} édition, Que sais-je ? PUF, 2004, Paris, p 12.

⁸ COHEN-JONATHAN (Gérard), *L'évolution du droit international des droits de l'homme* in Mélanges offerts à Hubert THIERRY, *L'évolution du droit international*, Pedone, 1998, Paris, p 107 (plus spécialement p 108).

⁹ MADIOT (Yves), *Droits de l'homme*, 2^{ème} édition, Masson, 1991, Paris, p 25 et 26.

¹⁰ MOURGEON (Jacques), *Les droits de l'homme*, Que sais-je ? 8^{ème} édition mise à jour, PUF, 2003, Paris, p 10.

¹¹ STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Introduction au droit*, 5^{ème} édition, Litec, 2000, Paris, p 357 et suivantes.

¹² MADIOT (Yves), Op. Cit.

¹³ RIVERO (Jean), MOUTOUH (Hugues), Op. Cit.

¹⁴ Décision du Conseil Constitutionnel du 16 janvier 1982, in MADIOT (Yves), *Droits de l'homme*, Op. Cit. p 115. Toutefois, la Décision du Conseil Constitutionnel du 16 juillet 1971, AJDA, 1971, p 537, note RIVERO (Jean), reconnaissait la valeur constitutionnelle au préambule de 1946, il paraissait évident que la DDHC l'acquerrait implicitement.

¹⁵ COHEN-JONATHAN (Gérard), *Les droits de l'homme et l'évolution du droit international* in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, Paris, p 611 (plus spécialement p 613).

de l'Homme a progressivement conquis son autonomie¹⁶, garantissant aux individus le statut de sujets de droit international¹⁷. Les textes internationaux protecteurs des droits de l'Homme, se dégagent ainsi de la démarche traditionnelle définissant des obligations interétatiques¹⁸ ou accordant à l'Etat le « ... *droit absolu de déterminer le sort de ses propres ressortissants* »¹⁹.

Les droits de l'Homme, dans l'ordre juridique international pas plus qu'en droit interne, ne bénéficient d'un support normatif unique. Au contraire, cette branche du droit était originellement non écrite et s'épanouissait par les vecteurs de la coutume et des principes généraux²⁰. Cependant, malgré des réticences étatiques encore vives²¹, les drames vécus durant les deux guerres mondiales ont été à l'origine d'une prise de conscience collective²². Il devenait absolument nécessaire de prévoir au niveau international des instruments écrits protecteurs des droits de l'Homme²³. L'apanage de leur consécration revient traditionnellement à la DUDH²⁴. Elle définit aussi bien des droits civils et politiques, qu'économiques, sociaux et culturels, réalisant ainsi un habile compromis entre les thèses libérales et marxistes²⁵. Bien que ce texte, dont la portée politique et idéologique ne connaît aucun équivalent²⁶, demeure le parfait reflet de l'universalité des droits de l'Homme, il ne

¹⁶ COHEN-JONATHAN, *Prolégomènes sur l'internationalisation des droits de l'homme* in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 309 (plus spécialement p 321 et suivantes).

¹⁷ COHEN-JONATHAN, Op. Cit. p 335 ; également *Les droits de l'homme et l'évolution du droit international* in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, Paris, p 611 (plus spécialement p 629) ; VIRALLY (Michel), *Droits de l'homme et théorie générale du droit international* in René CASSIN, *Amicorum Discipulorumque Liber IV*, IIDH, Pedone, 1972, Paris, p 323 (plus spécialement p 329).

¹⁸ FLAUSS (Jean-François), *La protection des droits de l'homme et les sources du droit international* in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 11 (plus spécialement p 25).

¹⁹ WASCHMANN (Patrick), *Les droits de l'homme*, 4^{ème} édition, Connaissance du droit, Dalloz 2002, p 2.

²⁰ SCIOTTI-LAM (Claudia), *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 8.

²¹ PELLET (Alain), *La mise en œuvre des normes relatives aux droits de l'homme « souveraineté de droit » contre souveraineté de L'Etat*, Rapport introductif in *La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, HUBERT (Thierry), DECAUX (Emmanuel), Cahiers de la CEDIN, Colloque des 12 et 13 octobre 1989.

²² KATZ (Claude), *Pour la proclamation par la Communauté internationale d'un noyau intangible des droits de l'Homme*, RTDH 1996, p 541.

²³ PHILIP (Louis), *L'affirmation des droits de l'homme dans les constitutions et dans les traités internationaux* in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Economica, 1987, Paris, p 250 ; COHEN-JONATHAN (Gérard), *La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre des organisations universelles*, Documents réunis et commentés, Droit public international, La Documentation française, 1990, Paris, p 2. Sur la conception contemporaine des droits de l'homme, voir : VEGLERIS (Phédon), *Préliminaire à la méthodologie des droits de l'homme* in *Méthodologie des droits de l'homme*, René CASSIN *Amicorum discipulorumque liber*, Tome IV, Pedone, 1972, Paris, p 19.

²⁴ Adoptée par une résolution 217 III de l'Assemblée générale des Nations Unies, réunie à Paris le 10 décembre 1948.

²⁵ MADIOT (Yves), *Droits de l'homme*, 2^{ème} édition, Masson, 1991, Paris, p 86 et suivantes.

²⁶ De très nombreuses résolutions relatives aux droits de l'Homme ont été promulguées sous l'égide de l'Assemblée générale des Nations Unies. Certaines déclarations ont précédé et servi de base à des textes revêtant un caractère obligatoire. DECAUX (Emmanuel), *Les droits fondamentaux en droit international*, AJDA 1998, n° spécial du 20 juillet – 20 août, p 66 (plus spécialement p 68 et suivantes).

consacre néanmoins qu'une « *universalité théorique* », car simple résolution²⁷, il est dépourvu de force obligatoire²⁸.

Par conséquent, afin de rendre effectif les droits consacrés par la DUDH, il fallait élaborer des textes obligeant les Etats. Le recours aux traités, pactes ou convention²⁹, devenait indispensable. Les Etats s'engagèrent, sous l'égide d'organisations internationales à vocation universelle ou régionale, dans une politique de ratification d'instruments à caractère contraignant protecteurs des droits de l'Homme³⁰.

La définition des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme

5. Le traité peut, selon le Professeur COMBACAU, se définir comme : « *un ensemble d'énoncés établi de façon concertée, destiné à produire les effets de droit international qu'en attendent ses auteurs, dans les relations entre sujets internationaux qui se le sont reconnu opposable* »³¹. Bien qu'une doctrine avisée insiste sur « *l'équivalence des sources* »³² du droit international, le caractère écrit et concerté des traités assure à ces instruments une stabilité

²⁷ Il s'agit donc d'un acte unilatéral de l'ONU : DHOMMEAUX (Jean), *De l'universalité du droit international des droits de l'homme : du pactum ferendum au pactum latum* in AFDI 1989 p 399.

²⁸ TAVERNIER (Paul), *L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme*, RTDH 1997 p 379. Ce caractère explique certainement la rapidité de son élaboration et le consensus révélé lors de son adoption. La DUDH a été adoptée à 48 voix contre 0 et 8 abstentions. En effet, comme toute organisation internationale, l'ONU a la possibilité d'établir des actes unilatéraux. Il peut s'agir de résolutions, recommandations, décisions, dépourvus de caractère contraignant : WEISS (Pierre), *Le système des Nations Unies*, Collection science politique 128, Nathan Université, 2000, Paris p 16 à 19 ; VIRALLY (Michel), *Droit international en devenir : essais écrits au fil des ans*, PUF, 1990, Paris, p 169 ; SCHWELB (Ergon), *Les institutions principales et dérivées fondées sur la Charte* in *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités, Rédacteur général VASAK (Karel), UNESCO, 1978, Paris, p 253 et suivantes (particulièrement p 255) ; DORMOY (Daniel), *Droit des organisations internationales*, Connaissance du droit, droit public, Dalloz, 1995, Paris, p 85.

²⁹ Les termes seraient, selon l'expression du Professeur COMBACAU « *à peu près interchangeables* », in COMBACAU (Jean), *Le droit des traités*, Que sais-je ? PUF, 1991, Paris, p 7. La même conclusion découle des écrits du Professeur REUTER qui affirme « *... qu'il n'existe aucun vocabulaire précis pour désigner les traités internationaux et que des termes tels que : traités, convention, accord, protocole peuvent être employés indistinctement* » : REUTER (Paul), *Introduction au droit des traités*, 3^{ème} édition revue et augmentée par Philippe CAHIER, PUF, 1995, Paris, n°63. Il convient néanmoins de veiller à la nature juridique véritable des textes car, bien souvent, les mêmes termes peuvent être employés à l'égard de traités ou d'actes concertés de nature non conventionnelle : par exemple les chartes, accords ou autres protocoles : voir QUOC DINH (N'Guyen), DAILLER (Patrick), PELLET (Alain), *Droit international public*, 7^{ème} édition, LGDJ, 2002, Paris, n°251.

³⁰ BREILLAT (Dominique), *Les droits de l'homme déclarés solennellement* in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur du Professeur Jean SAVATIER, PUF, 1992, Paris, p 111 (Voir plus spécialement p 113 et 119 et suivantes).

³¹ COMBACAU (Jean), Op. Cit. p 7. Le Professeur REUTER quant à lui propose une autre définition : « *un traité est une manifestation de volonté concordantes imputables à deux ou à plusieurs sujets de droit international et destinée à produire des effets de droit selon les règles du droit international* », REUTER (Paul), Op. Cit. n°64. Selon l'article 2-1-a) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités : « *l'expression traité s'entend d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière* ».

³² DUPUY (Pierre-Marie), *Droit international public*, 7^{ème} édition, Précis, Dalloz, 2004, Paris, n° 24 ; QUOC DINH (N'Guyen), DAILLER (Patrick), PELLET (Alain), Op. Cit. n°60.

juridique allant au-delà de celle reconnue à toute autre norme relevant du droit international public. Outre le fait que les règles attachées à ces textes sont, elles-mêmes, consignées dans « *le Traité des traités* »³³, ils disposent d'un caractère contraignant découlant du principe « *pacta sunt servanda* »³⁴.

6. Toutefois, le caractère objectif des droits de l'Homme impose d'adapter la définition originelle du traité. Cette démarche a été menée à bien par Karel VASAK qui affirme qu'un traité international protecteur des droits de l'Homme « *...a pour objet immédiat d'assurer à l'homme, sans discrimination aucune, la garantie et la protection d'un ou plusieurs droits de l'homme figurant dans la Déclaration universelle, que l'homme soit pris en tant que notion juridique ou en tant que membre d'une catégorie sociale donnée* »³⁵. Cette définition est extrêmement séduisante, car elle permet d'identifier la plus grande majorité des traités traditionnellement reconnus comme protecteurs des droits de l'Homme.

L'interprétation permet de rattacher à cette catégorie aussi bien les textes universels que régionaux. En effet, l'élément de qualification ne tient pas compte de l'origine géographique du texte, mais se cantonne à l'identité des droits préservés. Ainsi, les textes élaborés sous l'égide des Nations Unies, de l'Organisation International du Travail (ci-après OIT)³⁶, de l'United Nations Educational Scientific Cultural Organization (ci-après UNESCO)³⁷, du Conseil de l'Europe³⁸ peuvent revêtir les qualités de traités internationaux protecteurs des

³³ Il s'agit du traité de Vienne du 23 mai 1969, concernant les traités passés entre Etats, et celui du 21 mars 1986, concernant les traités passés entre organisations internationales ou entre les Etats et les organisations internationales. La France a refusé de ratifier la Convention de 1969 en raison de la reconnaissance du concept de *jus cogens* : voir SINKONDO (Marcel), *Droit international public*, Collection Université droit, Ellipses, 1999, Paris p 20.

³⁴ De ce principe, constaté par l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969, découle la force obligatoire du traité, qui doit être exécuté de bonne foi sous peine de sanction internationale.

³⁵ VASAK (Karel), *Le droit international des droits de l'Homme*, RCADI 1974, volume IV, p 333 (voir plus spécialement p 349).

³⁶ WACHSMANN (Patrick), *Les droits de l'homme*, Connaissance du droit, Dalloz, 2003, Paris, p 74. COHEN JONATHAN (Gérard), *La protection des droits de l'homme dans le cadre des organisations universelles*, La documentation française, documents d'études, 1990, Paris, p 53. En effet, l'OIT, a, bien que cela ne relève pas de sa compétence première, beaucoup œuvré à la constatation des droits sociaux de l'Homme. Ainsi, l'acte constitutif de l'OIT, intégré au traité de Versailles du 28 juin 1919 (traité de paix avec l'Allemagne), partie XIII, qu'une procédure d'amendement de la constitution de l'OIT a modifié, le 9 octobre 1946, lors de la conférence de Montréal, constate que l'objet de l'organisation internationale réside dans l'élaboration d'un droit international du travail. Sur l'historique et les fonctions de l'OIT voir VALTICOS (Nicolas), *Droit international du travail*, 2^{ème} édition, 1983, Paris, p 5 et suivantes. Pour se faire, elle a compétence pour adopter des normes qui peuvent présenter les caractéristiques des actes unilatéraux mais également consister en des accords conventionnels.

³⁷ SABA (Hanna), *L'UNESCO et les droits de l'homme* in *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités, Rédacteur général VASAK (Karel), UNESCO, 1978, Paris p 479 et suivantes ; ROUGET (Didier), *Guide de la protection internationale des droits de l'homme*, Collection Agir ensemble pour les droits de l'homme, Edition de la pensée sauvage, 2000, Dijon-Quetigny, p 146. La Convention UNESCO en son article 1^{er} pose que l'organisation internationale a pour but : « *de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité en resserrant par l'éducation, la science et la culture la collaboration entre nations afin d'assurer le respect universel de la justice, de la loi, des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion...* ».

³⁸ Au regard de l'article 15 de son Statut, l'organisation internationale a vocation à conclure des traités protecteurs des droits de l'Homme : DRZEMCZEWSKI (Andrew), *La prévention des violations des droits de*

droits de l'Homme, dès lors qu'ils ont vocation à garantir au moins un droit préservé par la DUDH³⁹.

Par ailleurs, la définition permet d'embrasser les traités protecteurs des droits de l'Homme tant généraux que spéciaux. En réalité, l'universalité des droits de l'Homme réalisée par la DUDH n'a pas été concrétisée par l'ONU ou le Conseil de l'Europe. Les traités généraux distinguent entre, d'une part, les droits civils et politiques et, d'autre part, les droits économiques sociaux et culturels⁴⁰. Cette dissociation résulte des désaccords existants, durant la guerre froide, entre les Etats socialistes et occidentaux⁴¹.

Deux Pactes ont été élaborés sous l'égide de l'ONU. L'un est relatif aux droits civils et politiques (ci-après PIDCP), l'autre aux droits économiques, sociaux et culturels (ci-après PIDESC)⁴². La démarche est similaire dans le cadre du Conseil de l'Europe. Elle aboutit à l'élaboration de deux instruments distincts. Face à l'extrême lenteur d'achèvement des Pactes de New-York et malgré les vives réticences des garants de l'universalité des droits de l'Homme⁴³, le Conseil de l'Europe conçoit la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, plus couramment connue sous les vocables

l'homme : les mécanismes de suivi du Conseil de l'Europe, RTDH, 2000, p 385 ; GOLSONG (H.), *Quelques remarques à propos de l'élaboration et de la nature juridique des traités conclus au sein du Conseil de l'Europe in Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Mélanges offerts à Polys MODINOS, Pedone, 1968, Paris, p 51.

³⁹ L'Europe n'est pas la seule à avoir consacré au niveau régional des droits de l'Homme : une démarche identique a été engagée en Amérique avec la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969, en Afrique avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 28 juin 1981 et la Charte arabe des droits de l'homme du 15 septembre 1994.

⁴⁰ VEGLERIS (Phédon), *Préliminaire à la méthodologie des droits de l'homme in Méthodologie des droits de l'homme*, René CASSIN Amicorum discipulorumque liber IV Pedone, 1972, Paris, p 19 ; SZABO (Imre), *Remarques sur le développement d'un catalogue international des droits de l'homme in Problèmes de la protection internationale des droits de l'homme*, René CASSIN Amicorum discipulorumque liber I, Pedone, 1963, Paris, p 347.

⁴¹ TEXIER (Philippe), *Les droits économiques vont être défendus de la même façon que les droits civils et politiques in Le Monde économie*, mardi 8 mai 2001, p 3 ; BOUZIRI (Nejib), *Le Pacte international des droits civils et politiques et son application par les Etats partie*, Thèse sous la direction de BETTATI (Mario), Université de Paris II, 1994, p 123 et suivantes.

⁴² Les premiers travaux de la Commission des droits de l'Homme avaient pour objet la rédaction d'un Pacte reprenant de manière conventionnelle les droits garantis par la DUDH : DECAUX (Emmanuel), *La réforme du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels in Droit et justice*, Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS, Pedone, 1999, Paris, p 405. Ces traités ont été ratifiés par la France le 4 novembre 1980, décrets portant publication du 29 janvier 1981, n°81-76 et 81-77, D 1981, législation p 79. Ces instruments ont été ouverts à ratification le 16 décembre 1966, par la résolution n°2200 de l'Assemblée générale des Nations Unies. L'article 27§1 du PIDESC prévoyait que ce texte entrerait en vigueur après le dépôt du 35^{ème} instrument de ratification, ce qui fut le cas le 3 janvier 1976. Pour le PIDCP, il en fut de même, le 23 mars 1976, tout comme l'indiquait son article 49§1. Sur les Pactes voir : MARIE (Jean Bernard), *Les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme confirment-ils l'inspiration de la Déclaration Universelle*, RDH, volume III, p 397 ; BUERGENTHAL (Thomas) et KISS (Alexandre), *La protection internationale des droits de l'homme*, Précis, 1991, N.P. Engel. Kehl. Strasbourg, p 13 et suivantes ; TAVERNIER (Paul), *L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme*, RTDH, 1997, p 379.

⁴³ Il convient ici de se remémorer la querelle qui opposa René CASSIN et Pierre-Henri TEITGEN : TEITGEN (Pierre-Henri), *Faites entrer le témoin suivant*, Ouest France, 1988, p 489 ou *Aux sources de la Cour et de la Convention européenne des droits de l'homme*, Collection Voix de la cité, Editions Influences, Bègles, 2000.

Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après CEDH)⁴⁴. Loin de s'opposer à l'organisation onusienne, le préambule de ce texte rappelle la volonté des parties d'assurer la garantie des droits énumérés par la DUDH, au sein d'une « *union plus étroite* »⁴⁵. Les droits sociaux voient leur diffusion amplifiée grâce à la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961⁴⁶ et à la Charte sociale européenne révisée⁴⁷ (ci-après CSE), « *véritable pendant de la Convention européenne des droits de l'homme* »⁴⁸.

Outre ces traités généraux, un large éventail de traités spéciaux consacre, tout en les détaillant, des droits de l'Homme préalablement définis par la DUDH. Ainsi, la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies⁴⁹ et le Conseil de l'Europe⁵⁰ sont à l'origine d'un grand nombre de traités.

⁴⁴ Adoptée à Rome le 4 novembre 1950, ratifiée par la loi du 3 mai 1974 n°73-1227, Décret du 3 mai 1974, n°74-360, portant publication, JORF du 4 mai 1974.

⁴⁵ Qui plus est, le projet de Pacte de 1949 fut également une source d'inspiration pour les auteurs de la CEDH : COHEN-JONTHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PU D'Aix Marseille, Economica, 1989, Paris, p 15.

⁴⁶ Ce traité entra en vigueur le 26 février 1965, Conseil de l'Europe, Série des traités européens, n°35 et pour la France le 8 avril 1973, JORF du 9 octobre 1974, p 10344. Pour une étude complète relative aux droits garantis par la CSE et les mécanismes de contrôle institués, voir : GOMIEN (Donna), HARRIS (David), ZWAAK (Léo), *Convention européenne des droits de l'homme et Charte sociale européenne : droit et pratique*, Edition du Conseil de l'Europe, 1997, Strasbourg, p 401 et suivantes.

⁴⁷ Décret n°20006110 du 4 février 2000, JORF du 12 février 2000, p 2230, également Dalloz, 2000, législation, p 158 et suivantes.

⁴⁸ IMBERT (Pierre-Henri), *Pour un système européen de protection des droits de l'homme*, in Mélanges Louis-Edmond PETTITI, Nemesis, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 449.

⁴⁹ Pour ne s'en tenir qu'aux traités ratifiés par la France : l'ONU a adopté, le 31 mars 1953, une Convention relative au droit international de rectification. Cette Convention est entrée en vigueur le 24 août 1962, Nations Unies, Recueil des traités, vol 435, p 191 et pour la France le 16 décembre 1962. Egalement, les réfugiés et apatrides voient leurs droits constatés par la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, entrée en vigueur le 22 avril 1954, Nations Unies, Recueil des traités, vol 606, p 117 et pour la France au 20 septembre 1954, JORF du 29 octobre 1954, p 10225. Ce texte est complété par la Convention relative au statut des apatrides du 28 septembre 1954, entrée en vigueur générale et pour la France le 6 juin 1960, Nations Unies, Recueil des traités, vol 360, p 267 et JORF du 6 octobre 1960, p 9063. Dès 1953, l'organisation internationale a également concentré ses efforts sur les droits de la femme grâce à la Convention sur les droits politiques de la femme du 31 mars 1953, entrée en vigueur le 7 juillet 1954, Nations Unies, Recueil des traités, vol 193, p 135, et pour la France le 21 juillet 1957, JORF du 5 septembre 1975, p 9189. S'en suivi la Convention relative à l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981, Nations Unies, Recueil des traités, vol 1249, p 13 et pour la France le 25 avril 1984, JORF du 20 mars 1984, p 875. La Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 est entrée en vigueur le 2 septembre 1990 ; pour la France le 6 septembre 1990, JORF du 12 octobre 1990, p 12363. La lutte générale contre la discrimination s'exprime au travers de la Convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale du 7 mars 1966, entrée en vigueur 4 janvier 1969, Nations Unies, Recueil des traités, vol 660, p 195 ; et pour la France du 27 août 1971, JORF du 10 novembre 1971, p 1100. Enfin, la ratification de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 clos le panorama : entrée en vigueur générale et pour la France le 27 mai 1987, Nations Unies, Recueil des traités, vol 1465, JORF du 14 novembre 1987, p 13267.

⁵⁰ Une fois encore, pour s'en tenir aux traités ratifiés par la France, il s'agit de la Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant du 24 novembre 1977, entrée en vigueur générale et pour la France le 1^{er} décembre 1983, Conseil de l'Europe, série des traités européens n°93 et JORF du 31 décembre 1983 p 3920. Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 26 novembre 1987, entrée en vigueur le 1^{er} février 1989, Conseil de l'Europe, série des traités européens, n°126 et pour la France le 1^{er} mai 1989, JORF du 6 mai 1989, p 5789. Deux protocoles additionnels à la Convention ont été ratifiés mais ne sont pour l'heure pas entrés en vigueur. Le premier protocole additionnel de 1993 concerne l'adhésion à la Convention d'un Etat non membre du Conseil de l'Europe (Conseil de l'Europe, Série

Enfin, l'intérêt de la définition fournie par Karel VASAK réside dans sa capacité à englober, dans la catégorie des traités protecteurs de droits de l'Homme, des textes qui ont été élaborés avant la DUDH⁵¹. De même, certaines conventions peuvent être qualifiées de protectrices des droits de l'Homme, alors qu'elles ont été élaborées par des organisations internationales dont la vocation première n'est pas spécifiquement de consacrer ces droits essentiels, mais qui, dans le cadre de leur mandat, ont amplifié des droits constatés par la DUDH. Tel est le cas de l'OIT⁵² ou de l'UNESCO⁵³.

des traités, n°151), quant au second, il définit la possibilité pour les membres du Comité pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, d'être rééligible deux fois sans excéder 6 ans (Conseil de l'Europe, Série des traités européens, n 152). Ce texte a institué un Comité pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, qui bien que dépourvu de caractère judiciaire dispose néanmoins des compétences « de terrain », puisqu'il est habilité à s'entretenir avec les détenus et à visiter les locaux où des personnes pourraient être captives. Il peut formuler des recommandations et remet au Comité des ministres un rapport annuel révélant ses activités. En cas de refus de l'Etat de prendre en compte les recommandations du Comité, ce dernier conserve la possibilité d'avoir recours à une déclaration publique. Sur ces questions voir : DRZEMCZEWSKI (Andrew), *La prévention des violations des droits de l'homme : les mécanismes de suivi du Conseil de l'Europe*, RTDH, 2000, p 385 ; GOLSONG (H.), *Quelques remarques à propos de l'élaboration et de la nature juridique des traités conclus au sein du Conseil de l'Europe* in *Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Mélanges offerts à Polys MODINOS, Pedone, 1968, Paris, p 51.

⁵¹ La consécration de droits de l'Homme précède la DUDH. Sous l'égide de l'ancienne SDN ont été élaborés des traités multilatéraux protecteurs des droits de l'Homme, qui ont été modifiés après l'entrée en vigueur de la DUDH. Certains ont été ratifiés par la France. Peuvent ainsi être évoqués la Convention relative à l'esclavage signée à Genève le 25 novembre 1926 sous l'égide de l'ancienne SDN: Nations Unies, Recueil des traités, vol 212, p 17. Ce texte est entré en vigueur en France le 28 mars 1931, JORF du 27 juillet 1931. Il remplaçait alors l'arrangement international du 18 mai 1904 et la Convention du 4 mai 1910 relatifs à la traite des blanches. Ce texte a été amendé par un protocole signé au siège de l'ONU le 7 décembre 1953 : Nations Unies, Recueil des traités, vol 182, p 51. Entrée en vigueur en France le 14 février 1963. S'en suit une Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage du 7 septembre 1956 : Ce texte est entré en vigueur le 30 avril 1957, Nations Unies, Recueil des traités, vol 266, p 3. Entrée en vigueur pour la France le 26 mai 1964, JORF du 22 juin 1965. A également été élaborée une Convention pour la répression de la traite des être humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui du 2 décembre 1949 : Ce texte qui remplace également l'arrangement international du 18 mai 1904 et la Convention du 4 mai 1910 relatifs à la traite des blanches, mais aussi les Conventions du 30 septembre 1921 pour la suppression de la traite des femmes et des enfants, du 11 octobre 1933, relative à la répression de la traite des femmes majeures, du 4 mai 1949 et relative à la répression de la traite des blanches, entra en vigueur le 25 juillet 1951, Nations Unies, Recueil des traités, vol 96, p 271. Pour la France, ce traité est entré en vigueur le 19 novembre 1960, JORF 27 novembre 1960 p 10619, avec une rectification au JORF du 15 décembre 1960 p 11225. Il est également possible de citer la Convention pour la répression et la prévention du crime de génocide du 9 décembre 1948. Cette convention est entrée en vigueur générale et pour la France le 12 janvier 1951, Nations Unies, Recueil des traités, vol 78, p 277, JORF 26 novembre 1951, p12006. Ces domaines étaient circonscrits car Etats souverains étaient encore peu enclins à considérer que les droits de l'Homme se devaient de sortir du domaine réservé : Voir VALTICOS (Nicolas), *Nations, Etats, régions et communauté universelle : niveaux et étapes de la protection des droits de l'homme* in *Humanité et droit international*, Mélanges René-Jean DUPUY, Pedone, 1991, Paris p 339.

⁵² COHEN JONATHAN (Gérard), *La protection des droits de l'homme dans le cadre des organisations universelles*, La documentation française, documents d'études, 1990, Paris, p 53. Peuvent ainsi être immédiatement identifiées, les conventions n°29 du 28 juin 1930, concernant le travail forcé : entrée en vigueur le 1^{er} mai 1932, Société des Nations, Recueil des traités, Vol 39, p 55 et pour la France le 24 juin 1938, JORF du 19 août 1937, p 9346 ; n°105 du 27 juin 1957 concernant l'abolition du travail forcé, entrée en vigueur le 17 janvier 1959, Nations Unies, Recueil des traités, vol 320, p 291 et pour la France le 18 décembre 1970, JORF du 8 mars 1970, p 2324 ; les conventions n°100 du 29 juin 1951 consacrant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour le travail de valeur égale : entrée en vigueur générale le 23 mai 1953, Nations Unies, Recueil des traités, vol 165, p 303 et pour la France le 10 mai 1954, JORF 19 avril 1953, p 3643 , n°111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession : entrée en vigueur

7. Malgré la précision de la définition retenue par Karel VASAK, tous les obstacles à la qualification du traité international protecteur des droits de l'Homme ne sont pas franchis. Afin de recouvrir toute la matière et rien que la matière, il faut à la fois l'amplifier et la préciser.

L'amplifier d'une part, car cette définition a été formulée en 1974. Les droits de l'Homme ne sont pas figés, mais en perpétuelle mutation. L'évolution des sociétés impose de développer de nouveaux droits que les rédacteurs de la DUDH ne pouvaient pas envisager. En réalité, l'application stricte de la définition pourrait éliminer du champ d'application des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme des textes comme la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel⁵⁴ ou la Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine⁵⁵. Une telle exclusion n'est pas opportune, car ces traités font expressément référence aux droits de l'Homme, soit en titre⁵⁶, soit dans le corps du texte, tels qu'ils doivent être envisagés en considération de l'évolution des sciences et des progrès techniques. Ces conventions s'arriment à des droits consacrés qu'il convient de faire évoluer en fonction des conditions de vie actuelle.

La définition doit, ensuite, être précisée. Le traité ne peut être qualifié de "protecteur des droits de l'Homme" que si tel est son objet. Une disposition conventionnelle relative aux droits de l'Homme, insérée dans un traité dont l'objet n'est pas de les protéger, ne peut conduire à qualifier le texte, pris dans son intégralité, de traité international protecteur des droits de l'Homme. Tel est le cas, par exemple, des conventions relatives à la répression du terrorisme, qui, bien que préservant le principe de non-discrimination, ont vocation à faciliter l'entraide entre les Etats et non la protection des droits de l'Homme⁵⁷. Ce souci de détermination des traités uniquement protecteurs des droits de l'Homme, explique le choix du

générale le 15 juin 1960, Nations Unies, Recueil des traités, vol 362, p 31 et pour la France, le 27 mai 1982, JORF du 22 août 1982, p 2630, la convention n°156 concernant l'égalité de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes du 23 juin 1981, entrée en vigueur le 11 août 1983 et pour la France le 16 mars 1990, JORF du 15 février 1990, p 1937 et la convention n° 138 du 26 juin 1973 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi : entrée en vigueur générale le 19 juin 1976, OIT, Bulletin officiel, vol LVI et pour la France le 13 juillet 1991, JORF du 22 octobre 1991, p 13826.

⁵³ A ainsi été élaborée la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement du 14 décembre 1960, entrée en vigueur générale et pour la France le 22 mai 1962, Nations Unies, Recueil des traités, vol 429, p 93 et JORF 7 novembre 1961, p 10166.

⁵⁴ Du 28 janvier 1981 : entrée en vigueur générale et pour la France le 1^{er} octobre 1985, Conseil de l'Europe, Série des traités européens n°108, JORF du 20 novembre 1985, p 13436.

⁵⁵ Dont le nom exact est Convention pour la protection des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, présenté à la signature le 9 avril 1997, mais non encore ratifiée par la France.

⁵⁶ Voir sur ce point l'analyse de SCIOTTI-LAM (Claudia), *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 9.

⁵⁷ Convention européenne pour la répression du terrorisme du 27 janvier 1977 et son protocole d'amendement du 15 mai 2003 (qui n'a pas été ratifié par la France).

terme “protecteur” par préférence à celui de “relatif”, plus généralement employé par la doctrine⁵⁸.

Par conséquent, certains traités faisant expressément référence aux droits de l’Homme seront volontairement exclus de cette étude, même si quelques décisions les appliquant pourront être abordées dans un souci de démonstration.

8. Ainsi en est-il des traités institués dans l’ordre juridique communautaire. En effet, la vocation première des Communautés ne réside pas dans la garantie des droits fondamentaux⁵⁹. Tout au plus, peut-on reconnaître aux traités fondateurs originels quelques velléités à les constater au travers de certaines dispositions éparses relatives aux principes de liberté de circulation et de non-discrimination, principes devant sans nul doute être davantage rattachés aux ambitions premières des Communautés⁶⁰. Seul l’Acte unique européen des 17 et 28 février 1986, qui constate d’ailleurs la liberté de circulation des personnes, fait explicitement référence aux droits fondamentaux⁶¹. En réalité, c’est à la Cour de justice des Communautés Européennes (ci-après CJCE) que revient, en priorité, le mérite d’une garantie efficace des droits de l’Homme dans l’espace communautaire. Par le relais des principes généraux du droit communautaire, elle s’appuie sur les traditions constitutionnelles des Etats membres et sur la CEDH, allant jusqu’à s’approprier le texte européen, par le biais d’une interprétation propre⁶². Cette juridiction supranationale bâtit une jurisprudence démontrant son implication dans la garantie aux droits de l’Homme⁶³. Plus concrètement, l’attachement des Communautés et plus largement de l’Union aux droits de l’Homme, est formulé par le traité de Maastricht du 7 février 1992 et plus fermement par le traité d’Amsterdam du 2 octobre 1997⁶⁴. Outre la

⁵⁸ SCIOTTI (Claudia), *La concurrence des traités relatifs aux droits de l’homme devant le juge national*, Mémoire présenté en vue de l’obtention du DEA de droit comparé des droits de l’homme, sous la direction du professeur Jean-François FLAUSS, Bruylant, 1997, Bruxelles ; SCIOTTI-LAM (Claudia), *L’applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l’homme en droit interne*, Bruylant, 2004, Bruxelles.

⁵⁹ REDOR (Marie-Joëlle), *La vocation de l’Union Européenne à protéger les droits fondamentaux* in *L’Union Européenne et les droits fondamentaux*, LECLERC (Stéphane), AKANDJI-KOMBE (Jean-François), REDOR (Marie-Joëlle), Bruylant, 1999, Bruxelles, p 13.

⁶⁰ AKANDJI-KOMBE (Jean-François), *Le développement des droits fondamentaux dans les traités* in *L’Union Européenne et les droits fondamentaux*, LECLERC (Stéphane), AKANDJI-KOMBE (Jean-François), REDOR (Marie-Joëlle), Bruylant, 1999, Bruxelles, p 31.

⁶¹ « décidés à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et les lois des Etats membres, dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales et la Charte sociale européenne, notamment la liberté, l’égalité et la justice sociale ».

⁶² HAZARD (Isabelle), *Les juridictions communautaires : évolutions et perspectives*, Le courrier juridique des finances, n°101, septembre 1999, p 1 ; SUDRE (Frédéric), *L’apport du droit international et européen à la protection communautaire des droits fondamentaux* in *Droit international et droit communautaire : perspectives actuelles*, SFDI, Pedone, 1999, Paris, p 169.

⁶³ FLECHEUX (Georges), GAY MONTALVO (Eugeni), *Les droits fondamentaux dans l’union européenne* in Mélanges Louis-Edmond PETTITI, Bruylant, Nemesi, 1999, Bruxelles, p 381 ; RIDEAU (Joël), *Les garanties juridictionnelles des droits fondamentaux dans l’Union Européenne* in *L’Union Européenne et les droits fondamentaux*, Op. Cit. p 75 ; RENUCCI (Jean-François), *Droit européen des droits de l’homme*, LGDJ, 3^{ème} édition, 2002, Paris, n°220.

⁶⁴ MOLINIER (Joël), *D’un traité l’autre : les principes fondateurs de l’Union Européenne, de Maastricht à Amsterdam* in *Pouvoirs et libertés*, Etudes offertes à Jacques MOURGEON, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 439 ;

multiplication des dispositions relatives à ces droits⁶⁵, ils témoignent de l'ancrage des droits fondamentaux dans l'espace communautaire grâce à une « *formalisation* » de la jurisprudence de la CJCE⁶⁶. Ainsi, le traité de Maastricht affirme dans son préambule l'inclination des Etats membres des Communautés pour les « *principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'Etat de droit* », tout en insérant un article F qui dispose : « *L'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire* ». Plus ambitieux, le traité d'Amsterdam fait reposer l'espace communautaire sur les droits fondamentaux en déplaçant le préambule de Maastricht vers l'article F. Les droits fondamentaux, particulièrement ceux consacrés par la CEDH, qui n'étaient jusqu'alors pas intégrés dans l'ordre communautaire, figurent désormais parmi les dispositions dont la CJCE doit assurer la garantie dans les matières relevant de sa compétence⁶⁷. Le rôle de cette dernière est, en outre, amplifié par une communautarisation d'une partie du troisième pilier de l'Union relatif à l'asile, l'immigration et les politiques liées à la libre circulation des personnes⁶⁸. Toutefois, ces traités ne peuvent pas être qualifiés de protecteurs des droits de l'Homme. Il en aurait été différemment si la Constitution européenne avait vu le jour, puisque la partie II du texte intègre la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (ci-après CDFUE), proclamée lors du Sommet de Nice du 7 décembre 2000⁶⁹. Pour l'instant, ce traité n'a pas fait l'objet d'une procédure de ratification. N'ayant pas intégré l'ordre juridique interne⁷⁰, son application par la Cour de cassation paraît peu probable. Cependant, la CDFUE sera abordé à titre illustratif, afin de révéler ses potentialités.

GARCIA DE ENTERRIA (Edouardo), *Les droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam* in Mélanges Louis-Edmond PETTITI, Bruylant, Nemesis, 1999, Bruxelles, p 395.

⁶⁵ FLECHEUX (Georges), GAY MONTALVO (Eugeni), *Les droits fondamentaux dans l'union européenne* in Mélanges Louis-Edmond PETTITI, Bruylant, Nemesis, 1999, Bruxelles, p 381.

⁶⁶ MOLINIER (Joël), Op. Cit. p 439.

⁶⁷ FLECHEUX (Georges), GAY MONTALVO (Eugeni), Op. Cit.

⁶⁸ HAZARD (Isabelle), *Les juridictions communautaires : évolutions et perspectives*, Le courrier juridique des finances, n°101, Septembre 1999, p 1.

⁶⁹ Pour le texte : RCDIP, janvier-mars 2001, p 213 ; Pour des commentaires, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Actes des journées d'études à Strasbourg des 16 et 17 juin 2000, sous la direction de Florence BENOIT-ROHMER, RUDH, 15 septembre 2000, Vol 12 n°1-2 ; VITORINO (Antonio), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Editorial, Revue de droit de l'Union européenne, 2000, n°3, p 499 ; WATHELET (Melchior), *La Charte des droits fondamentaux : un bon pas dans une course qui reste longue*, Editorial, Cahiers de droit européen, 2000, n°5 et 6, p 585 ; GRUBER (Annie), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : un message clair hautement symbolique*, PA 22 janvier 2001, n°15, p 4 ; BENOIT-ROHMER (Florence), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, D 2001 n°19, Chronique, p 1483 ; FONTAINE (Nicole), *La Charte des droits fondamentaux, un nouveau pas vers la reconnaissance et la défense des droits de citoyens de l'Union européenne*, Droit et patrimoine n°92, avril 2001, p 28.

⁷⁰ Les procédures d'introduction du traité dans l'ordre juridique interne sont énoncées par les articles 52 et suivants de la Constitution française de 1958. La ratification relève, en principe, de la compétence du Président de la République, sur le fondement de l'article 53 de la Constitution. Simplement, certains traités ne peuvent être ratifiés qu'après une autorisation préalable du Parlement, par le biais d'une loi ordinaire. Sont en particulier visés

9. Enfin, dans un souci de cohérence, certains textes se rattachant au droit humanitaire ne seront pas abordés. Leur spécificité en fait une catégorie qui, bien que relevant des droits de l'Homme, doit être traitée de manière autonome en raison des situations particulières qu'elle recouvre. Selon le Professeur BETTATI, le droit humanitaire est « *constitué des règles destinées à restreindre la faculté des Parties à un conflit d'utiliser les méthodes et moyens de guerre de leur choix. Il tend à protéger les personnes et les biens affectés par la guerre* »⁷¹. Les règles de droit international humanitaire sont d'origine coutumière⁷² mais également conventionnelle⁷³. Toutefois, même si le droit humanitaire et les droits de l'Homme convergent sur la protection du « noyau dur » de ces derniers, le premier, droit spécial, s'applique uniquement en temps de guerre⁷⁴, à la différence du droit international des droits de l'Homme d'application continue.

La complexité du droit conventionnel protecteur des droits de l'Homme

10. Le caractère objectif des droits de l'Homme bouleverse la définition classique du traité et ménage à l'individu une place particulière dans l'ordre juridique international. Pourtant, cette spécificité ne recouvre pas, à elle seule, toutes les particularités de ces engagements.

Le droit conventionnel des droits de l'Homme est complexe en raison de la pluralité de ses interprètes⁷⁵. En effet, les traités ne se limitent pas à la définition de droits, mais instituent, souvent, des organes supranationaux chargés de les préserver.

11. Ces organes sont dotés de pouvoirs très variés, allant du simple examen de rapports, fournis par les Haute Parties contractantes, au véritable pouvoir juridictionnel. Plusieurs sont compétents afin de recevoir des communications ou requêtes individuelles, collectives ou interétatiques.

les traités relatifs à l'état des personnes La publication, avant tout imposée aux traités internationaux « *de nature à affecter par leur application les droits et obligations des particuliers* » s'effectuera au Journal officiel de la République française. PACTET (Pierre), MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Droit constitutionnel*, 24^{ème} édition, Armand Colin, 2005, Paris, p 567 et suivantes. Article 3 du D n°53-192 du 14 mars 1953, relatif au mode de ratification et de publication des engagements internationaux souscrits par la France, version consolidée par le D n°86-707 du 4 avril 1986, JORF du 15 mars 1953.

⁷¹ BETTATI (Mario), *Droit humanitaire*, Textes reproduits et commentés par l'auteur, Collection Inédit essais, Editions du seuil, 2000, Paris, p 14 et 28.

⁷² Il s'appelait alors « droit de la guerre » ou « droit des conflits armés » : BOUCHET-SAULNIER Françoise, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, Edition La découverte et Syros, 1998, Paris, p 13 ; BIAD (Abdelwahab), *Droit international humanitaire*, Collection Mise au point, Edition Ellipses, 1999, Paris, p 11.

⁷³ Il s'agit du droit dit de « La Haye » et de « Genève », sur ces questions voir : DEYRA (Michel), *Droit international humanitaire*, Gualino, 1998, Paris, p 23 et suivantes ; BIAD (Abdelwahab), Op. Cit. p 30 et suivantes.

⁷⁴ BURLETTE (Patricia), *Droit international humanitaire*, Collection Repères, Edition de la découverte, 1996, Paris, p 3.

⁷⁵ SHELTON (Dinah), *Mettre en balance les droits : vers une hiérarchie des normes en droit international des droits de l'homme* in *Classer les droits de l'homme* sous la direction de Emmanuelle BRIBIOSA et Ludovic HENNEBEL, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 153 (spécialement p 182 et suivantes).

La Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après Cour EDH) est une juridiction internationale. Elle est chargée de veiller à l'application de la CEDH, interprète les dispositions conventionnelles sur le fondement de l'article 32 et rend des arrêts qui, bien que déclaratoires, n'en revêtent pas moins un caractère obligatoire⁷⁶. Elle statue sur les requêtes présentées par les Etats ou les particuliers se considérant victimes d'une violation des droits garantis par la CEDH⁷⁷. Au sein du Conseil de l'Europe, la CSE a créé le Comité européen des droits sociaux (ci-après CEDS). S'il ne dispose pas de pouvoirs équivalents à ceux dont est dotée la Cour EDH⁷⁸, il peut, néanmoins, recevoir des réclamations collectives⁷⁹.

D'autres Comités oeuvrent à la préservation des droits de l'Homme définis par les traités onusiens. Ainsi en est-il du Comité des droits de l'Homme (ci-après CDH), institué par le PIDCP⁸⁰. De même, les Comités pour l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes⁸¹, pour l'élimination de la discrimination raciale⁸² et contre la torture et autres

⁷⁶ MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, Connaissance du droit, Dalloz, 2005, Paris, p 29 et suivantes.

⁷⁷ RENUCCI (Jean-François), *Droit européen des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, LGDJ, 2002, Paris, p 575 et suivantes. Un autre organe intervient dans la garantie de la CEDH, mais son rôle a également été particulièrement amoindri par l'entrée en vigueur du protocole 11 : il s'agit du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, qui peut tout à la fois donner des avis consultatifs sur l'interprétation de la CEDH sur demande de la Cour EDH et veiller à l'exécution des arrêts définitifs de la dite Cour. Sur le rôle du Comité des ministres depuis l'entrée en vigueur du protocole 11, voir IMBERT (Pierre-Henri), *Pour un système européen de protection des droits de l'homme*, in Mélanges Louis-Edmond Pettiti, Nemesis, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 449 et plus particulièrement p 454-457.

⁷⁸ Il examine, en outre, les rapports relatifs à l'application des droits, fournis par les parties : RENUCCI (Jean-François), *Droit européen des droits de l'homme*, manuel LGDJ, 3^{ème} édition, 2002, Paris, n°140, p 580, n°457 à 460.

⁷⁹ Il reçoit les réclamations émanant des organisations d'employeurs et de travailleurs participant, à titre consultatif, aux travaux du Comité gouvernemental et celles des organisations non gouvernementales, habilités, après sélection, à déposer des réclamations et des organisations nationales d'employeurs et de travailleurs représentatives. SUDRE (Frédéric), *Le protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives*, RGDIP, 1996, vol 2, p 715.

⁸⁰ Le CDH est compétent, sur le fondement de l'article 41 du PIDCP pour recevoir des communications étatiques. En vertu de son protocole facultatif, il peut également recevoir des communications individuelles. La France a adhéré à ce protocole le 30 janvier 1994. Décret portant publication n°84-72. Lente, cette approbation de la compétence du CDH n'a été acceptée qu'en raison de la crainte de voir s'établir une jurisprudence risquant de s'écarter des conceptions françaises : COUSSIRAT-COUSTERE (Vincent), *L'adhésion de la France au protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, AFDI, 1983, p 510. Plusieurs réserves sont émises. Craignant que la procédure onusienne apparaisse comme une voie d'appel d'un arrêt de la Cour EDH, Le gouvernement a pris soin, comme le conseillait le Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux Etats européens, d'assortir son adhésion d'une réserve déclarant l'incompétence du CDH, pour l'examen d'une communication émanant d'un particulier, si la même question était en cours d'examen ou déjà examiné par une autre instance internationale d'enquête ou de règlement. Il ressort de l'article 5§2 a) du protocole que l'incompétence du CDH ne concerne que les affaires en cours d'examen. L'équivalent de la règle « *electa una via* » se retrouve dans l'article 35§2 b) de la CEDH : DHOMMEAUX (Jean), *Les Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies : de la cohabitation du système universel de protection des droits de l'homme avec le système européen* in Liber Amicorum à Marc André EISSEN, Bruylant Bruxelles, LGDJ Paris, 1995, p 116.

⁸¹ Qui examine les rapports remis par les Etats : KSENTINI OUHACHI (Fatma Zohra), *Les procédures onusiennes de protection des droits de l'homme, Recours et détours*, Publisud, 1994, Château-Gontier, p 85 et suivantes ; ROUGET (Didier), *Guide de la protection internationale des droits de l'homme*, Collection Agir ensemble pour les droits de l'homme, Edition de la pensée sauvage, 2000, Dijon-Quetigny, p 33 ; 131 et 194. Le 6 octobre 1999 a été adopté par l'Assemblée Générale des Nations Unies un protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes : Nations Unies, Recueil des traités, vol

peines ou traitements inhumains ou dégradants⁸³ ont pris corps grâce aux traités spéciaux protecteurs des droits de l'Homme. La Convention des droits de l'enfant a créé le Comité des droits de l'enfant (ci-après CDE)⁸⁴. En revanche, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (ci-après CDESC) n'a pas été institué par le PIDESC, mais par une simple résolution du Conseil économique et social⁸⁵. Il souffre de cette absence de reconnaissance conventionnelle et cherche, aujourd'hui, à se doter d'une procédure qui lui permettrait de recevoir des communications individuelles et collectives⁸⁶. L'exhaustivité conduirait également à envisager les mécanismes de contrôle élaborés par les organisations universelles telles l'OIT⁸⁷ et UNESCO⁸⁸.

I, p 217. Ce texte n'a pas, pour l'heure, été ratifié par la France. Son intérêt réside dans l'instauration d'un recours individuel auprès du Comité : BOUET-DEVRIERE (Sabine), *La protection universelle des droits de la femme : vers une efficacité accrue du droit international ? (Analyse prospective des dispositions du protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes)*, RTDH, 2000, p 453.

⁸² Il est chargé de l'étude des rapports que les Etats doivent lui présenter et dispose de la compétence afin de recevoir les communications individuelles émanant des particuliers : Il s'agit ici d'une procédure facultative qui, pour l'heure, n'a été acceptée que par 29 Etats in ROUGET (Didier), *Guide de la protection internationale des droits de l'homme*, Collection Agir ensemble pour les droits de l'homme, Edition de la pensée sauvage, 2000, Dijon-Quetigny, p 129. La France en fait partie : DE GOUTTES (Régis), *La convention internationale et le Comité des Nations Unies sur l'élimination de la discrimination raciale*, RTDH, 1996, p 515 et précisément p 528.

⁸³ Il reçoit les communications étatiques. Lorsque les Hautes parties contractantes lui en ont, expressément, reconnu la compétence, il peut examiner les communications émanant de particuliers : KSENTINI OUHACHI (Fatma Zohra), *Les procédures onusiennes de protection des droits de l'homme, Recours et détours*, Publisud, 1994, Château-Gontier, p 136 et suivantes. Quarante et un Etats ont admis cette compétence qu 3 février 2000 in ROUGET (Didier), Op. Cit. p 125. C'est le cas de la France, JORF du 14 novembre 1987, p 13267.

⁸⁴ Il examine les rapports qui lui sont présentés par les Etats : ROUGET (Didier), Op. Cit. p 198 et 222 ; DHOMMEAUX (Jean), *Le rôle du Comité des droits de l'enfant dans le contrôle, l'interprétation et l'évolution de la convention relative aux droits de l'enfant* in Karel VASAK *amicorum liber : les droits de l'homme à l'aube du 21ème siècle*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p553.

⁸⁵ Il s'agit de la résolution 1985/17, adoptée par l'ECOSOC le 28 mai 1985, qui institua le Comité des droits économiques, sociaux et culturels.

⁸⁶ TEXIER (Philippe), *La France et les Pactes des Nations Unies* in THIERRY (Hubert) et DECAUX (Emmanuel), *La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, colloque des 12 et 13 octobre 1989, Cahiers de la CEDIN, Montchrestien, p 183 ; par le même auteur, *La garantie des droits sociaux par le Comité des droits sociaux, économiques et culturels* in *Juger les droits sociaux*, Colloque organisé par l'association Adeage, le 19 octobre 2001, Les chroniques de l'OMIJ n°2, Pulim, 2004, Limoges, p 107 ; TURP (Daniel), *Le contrôle du respect du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mélanges Michel VIRALLY, Pedone, 1990, Paris, p 483 ; DECAUX (Emmanuel), *La réforme du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels* in Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS, *Droit et justice*, Pedone, 1999, Paris, p 405. Monsieur TEXIER, Conseiller auprès de la Chambre sociale de la Cour de Cassation et expert français au CDESC estime qu'au rythme où vont les choses, il n'y aura pas de protocole avant dix ou quinze ans, in TEXIER (Philippe), *Les droits économiques vont être défendus de la même façon que les droits civils et politiques*, in *Le Monde économie*, mardi 8 mai 2001, p 3.

⁸⁷ En effet, les articles 24 et 25 de la Constitution de l'OIT permettent aux organisations professionnelles d'employeurs et de travailleurs d'adresser des réclamations au Bureau International du Travail (BIT). En outre, a été créé, en 1951 un Comité pour la liberté syndicale, chargé d'un examen préliminaire de plaintes relatives aux atteintes aux droits syndicaux : sur ces questions voir : ROUGET (Didier), Op. Cit. p 143 et suivantes ; COHEN-JONATHAN (Gérard), *La protection internationale des droits de l'homme : II. Organisations universelles*, Document d'études n°3.06, La documentation française, 1999, p 59 et suivantes ; KSENTINI OUHACHI (Fatma Zohra), *Les procédures onusiennes de protection des droits de l'homme, Recours et détours*, Publisud, 1994, Château-Gontier, p 88 et suivantes.

Assurément, ces « *systèmes de contrôle non judiciaires* »⁸⁹, quasi-judiciaires ou judiciaires renforcent la juridicité des droits de l'Homme et la place de l'individu au cœur de la société internationale. Surtout, ils amplifient les droits de l'Homme, en contribuant à leur perpétuelle construction par l'élaboration d'interprétations audacieuses. Désormais, les traités internationaux protecteurs des droits essentiels ne peuvent être lus qu'à la lumière de ces différents travaux.

12. Cette multiplicité des acteurs chargés de veiller au respect des engagements conventionnels soulève, pourtant, une difficulté car « *...il n'existe pas, au sens propre, un ordre unique englobant dans un système organisé l'ensemble des juridictions internationales et nationales* »⁹⁰. La diversité d'organes indépendants les uns des autres, interprétant différents traités qui définissent, parfois, des droits identiques ou similaires, impose à chacun de s'engager sur la voie du dialogue, afin que trop de dissonances n'entraînent pas la cacophonie. Ce dialogue s'est déjà instauré entre les interprètes supranationaux, qui tentent d'aplanir leurs divergences afin d'aboutir à des interprétations conciliables⁹¹.

13. Les juridictions internes demeurent les juges naturels des traités internationaux⁹². Elles peuvent évoluer dans un ordre juridique interne cloisonné ou s'immiscer dans le dialogue en tenant compte des solutions supranationales. Cette seconde attitude est préférable puisqu'elle permet une interprétation coordonnée des traités et favorise une ambitieuse convergence vers « *un ordre juridique globalisé* »⁹³.

⁸⁸ Une procédure permettant les communications individuelles a été placée sous l'autorité du Comité sur les conventions et recommandations dans le domaine de l'éducation. Il examine les réclamations formées pour violation des droits fondamentaux dans les domaines de l'éducation, de la science, de la culture et de l'information. Sur ces questions voir : ROUGET (Didier), Op. Cit. p 147 et suivantes ; KSENTINI OUHACHI (Fatma Zohra), Op. Cit. p 95 et suivantes.

⁸⁹ VALTICOS (Nicolas), *Les systèmes de contrôle non judiciaire des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, in *Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Mélanges offerts à Polys MODINOS, Pedone, 1968, Paris, p 331.

⁹⁰ CANIVET (Guy), *Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la « bénévolance » des juges*, RSC 2005, p 799 (spécialement p 801).

⁹¹ BOSSUYT (Marc), *La prise en considération de la jurisprudence de Strasbourg par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies* in *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, sous la direction de Gérard COHEN-JONATHAN et de Jean-François FLAUSS, Droit et justice n°64, Bruylant, Nemesis, 2005, Bruxelles, p 83 ; COHEN-JONATHAN (Gérard), FLAUSS (Jean-François), *Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (2004)*, AFDI 2004, p 779 ; SCIOTTI (Claudia), *La concurrence des traités relatifs aux droits de l'homme devant le juge national*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du DEA de droit comparé des droits de l'homme, sous la direction du professeur Jean-François FLAUSS, Bruylant, 1997, Bruxelles, p 44 et suivantes ; DE GOUTTES (Régis), *L'enchevêtrement des normes internationales relatives au procès équitable : comment les concilier*, in, *Les nouveaux développements du droit au procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 22 mars 1996, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 139 (plus spécialement p 152).

⁹² CANIVET (Guy), Op. Cit. Spécialement p 809 ; TULKENS (Françoise), *Des passerelles pour l'avenir* in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 927 (plus particulièrement p 933).

⁹³ CANIVET (Guy), Op. Cit. Spécialement p 800.

Le rôle de la Cour de cassation est alors essentiel. Juridiction suprême⁹⁴, elle représente le dernier échelon de la préservation judiciaire nationale des droits de l'Homme. Lorsque les traités ont définis un droit de recours individuel, il est généralement assorti d'une condition de recevabilité exigeant l'épuisement des voies de recours internes⁹⁵. Dans les litiges relevant du contentieux privé, l'arrêt rendu par la Cour de cassation fait l'objet d'un examen particulièrement attentif de la part de l'organe supranational de contrôle⁹⁶. Plus largement, gardienne de l'unité de l'interprétation du droit⁹⁷, Cour régulatrice, la Haute juridiction devient, sur la scène internationale, le miroir de la politique judiciaire de préservation des droits de l'Homme. Les Etats sont donc interrogés, dans le cadre des rapports transmis aux organes supranationaux, sur l'implication des solutions prétoriennes posées par la Cour de cassation.

Enfin, il ne faut pas négliger l'influence de la Cour de cassation sur les juridictions du fond. En préservant l'unité de l'interprétation de la règle de droit, la Haute juridiction est un guide. Si les juges de première et seconde instances ne sont pas tenus de transposer les solutions dégagées par le juge du droit, sauf dans l'hypothèse d'un arrêt rendu par l'Assemblée plénière sur second pourvoi⁹⁸, il faut reconnaître que les rébellions demeurent rares⁹⁹. Par conséquent, la réactivité de la Cour de cassation à l'égard des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, tels qu'ils ont été interprétés par les organes supranationaux de contrôle, conditionne celle de l'ensemble des juridictions françaises de l'ordre judiciaire.

L'influence de la jurisprudence de la Cour de cassation impose alors d'étudier son attitude face aux droits conventionnels essentiels à l'épanouissement de chaque individu.

⁹⁴ La Cour de cassation a été instituée par la Constitution du 28 floréal an XII. Cette juridiction est unique en France : Article L 111-1 : « *Il y a pour toute la république, une Cour de cassation* ». Voir : FOYER (Jean), *La cassation civile, entre son passé et son avenir* in *Clés pour l'avenir*, Dalloz, 2000, Paris, p 111.

⁹⁵ Articles 35§1 de la CEDH, 5§2 b) du PIDCP, 11§3 de la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale, 21§1 c) de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels et inhumains ou dégradants.

⁹⁶ Sauf lorsque l'organe de contrôle dispensera le justiciable d'utiliser cette voie de recours, considérée comme inutile dans le cas d'espèce soumis à son examen : MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'Homme*, 3^{ème} édition, D. Connaissance du droit, 2005, Paris, p 6 et suivantes ; DHOMMEAUX (Jean), *La recevabilité des communications individuelles par le Comité des droits de l'homme* in *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies – les communications individuelles*, colloque des 6 et 7 mars 1995, sous la direction de Frédéric SUDRE, IEDH, 1995, Montpellier, p 15 (spécialement p 23).

⁹⁷ SCARANO (Jean-Pierre), *Institutions juridictionnelles*, 8^{ème} édition, Université Droit, Ellipses, 2005, Paris, p 119 ; CADIET (Loïc), JEULAND (Emmanuel), *Droit judiciaire privé*, 4^{ème} édition refondue, Litec, 2004, Paris, n°1097 ; PERROT (Roger), *Institutions judiciaires*, 11^{ème} édition, Domat droit privé, Montchrestien, 2004, Paris, p 178.

⁹⁸ JOBARD-BACHELLIER (Marie-Noëlle), BACHELLIER (Xavier), *La technique de cassation – Pourvois et arrêts en matière civile*, 5^{ème} édition, Méthode du droit, Dalloz, 2003, Paris, p 18 et suivantes.

⁹⁹ CHARTIER (Yves), *La Cour de cassation*, 2^{ème} édition, Connaissance du droit, Dalloz, 2001, p 109 et suivantes ; ZENATI (Frédéric), *La jurisprudence*, Méthode du droit, Dalloz, 1991, Paris, p 166 et suivantes.

La Cour de cassation face aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme

14. La France est un Etat moniste¹⁰⁰. Une fois les conditions minimales de ratification et de publications réunies¹⁰¹, le traité conserve son caractère international et s'intercale dans la hiérarchie des normes entre la loi et la Constitution. Ainsi, sur le fondement de l'article 55 du texte suprême, les textes conventionnels bénéficient d'une "supralégislativité", le terme de "primauté" étant alors employé¹⁰². Selon la Première Chambre civile, il appartient à la Cour de cassation de vérifier la régularité de la ratification des traités internationaux¹⁰³. Par ailleurs, la Chambre commerciale considère que les conventions internationales conclues par la France et non régulièrement publiées ne peuvent pas être appliquées par les tribunaux¹⁰⁴.

La primauté du traité international peut se concrétiser de deux manières. La première repose sur la volonté du législateur de se conformer aux engagements internationaux en expurgant son droit national de toutes les contrariétés qui pourraient subsister. La seconde consiste à confier au juge interne le pouvoir de contrôler la compatibilité des lois aux traités, de pratiquer un contrôle de conventionnalité qui le conduira parfois à appliquer le texte conventionnel par préférence au droit national¹⁰⁵.

15. Le terme "face" signifie « *tourné vers* »¹⁰⁶ quelque chose ou de quelqu'un. Face aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, la Cour de cassation peut emprunter deux postures.

Le caractère moniste de la Constitution française, armé de la primauté du traité, n'impose pas à la Cour de cassation de pratiquer le contrôle de conventionnalité. Cette dernière peut décider

¹⁰⁰ Sur la distinction entre le monisme et le dualisme voir : SALMON (Jean), dir. Dictionnaire de droit international public, Bruylant, PUF, 2001, Bruxelles ; VIRALLY (Michel), *Sur un pont aux ânes : les rapport entre droit international et droit interne*, in *Le droit international en devenir, essais écrits aux fils des ans*, PUF, 1990, Paris, p 103. Sur l'implication du choix en droit international des droits de l'Homme : DHOMMEAUX (Jean), *Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme*, AFDI, 1995, p 447.

¹⁰¹ Les procédures d'introduction du traité dans l'ordre juridique interne sont énoncées par les articles 52 et suivants de la Constitution française de 1958. La ratification relève, en principe, de la compétence du Président de la République, sur le fondement de l'article 53 de la Constitution. Simplement, certains traités ne peuvent être ratifiés qu'après une autorisation préalable du Parlement, par le biais d'une loi ordinaire. Sont, en particulier, visés les traités relatifs à l'état des personnes La publication, avant tout imposée aux traités internationaux « *de nature à affecter par leur application les droits et obligations des particuliers* », s'effectuera au Journal officiel de la République française. PACTET (Pierre), MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Droit constitutionnel*, 24^{ème} édition, Armand Colin, 2005, Paris, p 567 et suivantes. Article 3 du D n°53-192 du 14 mars 1953, relatif au mode de ratification et de publication des engagements internationaux souscrits par la France, version consolidée par le D n°86-707 du 4 avril 1986, JORF du 15 mars 1953.

¹⁰² BURDEAU (Georges), HAMON (Francis), TROPER (Michel), *Droit constitutionnel*, 27^{ème} édition, Manuel, LGDJ, 2001, Paris, p 667 et suivantes ; PACTET (Pierre), MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Droit constitutionnel*, 24^{ème} édition, Armand Colin, 2005, Paris, p 572 et suivantes ; TURPIN (Dominique), *Droit constitutionnel*, PUF, 2003, Paris, p 143.

¹⁰³ Civ. 1^{re}, 29 mai 2001, Bull. civ. I, n°149, p 97 ; RTDCiv. 2001, p 706, note LIBCHABER (Remy).

¹⁰⁴ Com. 2 mai 1972, Bull. civ. IV, n°124, p 126.

¹⁰⁵ Conseil d'Etat, *La norme internationale en droit français*, La documentation française, 2000, Paris, p 52 ; SUDRE (Frédéric), *L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 821.

¹⁰⁶ Grand dictionnaire des difficultés et pièges du français, édition Larousse.

que les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme ne définissent pas des droits qu'elle pourrait appliquer mais constituent de simples déclarations programmatiques obligeant le législateur national à tout mettre en œuvre afin de concrétiser, en droit interne, les objectifs qu'elles définissent¹⁰⁷. La Cour de cassation se détourne des traités, refusant leur justiciabilité. Elle considère ne pas pouvoir « *prendre appui* » sur les dispositions conventionnelles « *afin de motiver le dispositif de la décision de justice* »¹⁰⁸. Ce raisonnement paraît s'opposer au caractère objectif des droits de l'Homme¹⁰⁹, créant une « *situation injuste pour les individus* »¹¹⁰, véritables titulaires des droits.

16. Au contraire, la Haute juridiction peut appliquer les dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme, notamment par la voie du contrôle de conventionnalité. Elle se tourne vers les traités internationaux, acceptant de préserver les droits qu'ils définissent.

Après de multiples hésitations¹¹¹, la Cour de cassation a été la première juridiction nationale à se reconnaître compétente afin de contrôler la compatibilité des lois aux traités, à l'occasion de son célèbre arrêt JACQUES VABRE, rendu en Chambre mixte le 21 mai 1975¹¹². Elle

¹⁰⁷ DE BAYNAST (Olivier), BUCHET (Antoine), *La justice internationale et ses incidences sur la France in Justice et institutions judiciaires*, ouvrage réalisé sous la direction de Pierre TRUCHE, Les notices, La documentation française, 2001, Paris, p 33.

¹⁰⁸ DE SCHUTTER (Olivier), *Les générations des droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux in Juger les droits sociaux*, colloque organisé par l'Association ADEAGE, le 19 octobre 2000, Chroniques de l'OMIJ n°2, PULIM, 2004, Limoges, p 13.

¹⁰⁹ DUPUY (Pierre-Marie), *Droit international public*, 7^{ème} édition, Précis Dalloz, 2004, Paris, n°194, p 208 ; COHEN-JONATHAN, *Prolégomènes sur l'internationalisation des droits de l'homme in La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 309 (voir plus spécialement p 321 et suivantes) ; FLAUSS (Jean-François), *La protection des droits de l'homme et les sources du droit international in La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 11 (voir plus spécialement p 24 et suivantes).

¹¹⁰ CARREAU (Dominique), *Droit international*, 7^{ème} édition, Collection Etudes internationales, Pedone, 2001, n°1241, p 525.

¹¹¹ Lorsque la loi interne, contraire au traité, était antérieure à celui-ci, la position du juge n'était pas délicate puisque, s'appuyant sur la règle *lex posterior derogat priori*, il pouvait faire prévaloir le traité. En revanche, une difficulté survenait lorsque la loi contraire était postérieure à l'entrée en vigueur du traité dans l'ordre juridique interne. Pendant longtemps, sous l'influence du Procureur général MATTER, les juridictions internes préféraient appliquer la loi : voir, Crim. 15 décembre 1928, S 1931, I, p 113, note DEVAUX (Jean) ; Rennes, 16 juin 1930, D 1931, II, p 9, note CHAUVEAU (P.) ; Civ. 4 février 1936, S 1936, I, p 257, note RAYNAUD (Pierre). En effet, selon le Procureur général MATTER, le juge devait présumer que l'Etat, dans l'exercice de sa fonction législative, n'avait pas souhaité se dérober aux engagements internationaux. Ainsi, quand bien même la règle interne postérieure au traité serait manifestement contraire à celui-ci, la compétence du juge ne lui permettait pas, au regard de la séparation des pouvoirs, de remettre en cause la loi régulièrement édictée. Par ailleurs, rien dans l'article 55 de la Constitution n'indiquait que le respect de la primauté ne relevait pas exclusivement du législateur. Voir les conclusions du Procureur général MATTER (Paul) précédant l'arrêt de la Chambre civile du 22 décembre 1931, S 1992, I, p 257 (plus spécialement p 268, 2^{ème} colonne).

¹¹² Lors d'un revirement spectaculaire, la Haute juridiction décide de contrôler la conventionnalité d'une loi douanière édictée postérieurement à l'entrée en vigueur du traité de Rome. Constatant son incompatibilité avec l'article 95 du texte communautaire, elle l'évince au profit de ce dernier. Toutefois, afin de justifier sa décision, la Haute juridiction s'appuie sur la spécificité du droit communautaire, créant un ordre juridique propre directement applicable aux ressortissants des Etats membres. Mixte, 24 mai 1975, RCDIP 1976, p 347, note FOYER (Jacques) et HOLLEAUX (Daniel) ; JDI 1975, p 801, note RUZIE (Daniel) ; ANCEL (Bertrand), LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, D, 4^{ème}

ouvre, ainsi, au justiciable une voie de recours dont les répercussions en matière de traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme sont considérables. En effet, les individus souhaitent se prévaloir, devant les juridictions internes, des droits dont ils sont destinataires. La voie juridictionnelle semble beaucoup plus fiable que celle consistant à faire pression sur le législateur afin qu'il réforme les textes nationaux en considération des dispositions conventionnelles.

En l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois au bénéfice des citoyens, l'examen de la conventionnalité, pratiqué par les juridictions internes, offre une garantie véritable de protection des droits individuels.

Grâce au contrôle de conventionnalité, la Cour de cassation respecte sa mission de "dire le droit" tout en endossant l'habit de juge naturel du traité¹¹³. Cet examen soulève, néanmoins, le délicat problème de la répartition des compétences. En effet, les dispositions conventionnelles conduisent à abandonner une part de la souveraineté nationale¹¹⁴ en imposant au législateur de s'y conformer et au juge de les appliquer¹¹⁵. La Cour de cassation se trouve donc tiraillée entre le pouvoir législatif, qui ne veille pas toujours à respecter les textes internationaux, et l'obligation juridique de contrôler la conventionnalité des lois¹¹⁶. Elle doit également prendre en compte les interprétations supranationales afin de ne pas engager l'Etat, pour lequel elle rend la justice, sur la voie d'une condamnation internationale¹¹⁷.

édition, 2001, Paris, n° 55-56 p 531 ; D 1975, p 467, Conclusions TOUFFAINT. Par ailleurs, la Haute juridiction prend soin de rappeler que cette solution s'applique également en cas de contrariété entre une loi antérieure au traité, Sociale 14 janvier 1987, Bull civ. V, n°19 et 16 février 1985, Bull civ. V, n°77. Le Conseil d'état est beaucoup plus long à se ranger à la position de la Cour de cassation, mais par l'arrêt d'Assemblée NICOLO du 20 octobre 1989, il accepte de contrôler la conventionnalité de la loi avec le traité communautaire, quand bien même cette loi serait postérieure. Voir CE Assemblée, 20 octobre 1989, RCDIP 1990, p 125 avec les conclusions de FRYDMAN (Patrick) et la note de LAGARDE (Paul) ; D 1990, p 135, note SABOURIN. Sur toutes ces questions, voir Conseil d'Etat, *La norme internationale en droit français*, La documentation française, 2000, Paris, p 36 et suivantes.

¹¹³ QUOC DINH (N'Guyen), DAILLER (Patrick), PELLET (Alain), *Droit international public*, 6^{ème} édition, LGDJ, 1999, Paris, n°151.

¹¹⁴ PELLET (Alain), *La mise en œuvre des normes relatives aux droits de l'homme « souveraineté de droit » contre souveraineté de L'Etat*, Rapport introductif in *La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, HUBERT (Thierry), DECAUX (Emmanuel), Cahiers de la CEDIN, Colloque des 12 et 13 octobre 1989, p 101.

¹¹⁵ SOYER (Jean-Claude), *Légitimité supranationale des justices nationale* in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 767.

¹¹⁶ Le Président de la Cour de cassation insiste sur ce contrôle dans le discours qu'il prononce lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire le jeudi 6 janvier 2000, retranscrit dans le Rapport de la Cour de cassation 1999, Documentation française, 2000, Paris, p 49 : « Cette concentration de l'aspect normatif de la mission de la Cour est d'autant plus nécessaire et urgente que sa fonction traditionnelle s'amplifie de la mise en conformité de l'ordre juridique interne avec les droits issus des conventions internationales auxquelles la France est liée, notamment le droit de l'Union Européenne et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

¹¹⁷ ABRAHAM (Ronny), *La France devant les juridictions européennes* in *Les cours européennes de Luxembourg et Strasbourg*, Revue Pouvoirs, n°96, Janvier 2001, n°143. L'auteur parle de « désaveu » par la Cour de Strasbourg du juge interne (n°147) ; GUINCHARD (Serge), *Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation)* in *L'avenir du droit*, Mélanges en l'honneur de François TERRE, Dalloz, 1999, Paris, p 761 ; NIBOYET-HOEGY (Marie-Laure), *La mise en œuvre du droit*

En outre, le contrôle de conventionnalité déduit de l'article 55 de la Constitution française n'apporte pas toutes les solutions permettant à la Cour de cassation d'assurer une parfaite coordination des normes. L'émergence du droit international des droits de l'Homme ne remonte pas à plus d'une cinquantaine d'année. Il s'est enrichi à une vitesse vertigineuse, ne permettant pas toujours aux institutions d'absorber l'ensemble normatif qu'il représente¹¹⁸. Pourtant, il séduit le justiciable, qui l'invoque, de plus en plus fréquemment, au soutien de ses pourvois.

Les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme ne doivent pas étouffer le droit interne. Ce dernier est, bien souvent, conforme aux exigences conventionnelles. En outre, l'« *inflation normative* »¹¹⁹ née de la multiplication des traités internationaux, ne relevant pas nécessairement du droit des droits de l'Homme, soulève des difficultés de coordination des textes entrant en conflit¹²⁰. Il convient, alors, de rechercher les mécanismes qui assureront la prospérité de chaque norme dans le respect des droits de l'Homme.

17. Le contentieux réservé aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, est extrêmement dense. Il irradie l'ensemble des formations de la Haute juridiction. Afin de parvenir à une analyse constructive de la jurisprudence, il faut assimiler l'acquis prétorien, en étudier l'évolution. Il importe également de prendre en compte les spécificités du droit conventionnel des droits de l'Homme. Le caractère objectif de ces droits essentiels et les interprétations supranationales dont ils font l'objet vont avoir une incidence considérable sur cette étude. Cette démarche va avoir une répercussion sur le choix des décisions abordées. Le nombre des arrêts est trop important pour que chacun soit retenu et fasse l'objet d'une étude approfondie des répercussions qu'il engendre sur la question de droit soumise au contrôle de la Cour de cassation. Une telle approche conduirait à empiler les décisions sans parvenir à rationaliser la démonstration. Certains arrêts importants et commentés par une doctrine vigilante seront volontairement éludés. Le choix des décisions sera résolument tourné vers les méthodes qui permettront à tous les droits de l'Homme de prospérer dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

Afin de parvenir à cet objectif, il convient de définir les mécanismes qui assureront la justiciabilité des dispositions conventionnelles (Partie I), pour s'attacher, ensuite, à dégager ceux qui garantiront une application coordonnée des normes (Partie II).

international privé conventionnel : incidence du droit des traités sur les pouvoirs du juge national in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Dalloz, 1996, Paris, p 313.

¹¹⁸ COHEN-JONATHAN (Gérard), *La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français in Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974 -1992*, Sous la direction de Frédéric SUDRE, NP Engel – Kehl – Strasbourg – Arlington, 1994, p 1.

¹¹⁹ FLAUSS (Jean-François), *La protection des droits de l'homme et les sources du droit international in La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 11.

¹²⁰ BRIERE (Carine), *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 347, 2001, Paris, n°381.

Partie I

La justiciabilité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme

18. Le caractère objectif des droits de l'Homme suggère que les traités les définissant déploient des effets en dehors des liens interétatiques. Intéressant principalement les individus, il faut démontrer leur justiciabilité. Le terme de "justiciabilité" peut être envisagé du point de vue du justiciable ou de celui du juge. Il traduira, dans le premier cas, une faculté « *de prendre la qualité de justiciable* », pour devenir, dans le second « *... ce que les juges acceptent de juger, les demandes qu'ils acceptent de recevoir* »¹²¹.

19. La justiciabilité envisagée sous le patronage du juge se rattache alors à la notion de juridicité¹²². Par conséquent, la justiciabilité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme peut être définie, selon le Professeur DE SCHUTTER, comme « *la capacité pour le juge de prendre appui sur la stipulation de tels droits afin de motiver le dispositif de la décision de justice* »¹²³. Elle soulève alors la question du contrôle juridictionnel des droits garantis¹²⁴.

20. Une immense confusion terminologique brouille la définition des mécanismes assurant la justiciabilité. Les termes d'applicabilité, d'invocabilité ou d'effet s'entrechoquent avec les qualificatifs direct(e), immédiat(e) ou utile¹²⁵. Il convient de bien distinguer entre les mots car à chaque combinaison des termes semble correspondre une notion spécifique.

21. Selon le Professeur COHEN-JONATHAN, « *L'applicabilité directe d'une norme conventionnelle suppose qu'elle ait été régulièrement insérée dans l'ordre juridique interne et qu'elle présente un effet direct* »¹²⁶.

¹²¹ ATIAS (Christian), *Justiciabilité* in *Dictionnaire de la justice*, sous la direction de Loïc CADIET, PUF, 2004, Paris, p 798.

¹²² Entendue comme le « *Caractère de ce qui relève du Droit* », CORNU (Gérard), (dir.) *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 7^{ème} édition, Quadriga, 2005, Paris, p 517.

¹²³ DE SCHUTTER (Olivier), *Les générations des droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux* in *Juger les droits sociaux*, colloque organisé par l'Association ADEAGE, le 19 octobre 2000, Chroniques de l'OMIJ n°2, PULIM, 2004, Limoges, p 13.

¹²⁴ ALIPRANTIS (Nikitas), *Les droits sociaux sont justiciables*, Droit social février 2006, p 158.

¹²⁵ Cette confusion terminologique résulte quelque peu de la jurisprudence de la CJCE. Cette juridiction a employé indistinctement la plupart de ces termes. Sur cette confusion voir SAGAUT (Jean-François), CAGNIARD (Marc), *Déclinaison de l'effet direct du droit communautaire sur le droit international privé français*, JCP N 2005, p 782 ; DRAZEN (Petrovic), *L'effet direct des accords internationaux de la communauté européenne : à la recherche d'un concept*, PUF, 2000, Paris, p 27 et suivantes.

¹²⁶ COHEN-JONATHAN (Gérard), *La Convention européenne des droits de l'homme*, PU D'Aix-Marseille, Economica, 1989, Paris, p 241 ; *La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français* in *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974 –1992*, Ouvrage

L'applicabilité directe d'un traité réunit donc deux conditions. La première se rattache à l'introduction des traités dans l'ordre juridique interne¹²⁷. Elle se détermine au regard de la conception moniste de la Constitution française, qui n'impose pas une mesure de réception de la norme internationale dans l'ordre juridique interne. Les traités disposent d'une applicabilité immédiate ou d'un effet immédiat¹²⁸.

22. L'effet direct recouvre la seconde condition de l'applicabilité directe et conditionne la capacité du juge à appliquer la norme internationale. Ainsi, un traité d'effet direct crée « ... *des droits dont les particuliers peuvent se prévaloir directement devant les juridictions nationales,...* »¹²⁹. Les études relatives à cette notion sont nombreuses et offrent une multitude de définitions¹³⁰, mais il est classiquement admis que le traité ou, plus exactement, la disposition conventionnelle revêtant cette qualité répond à un critère subjectif et à un critère objectif¹³¹. L'accomplissement du premier dépend de la volonté des parties contractantes d'accorder des droits et obligations aux individus. Le second s'attache à la qualité de la norme. Cette dernière doit être suffisamment claire, précise et complète. Elle sera alors applicable directement, sans qu'une mesure interne n'ait à la préciser ou à la compléter. La disposition autoexécutoire, *self executing* ou encore *self sufficient* pourra être invoquée, devant le juge, par le justiciable¹³².

sous la direction de Frédéric SUDRE, Editions N.P. Engel. Kehl. Strasbourg. Arlington, 1994, p 1 et suivantes (spécialement p 3) ; la même définition est retenue par le Professeur SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris p 189 et suivantes.

¹²⁷ BRIBOSIA (Hervé), *Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue dans l'ordre juridique belge*, RBDI, 1996, p 33 (spécialement p 35).

¹²⁸ Cette question ne soulève peu de difficultés puisque la ratification et la publication permettent de constater la réalisation de cette première exigence : SCIOTTI-LAM (Claudia), *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 337 et suivantes ; TIGROUDJA (Hélène), *Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux*, RFDA janvier – février 2003, p 154 ; VERHOEVEN (Joe), *La notion d'applicabilité directe du droit international*, RBDI, 1980, vol II, p 243 (spécialement p 252) : « ... est immédiatement applicable la règle internationale qui peut être appliquée par une autorité nationale sans être soumise à des formalités d'introduction qui en conditionnent l'efficacité interne ». Sur cette question, voir également : LIBCHABER (Remy), *Pour un contrôle judiciaire de la ratification des traités internationaux*, Civ. 1^{re}, 29 mai 2001, RTDCiv.2001, p 706.

¹²⁹ BRIBOSIA (Hervé), Op. Cit. p 35.

¹³⁰ Hormis les auteurs déjà cités, voir également CLAES (Erik), VANDAELE (Arne), *L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie axée sur les droits de l'homme*, RBDI 2001/2, p 411 et suivantes ; DUBOUIS (Louis), *La portée des instruments internationaux de protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique français* in *Les droits de l'homme dans le droit national en France et en Norvège*, Édition Eivind SMITH, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1990, p 131 ; GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.), *La règle d'application directe, Conclusions*, RBDI, 1980, vol II, p 345 ; du même auteur, *Réflexions sur l'application directe du droit des communautés européennes dans l'ordre juridique interne des Etats membres*, Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques de l'Académie royale de Belgique, Tome LXV, 1979, p 543 ; DUMON (F.), *La notion de disposition directement applicable en droit européen*, Cahiers de droit européen, 1968, p 369. Certains auteurs parlent également des effets directs : BRIBOSIA (Hervé), Op. Cit. p 35 ; VELU Jacques, *Les effets directs des engagements internationaux relatifs aux droits de l'homme*, RBDI, 1980, p 233.

¹³¹ SCIOTTI-LAM (Claudia), Op. Cit. p 357 et suivantes sur le critère subjectif et 438 et suivantes sur le critère objectif.

¹³² Op. Cit. SCIOTTI-LAM (Claudia), p 439 et suivantes ; BRIBOSIA (Hervé), Op. Cit. p 48 et suivantes.

A ces deux critères traditionnels s'ajoute une exigence. Ne serait applicable que le texte créateur d'un droit subjectif dans le chef des particuliers. Cette condition additive découle de la terminologie employée par la CPIJ¹³³, mais également des définitions classiques de l'effet direct, qui se réfèrent à la création de droits et d'obligations¹³⁴. En outre, la jurisprudence de la CJCE a renforcé cette analyse¹³⁵. La référence à un droit subjectif est fort contestée par une doctrine nouvelle¹³⁶.

23. En principe, l'effet direct d'un traité ne se présume pas¹³⁷. Il revient donc au juge interne d'interpréter la disposition conventionnelle afin de déterminer si elle revêt les caractéristiques d'un texte d'effet direct. Dans une conception classique, il déduira de cette interprétation un droit subjectif dont le justiciable pourra se prévaloir¹³⁸.

24. Bien que les questions ne se confondent pas¹³⁹, l'influence de cette interprétation est fondamentale à l'égard de la primauté. De l'effet direct dépend la justiciabilité de la

¹³³ Dans son avis du 3 mars 1928, la Cour permanente de justice internationale (ci-après CPIJ) indique : « *l'objet même d'un accord international dans l'intention des parties contractantes, [peut] être l'adoption, par les parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour les individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux* ». Affaire de la compétence des Tribunaux du Danzig, CPJI, Série B, n°15, p 18.

¹³⁴ Monsieur VELU évoque la norme susceptible d'être invoquée « *comme source d'un droit propre...* ». Le Professeur VERHOVEN définit l'applicabilité directe comme « *L'aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers sans requérir aucune mesure interne d'exécution des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités juridictionnelles de l'Etat où cette règle est en vigueur* ». Op. Cit.

¹³⁵ Sur la fonction de protection des droits des particuliers de l'effet direct du droit communautaire, voir HAUGUENAU (Catherine), *L'application effective du droit communautaire en droit interne, analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruylant, 2005, Bruxelles, p 181 et suivantes. Egalement LOUIS (Jean Victor), VANDERSANDEN (Georges), WAELBROECK (Denis), WAELBROEK (Michel), *La Cour de justice et les actes des institutions* in Commentaires Mégret, Le droit de la CEE, n°10 (spécialement p 544). Selon les auteurs, la définition d'un effet direct octroyant des droits individuels subjectifs découle particulièrement des arrêts VAN GEND and LOOS et SIMMENTHAL, qui évoquent les dispositions source immédiate de droits et d'obligations dans le chef des individus sujets de l'ordre juridique communautaire.

¹³⁶ Op. Cit. SCIOTTI-LAM (Claudia); TIGROUDJA (Hélène); CLAES (Erik), VANDAELE (Arne); BRIBOSIA (Hervé). Selon Madame SCIOTTI-LAM, « *il est temps d'étendre la notion d'applicabilité directe à toutes les possibilités offertes aux juridictions ou aux autorités administratives d'appliquer une norme ou à tout particulier d'invoquer cette norme, sans que des mesures d'exécution soient nécessaires et quelle que soit l'application* »

¹³⁷ On présume, en général, qu'une norme conventionnelle n'engendre des droits et obligations que pour les Etats signataires et non pour les particuliers : voir COHEN-JONATHAN (Gérard), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, Presses universitaires d'Aix – Marseille, 1989, p 243 et du même auteur, *La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français* in *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974 –1992*, Ouvrage sous la direction de Frédéric SUDRE, Editions N.P. Engel. Kehl. Strasbourg, Arlington, 1994, p 1 et suivantes. D'ailleurs, pour certains auteurs, l'effet direct du traité reste l'exception, même si cette théorie du droit international trouve son terrain de prédilection dans les traités internationaux protecteurs des droits de l'homme : voir DUBOUIS (Louis), *La portée des instruments internationaux de protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique français* in *Les droits de l'homme dans le droit national en France et en Norvège*, Édition Eivind SMITH, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1990, p 131 ; RENUCCI (Jean-François), *Droit européen des droits de l'homme*, manuel LGDJ, 3^{ème} édition, 2002, Paris, n°285.

¹³⁸ CLAES (Erik), VANDAELE (Arne), Op. Cit. p 419.

¹³⁹ ENCINAS DE MUNAGORRI (Raphaël), *Qu'est ce qu'un texte directement applicable*, RTDCiv. 2005, p 556 (voir plus spécialement p 557) ; VELU Jacques, *Les effets directs des engagements internationaux relatifs aux droits de l'homme*, RBDI, 1980, p 233 ; DE SCHUTTER (Olivier) : *Fonction de juger et droits*

disposition conventionnelle. Dénier l'effet direct revient à neutraliser la justiciabilité de la norme et donc sa primauté¹⁴⁰. Comme l'indiquent Erik CLAES et Arne VANDAELE, « *Après avoir dans une première phase, examiné l'effet direct, le juge déterminera dans une deuxième phase quelle est la portée de la disposition du traité à la lumière du différend concret. Dans une troisième phase, le juge décidera s'il y a eu ou non violation de la disposition du traité invoquée* »... « *Comme l'effet direct de dispositions de traités n'est pas établi automatiquement, le principe de primauté du droit international est également tempéré dans chaque litige concret* »¹⁴¹. Ce raisonnement en trois phases informe également sur la méthodologie du juge qui aborde, le plus souvent implicitement, la question de l'effet direct. Ainsi, il est possible de déduire du contrôle de conventionnalité l'effet direct de la disposition conventionnelle.

25. L'ambiguïté entre l'effet direct et la primauté résulte, précisément, de ce que la justiciabilité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme n'est envisagée, devant la Cour de cassation, que lorsque les dispositions conventionnelles ont été préalablement reconnues d'effet direct. En effet, il est impossible, à la lecture des arrêts, d'identifier une décision qui envisagerait la justiciabilité d'un texte qui ne revêtirait pas cette qualité. Par conséquent, les dispositions conventionnelles dépourvues d'effet direct demeurent inappliquées et le justiciable ne peut requérir du juge qu'il garantisse leur primauté. En outre, la doctrine ne recherche pas, généralement¹⁴², d'autres mécanismes assurant la justiciabilité des dispositions conventionnelles créatrices de droits de l'Homme. Or, il est incontestable que toutes les dispositions conventionnelles ne revêtent pas les qualités d'un droit d'effet direct. En effet, certaines d'entre elles se rattachent plus volontiers à une catégorie de droits simplement programmatoires¹⁴³ ou de déclarations programmatiques¹⁴⁴. Cependant, le

fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européen, Bruylant, 1999, Bruxelles, p 120.

¹⁴⁰ JEAMMAUD (Antoine), *Sur l'applicabilité en France des conventions internationales du travail*, Droit social, mai 1986, n°5, p 399, l'auteur indique : « *Pour ne parler que des traités, on doit cependant observer que leur primauté consacrée par la Constitution n'a sa pleine utilité pour les sujets de droit que si ces derniers ont la faculté d'invoquer leurs dispositions contre quiconque dans l'ordre interne, et spécialement face aux autorités ou devant les juridictions nationales* » ; BYK (C.), *La réception des conventions internationales par le juge français : à l'occasion de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant*, J.D.I., 1994, n°4, p 967. A propos de la CIDE l'auteur indique : « *Un juge français ne peut donner, selon la Cour de cassation, ni fonder sa décision en se référant uniquement à la convention, ni s'expliquer sur la conformité de la loi française à ce texte. C'est à l'Etat et à lui seul qu'il incombe de mettre la législation en harmonie avec la convention* ».

¹⁴¹ CLAES (Erik), VANDAELE (Arne), *Op. Cit.* p 419 et 422. L'influence de l'applicabilité directe sur la primauté dans la jurisprudence belge est formulée par le Professeur DE SCHUTTER qui indique « *...cette jurisprudence dispense le juge interne de reconnaître la primauté du droit international conventionnel lorsque la disposition invoquée devant lui ne se prête pas à faire l'objet d'une application directe* » : DE SCHUTTER (Olivier), *La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national*, RBDI, 1997/1, p 21 (spécialement p 31).

¹⁴² Cependant, voir SCIOTTI-LAM (Claudia), *Op. Cit.* p 506 et suivantes.

¹⁴³ DE BAYNAST (Olivier), BUCHET (Antoine), *La justice internationale et ses incidences sur la France in Justice et institutions judiciaires*, ouvrage réalisé sous la direction de Pierre TRUCHE, Les notices, La documentation française, 2001, Paris, p 33.

¹⁴⁴ ALIPRANTIS (Nikitas), *Les droits sociaux sont justiciables*, Droit social février 2006, p 158.

caractère objectif des droits de l'Homme impose d'envisager la justiciabilité des dispositions conventionnelles dénuées d'effet direct, afin de garantir leur effectivité¹⁴⁵ devant les tribunaux. Ces dispositions conventionnelles doivent être réellement appliquées par la voie d'une justiciabilité étendue¹⁴⁶. Celle-ci peut être abordée sur le fondement du concept plus englobant d'invocabilité. Identifiée en droit communautaire¹⁴⁷, l'invocabilité peut être définie comme « ...la possibilité pour les individus de se prévaloir [du] traité devant le juge interne »¹⁴⁸. Dégagée des exigences de l'effet direct, la justiciabilité pourra être appréhendée par l'intermédiaire d'autres mécanismes. Par ricochet, la primauté ne sera plus dépendante de l'effet direct du traité.

26. Ensuite, afin de prendre en compte la spécificité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme dans toutes ses dimensions, il semble souhaitable de considérer, dans l'étude de leur justiciabilité, les interprétations des dispositions conventionnelles qui ont pu être fournies par les divers organes supranationaux de contrôle. Pour qu'un véritable dialogue s'installe entre la Haute juridiction et ces interprètes, le juge doit pouvoir motiver son dispositif en s'appuyant non seulement sur la disposition conventionnelle, mais également sur l'interprétation internationale. Cette possibilité suppose admise l'invocabilité des interprétations rendues par les différents organes supranationaux.

27. La jurisprudence de la Cour de cassation ne s'appuie, pour l'instant, que sur le mécanisme de l'effet direct (Titre I). Ce raisonnement limite trop considérablement la justiciabilité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, qu'il convient d'élargir par la voie de l'invocabilité des dispositions conventionnelles et des interprétations supranationales (Titre II).

¹⁴⁵ Définie comme « *Le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement* », CORNU (Gérard), (dir.) *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 7^{ème} édition, Quadriga, 2005, Paris, p 339.

¹⁴⁶ D'ailleurs, le Conseil Constitutionnel lui-même, dans sa décision du 3 septembre 1986, relative à la Convention de Genève sur le statut des réfugiés du 28 juillet 1961, déclare : « *il appartient aux divers organes de l'Etat de veiller à l'application des conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives* », RFDA, 1987, p 120, note Bruno Genevois.

¹⁴⁷ Notamment à l'égard des directives : ISSAC (Guy), BLANQUET (Marc), *Droit communautaire général*, 8^{ème} édition, Armand Colin, 2001, Paris, p 1996 et suivantes.

¹⁴⁸ SCIOTTI-LAM (Claudia), *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, Bruxelles n°558, p 331.

Titre I

L'effet direct des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme

28. La jurisprudence de la Cour de cassation relative à la justiciabilité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme est construite autour de l'effet direct. Ce mécanisme garantit seul l'effectivité des dispositions conventionnelles¹⁴⁹ et assure leur «réception judiciaire». Or, s'il est nié, une «*situation paradoxale*» en découle puisque les textes, valides sur le plan international, sont inapplicables par les juridictions internes¹⁵⁰. Cette conséquence est «*injuste pour les individus*»¹⁵¹, véritables titulaires de ces droits. Ils sont tenus d'attendre que le législateur concrétise les droits de l'Homme définis par le traité.

29. La reconnaissance de l'effet direct procède du pouvoir d'interprétation du juge¹⁵². Sa démarche peut être envisagée selon deux méthodes. La première conduit à évaluer l'effet direct du traité pris dans sa globalité. Cette interprétation du juge se limitera, le plus souvent, à déterminer si les Etats ont entendu créer des droits au bénéfice des particuliers. Dans cette démarche, il semblerait que seul le critère subjectif de l'effet direct assure le fondement de la démonstration. La seconde méthode impose de raisonner disposition par disposition, afin de vérifier si chacune remplit les conditions de l'effet direct¹⁵³. Ici, la qualité de la norme doit impérativement être évaluée, car, si le caractère autoexécutoire est reconnu, la disposition conventionnelle pourra servir de fondement à la décision. La Cour de cassation a incliné successivement en faveur de ces deux méthodes, selon le traité invoqué et la formation saisie.

Les décisions récentes rendues à l'égard de la CIDE¹⁵⁴ fournissent un nouvel indicateur. Il semblerait que la première Chambre civile procède désormais à une analyse partielle de l'effet

¹⁴⁹ ENCINAS DE MUNAGORRI (Raphaël), *Qu'est ce qu'un texte directement applicable*, RTDCiv. 2005, p 556.

¹⁵⁰ CARREAU (Dominique), *Droit international*, 7^{ème} édition, Collection Etudes internationales, Pedone, 2001, n°1241, p 524.

¹⁵¹ CARREAU (Dominique), Op. Cit. n°1243, p 525.

¹⁵² Cf. Supra.

¹⁵³ SUDRE (Frédéric), *La dimension internationale et européenne des droits et libertés fondamentaux* in *Droit et libertés fondamentaux*, ouvrage sous la direction de CABRILLAC (Rémy), FRISON-ROCHE (Marie-Anne), REVET (Thierry), 4^{ème} édition, Dalloz, 1997, Paris, p 37, n°62, sur ce point, l'auteur parle : «*d'applicabilité directe sélective*».

¹⁵⁴ Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, pourvoi n°02-20.613 ; 14 juin 2005, pourvoi n°04-16.942 (disponibles sur le site internet de la Cour de cassation) ; 8 novembre 2005, pourvoi n°02-18360 ; 22 novembre 2005, pourvoi n°03-17912 (disponibles sur le site internet légifrance) et 7 avril 2006, pourvois n°05-11.285 et 05-11.286 (disponibles sur le site internet de la Cour de cassation).

direct¹⁵⁵. Cependant, il faut se garder de tirer des conclusions hâtives de décisions nouvelles, émanant d'une formation de la Haute juridiction et concernant un traité.

La jurisprudence relative à l'effet direct est encore bien instable car la Cour de cassation avance à tâtons (Chapitre I). Elle pourrait être rationalisée dans le but de simplifier l'utilisation d'un mécanisme qui conditionne, pour l'instant à lui seul, toute l'application des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme (Chapitre II).

¹⁵⁵ CHABERT (Cyril), *Un traité bien mieux traité*, note relative aux arrêts de la première Chambre civile du 18 mai 2005 et du 14 juin 2005, JCP G. 2005, II, 10115, p 1577 (plus spécialement p 1578).

Chapitre I

Les tâtonnements de la Cour de cassation face à l'effet direct des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme

30. La question de l'effet direct des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme dans la jurisprudence de la Cour de cassation ne faisait pas l'objet d'une littérature abondante. Tout au plus une doctrine avisée et sensible à la justiciabilité de la CEDH étudiait avec satisfaction les premières décisions rendues par la Chambre criminelle¹⁵⁶. L'engouement de la doctrine française, privatiste et publiciste, à l'égard de ce mécanisme fondamental, est véritablement apparu avec les premières décisions relatives à la négation globale de l'effet direct de la CIDE par la première Chambre civile¹⁵⁷. Chacun prenait alors la dimension des effets pervers de cette jurisprudence sur les droits consacrés, confondant parfois les implications de l'effet direct avec ceux de la primauté¹⁵⁸. Les décisions rendues ces deux dernières années, sur ce même traité, suggèrent que la Haute juridiction abandonne l'interprétation globale¹⁵⁹. Cette affirmation mérite encore d'être confirmée au bénéfice d'autres textes.

31. Paradoxalement, lorsque la Cour de cassation interprète l'effet direct de chaque disposition conventionnelle, prise individuellement, la doctrine approuve simplement le choix

¹⁵⁶ PETTITI (Louis), *Une révolution dans l'application de la procédure pénale*, Gaz. Pal. 1976, Doctrine, p 397, (plus spécialement p 398) ; également *L'applicabilité directe de la Convention en droit français*, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, T XXIX, 1981, p 57 ; ROUSSEAU (Charles), observations relatives à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 février 1980, RGDIP, 1983, I, p 225 ; EVRIGENIS (Dimitrios), *L'interaction entre la dimension internationale et la dimension nationale de la Convention européenne des Droits de l'Homme : notions autonomes et effet direct* in *Völkerrecht als rechtsordnung internationale gerichtbarkeit menschenrechte*, Festschrift für Hermann MOSLER, Springer Verlag, 1983, Berlin – Heidelberg – New York, p 193 ; TEPPE (Sandrine), *La Cour de cassation française et la Convention européenne des droits de l'Homme*, Mémoire sous la direction de Christiane ALIBERT, Université Jean Moulin, Lyon 3, 1991 ; BYSTRON (Alexandra), *La Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et la jurisprudence de la Chambre criminelle*, Mémoire sous la direction du Professeur ROCCA, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2002.

¹⁵⁷ Civ. 1^{re}, 10 mars 1993, Bull. civ. I, n°103, p 69 ; RTDCiv. 1993, p 341, observations HAUSER (Jean) ; RCDIP 1993, p 449, note LAGARDE (Paul) ; RDSS 1995, p 533, observations MONEGER (Françoise) ; RGDIP 1995, p 1051, note ALLAND (Denis) et la chronique de RONDEAU-RIVIER (Marie- Claire), *La Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un traité mis hors jeu*, D 1993, chronique p 203.

¹⁵⁸ NEIRINCK (Claire), MARTIN (Pierre-Marie), *Un traité bien maltraité. A propos de l'arrêt Le Jeune* (Cass. Civ. 1^{re}, 10 mars 1993), JCP, G, 1993, I, 3677.

¹⁵⁹ Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, pourvoi n°02-20.613 ; 14 juin 2005, pourvoi n°04-16.942 (disponibles sur le site internet de la Cour de cassation) ; 8 novembre 2005, pourvoi n°02-18360 ; 22 novembre 2005, pourvoi n°03-17912 (disponibles sur le site internet légifrance) et 7 avril 2006, pourvois n°05-11.285 et 05-11.286 (disponibles sur le site internet de la Cour de cassation).

opéré en faveur de la méthode partielle. Elle ne semble pas vérifier si le mécanisme est employé avec rigueur. Pourtant, la jurisprudence de la Cour de cassation révèle quelques lacunes dans la mise en œuvre de l'approche partielle. Tout d'abord, elle n'est pas uniforme puisque certaines décisions n'évoquent pas explicitement l'effet direct de la disposition soulevée au soutien du pourvoi. En outre, la méthode partielle conduit la Cour de cassation à aborder, à l'égard de la CEDH, les deux dimensions de l'effet direct de certaines dispositions conventionnelles, d'une part verticale, d'autre part horizontale¹⁶⁰. Or, la mise en œuvre de cette dernière dimension a suscité les réactions d'auteurs, qui, sensibles aux mécanismes européens, ont relevé certaines confusions dans sa mise en œuvre¹⁶¹.

32. Ainsi, bien que la Cour de cassation semble se dégager de l'impasse dans laquelle elle s'était engouffrée en usant de l'approche globale de l'effet direct (Section I), la mise en œuvre désordonnée de l'approche partielle ne fournit pas une grande lisibilité à sa jurisprudence (Section II).

Section I- L'impasse de l'approche globaliste de l'effet direct du traité international protecteur des droits de l'Homme

33. L'approche globaliste, qu'elle s'inscrive dans une démarche positive, retenant l'effet direct général du traité international protecteur des droits de l'Homme ou négative, le niant avec tout autant de force, conduit la Cour de cassation dans une impasse. Assurément, quel que soit le traité, certaines dispositions conventionnelles produisent un effet direct, alors que d'autres ne caractérisent pas des droits dont les individus peuvent se prévaloir devant les juridictions internes. Pourtant, certaines Chambres de la Cour de cassation ont emprunté la méthode globale d'interprétation de l'effet direct des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Or, les organes supranationaux de contrôle, pas plus que le Conseil d'Etat français, n'ont raisonné à l'identique. Ces formations de la Cour de cassation se sont mépris

¹⁶⁰ Sur la distinction entre verticalité et horizontalité des droits de l'homme voir : RIVERO (Jean), *La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées* in *Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées* in René CASSIN Amicorum Discipulorumque Liber III, Pedone, 1971, Paris, p 311 ; PAULIAT (Hélène), SAINT-JAMES (Virginie), *La notion d'effet horizontal* in *CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD, La documentation française, 2001, Paris, p 75.

¹⁶¹ Soc. 12 janvier 1999, Bull. civ. V, n°7, p 4 ; GARAUD (Eric), *Clause de mobilité assortie d'une contrainte domiciliaire : la Cour de cassation se réfère à la CEDH pour définir les critères de validité de la stipulation*, RJPF, mai 1999, n°3 ; MARGUENAUD (Jean-Pierre), MOULY (Jean), *Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité*, D 1999, Jurisprudence, p 645 ; Civ. 3^{ème}, 18 décembre 2002, Bull. civ. III, n°262, p 227 ; GARAUD (Eric), *La liberté religieuse du locataire : une donnée normalement extérieure au contrat de bail mais incorporable à celui-ci*, RJPF avril 2003, n°4, p 9 ; Civ. 2^{ème}, 10 juin 2004, MOULY (Jean), MARGUENAUD (Jean-Pierre), *Vie privée des salariés handicapés et information du comité d'entreprise : contresens sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, note relative à l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 10 juin 2004, D 2005, jurisprudence p 469.

sur les implications d'une telle interprétation (§1), alors qu'un dialogue entre les juges leur aurait évité de se fourvoyer (§2).

§1- Une approche retenue par méprise du juge de cassation

34. Les derniers arrêts retenant explicitement une approche globaliste de l'effet direct du traité ont maintenant plus d'une dizaine d'années. Il faut donc relativiser leur importance, sans pour autant nier l'incidence qu'ils pourraient avoir sur des décisions futures. En effet, la vigilance s'impose car si les arrêts qui vont être abordés, dans ces développements, ne concernent que deux conventions internationales protectrices des droits de l'Homme (la CEDH et la CIDE), d'autres traités ne font l'objet, pour l'instant, que d'une application embryonnaire et l'approche globale pourrait ressurgir à leur égard. Cette crainte est renforcée par les décisions qui ont précédé la négation de l'effet direct de la CIDE. A leur lecture, rien ne laissait présupposer que la Haute juridiction raisonnerait par la négative à l'égard de ce texte. Par conséquent, malgré la relative ancienneté des décisions, il convient de démontrer que l'interprétation qui a conduit la Cour de cassation à effleurer l'approche globaliste positive de l'effet direct de la CEDH (A) est tout aussi inappropriée que celle qui a dénié globalement l'effet direct de la CIDE (B).

A- L'approche globale positive effleurée à l'égard de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

35. La CEDH a été rapidement appliquée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Cette position démontrait l'enthousiasme de la formation répressive à l'égard du traité. Sa volonté de bien faire l'a, pourtant, conduite à élaborer une motivation inappropriée pouvant aboutir à un effet direct global de la CEDH (1) qui est impossible (2).

1- La motivation inappropriée de la Chambre criminelle

36. La première application de la CEDH résulte d'un arrêt RESPINO, rendu par la Chambre criminelle le 3 juin 1975¹⁶². A cette occasion, la formation répressive procède au contrôle de conventionnalité de certaines dispositions du Code de procédure pénale française (ci-après CPP) au regard des droits garantis par la Convention. Au soutien de son pourvoi, le demandeur argue de l'incompatibilité des textes nationaux avec les articles 1, 5, 6 et 13 de la CEDH. La Cour rend un arrêt de rejet, par lequel elle précise que le droit interne n'est pas

¹⁶² Bull. crim. n°141, p 382.

incompatible avec « *les termes des articles 5 et 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales applicable en France* »¹⁶³.

Une première lecture des motifs ne conduit pas à présupposer de l'approche retenue, à l'égard de l'effet direct, par la Chambre criminelle. D'ailleurs il n'est fait aucune référence explicite au mécanisme. Toutefois, en procédant à une seconde lecture plus attentive de la formulation, il est possible de remarquer que le terme « *applicable* » est employé au singulier. Par conséquent, il ne se rapporte pas aux dispositions conventionnelles soulevées au soutien du pourvoi, mais bien à la CEDH dans sa globalité. Cette argumentation est appuyée par le sommaire retranscrit en tête de la décision¹⁶⁴ et ainsi rédigé :

« *Les prescriptions du Code de procédure pénale [...] ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui doivent être appliquées par les juridictions françaises.* »¹⁶⁵.

La Haute juridiction constate que les dispositions de la CEDH sont applicables par les juridictions françaises. Cette applicabilité suppose qu'elles sont justiciables et par conséquent d'effet direct. En ne précisant pas explicitement les dispositions auxquelles elle fait référence, la Haute juridiction paraît reconnaître l'effet direct de l'ensemble du traité. Cette décision, qualifiée de « *révolution* »¹⁶⁶, soulève néanmoins une ambiguïté à l'égard de la méthode d'interprétation retenue par la Cour de cassation.

37. Cette analyse est renforcée par l'arrêt du 30 juin 1976, rendu par la même formation¹⁶⁷. Une Chambre d'accusation avait constaté l'irrecevabilité d'une constitution de partie civile au «procès TOUVIER», au motif que le prévenu devait bénéficier d'une prescription. Le pourvoi, formé par la partie civile et le Procureur général, s'appuie sur l'article 7 de la CEDH. La disposition conventionnelle impose de déterminer si l'auteur peut se prévaloir de la non-rétroactivité de la loi pénale. Celle-ci est limitée si la personne s'est rendue coupable d'un acte, qui au moment où il a été commis, était contraire aux principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Cette question n'ayant pas été tranchée par la Chambre d'accusation, sa décision est cassée au visa de l'article 7§2 et 60 de la CEDH¹⁶⁸. La Cour considère qu'il s'agit d'un problème d'interprétation, soulevant des questions d'ordre public international. Selon elle, la Chambre d'accusation aurait dû surseoir à statuer et s'en remettre au Ministre des Affaires Etrangères, afin qu'il interprète le traité. Bien que le problème juridique échappe à sa compétence, la Chambre criminelle profite

¹⁶³ Souligné par nous.

¹⁶⁴ Madame LALARDRIE et Monsieur BURGELIN y font, d'ailleurs, directement référence dans leur analyse de l'applicabilité directe de la CEDH : BURGELIN (Jean-François), LALARDRIE (Agnès), *L'application de la Convention par le juge judiciaire français* in Mélanges en l'honneur de René CASSIN, Bruylant, 1999, Bruxelles, p 145.

¹⁶⁵ Souligné par nous.

¹⁶⁶ PETTITI (Louis), *Une révolution dans l'application de la procédure pénale*, Gaz. Pal. 1976, Doctrine, p 397.

¹⁶⁷ JCP G. 1997 II, n°18435, avec le rapport de Monsieur le Conseiller MONGIN.

¹⁶⁸ Désormais article 53.

néanmoins de l'occasion pour renforcer la justiciabilité de la CEDH. Elle précise que la Convention « *ayant été régulièrement ratifiée, a force de loi en France depuis sa publication, faite en exécution du décret n°74-360 du 3 mai 1974* »¹⁶⁹.

La formulation retenue par la Chambre criminelle est encore ambiguë. Il est difficile de déterminer sur quel terrain se place la Cour de cassation. Les termes « *force de loi* » semblent plus se rattacher à la question de la primauté qu'à celle de la justiciabilité. Ici encore, la Cour ne distingue pas entre les dispositions conventionnelles et indique que la CEDH doit être appliquée comme une loi. Cette motivation est d'ailleurs relativement inexacte, car la CEDH doit être appliquée comme un traité, qui ne perd pas cette qualité en intégrant l'ordre juridique interne et qui bénéficie d'une « *supralégislativité* ». Les difficultés d'analyse de cette décision sont partiellement levées par la lecture du rapport fourni par le Conseiller MONGIN. Il indique que « *Cette convention, ..., présente incontestablement le caractère "self-executing" et fait donc actuellement partie du droit positif français. La chambre criminelle l'a d'ailleurs déjà dit, par un arrêt du 3 juin 1975* »¹⁷⁰.

Par conséquent, la motivation de la Chambre criminelle ne se rapporte pas à la hiérarchie des normes, mais bien à la justiciabilité. En outre, le Rapporteur ne distingue pas entre les dispositions conventionnelles. Au contraire, il considère que la CEDH présente le caractère *self executing*. Cette terminologie renvoie au critère objectif de l'effet direct, c'est-à-dire à la qualité de la norme. Ainsi, le Rapporteur semble indiquer que la CEDH, dans son ensemble, prévoit des textes suffisamment clairs, inconditionnels et précis pour être créateurs de droits au bénéfice des individus.

38. En retenant une motivation aussi large, la Chambre criminelle était vraisemblablement animée par une volonté de bien faire. Cependant, cette démarche procède d'une interprétation inappropriée qui conduit à un effet direct global impossible.

2- L'impossible effet direct global de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

39. Assurément, les critères classiques de l'effet direct sont constatés dans la plupart des dispositions conventionnelles issues de la CEDH. Certes, l'intention de créer des droits directement applicables n'est pas clairement exprimée par le traité, pas plus que dans les travaux préparatoires¹⁷¹. Toutefois, la réalisation du critère subjectif de l'effet direct découle de la formulation de l'article 1^{er} de la CEDH. Le texte - « *Les Hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction des droits et libertés définis au*

¹⁶⁹ Souligné par nous.

¹⁷⁰ JCP G. 1997, II, 18435, avec le rapport de Monsieur le Conseiller MONGIN.

¹⁷¹ SCIOTTI-LAM (Claudia), *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, Bruxelles, n°641-643.

titre I de la Convention » - suggère que les auteurs ont entendu reconnaître des droits d'effet direct au bénéfice des individus¹⁷². Par ailleurs, les articles suivants définissent ces droits en s'adressant aux individus. Les formulations « *Nul ne peut...* » ou « *Toute personne a...* » sont employées et aucune mention d'un simple engagement des Etats "à garantir" n'est exprimée par les dispositions conventionnelles du titre I de la CEDH.

40. Le critère objectif de l'effet direct ne soulève pas plus de difficultés¹⁷³, car les dispositions conventionnelles sont suffisamment précises et revêtent les caractéristiques de normes autoexécutoires ne nécessitant pas de mesures complémentaires d'exécution¹⁷⁴. Elles engendrent des droits subjectifs entrant dans le patrimoine juridique des individus. Dès lors, le justiciable peut directement se prévaloir des dispositions conventionnelles devant le juge national¹⁷⁵. Cette interprétation de la CEDH est renforcée par l'existence de l'article 13 garantissant « *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* »¹⁷⁶.

41. Ainsi que le précise l'article 1^{er} de la CEDH, ces arguments ne se rapportent qu'au titre I du traité, qui consacre les droits substantiels. Il faut rattacher à ceux-ci les différents droits, de même nature, consacrés par les protocoles additionnels, qui sont venus enrichir la CEDH¹⁷⁷. Cette argumentation est renforcée par la jurisprudence de la Cour EDH, qui, dans un arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* du 18 janvier 1978¹⁷⁸, constate que le titre I de la Convention est destiné à produire des effets directs dans l'ordre juridique interne des Etats membres :

¹⁷² COHEN-JONATHAN (Gérard), *La Convention européenne des droits de l'homme*, PU d'Aix-Marseille, Economica 1989, p 244 ; du même auteur, *La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français* in *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974 –1992*, Ouvrage sous la direction de Frédéric SUDRE, Editions N.P. Engel. Kehl. Strasbourg. Arlington, 1994, p 1 (voir plus spécialement p 4) ; COUSSIRAT-COUSTERE (Vincent), *Convention européenne des droits de l'homme et droit interne : primauté et effet direct* in *La Convention européenne des droits de l'homme : Actes de la journée d'étude du 16-11-1991*, sous la direction de Louis-Edmond PETTITI, Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Pierre LAMBERT, Didier DURAND et Marc-André EISSEN, Collection droit et justice, Nemesis, 1992, Bruxelles, p 11 (n°5 et suivants).

¹⁷³ Il a parfois été contesté : CHAMBON (Pierre) : note sous l'arrêt de la Cour de sûreté de l'Etat du 6 mai 1976, JCP 1976, II, 18416. On dénonçait le caractère « vague », « indéterminé » de la Convention : voir la référence faite à Michel MELCHIOR aux mélanges WIARDA par DHOMMEAUX (Jean), *De l'universalité du droit international des droits de l'homme : du pactum ferendum au pactum latum* in AFDI 1989 p 399, note 15 p 405.

¹⁷⁴ COHEN-JONATHAN (Gérard), Op. Cit. ; COUSSIRAT-COUSTERE (Vincent), Op. Cit.

¹⁷⁵ SUDRE (Frédéric), *La Convention européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} édition, PUF 2004, Paris, p 15.

¹⁷⁶ PETTITI (Louis), *L'applicabilité directe de la Convention en droit français*, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, T XXIX, 1981, p 57. Sur la portée de l'article 13 voir spécialement DE SCHUTTER (Olivier) : *Fonction de juger et droits fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européen*, Bruylant, 1999, Bruxelles, p 295 et suivantes.

¹⁷⁷ SUDRE (Frédéric), Op. Cit. 7 et suivantes.

¹⁷⁸ Cette jurisprudence était déjà suggérée par les arrêts DE WILDE, OOMS et VERSYP contre Belgique, 18 juin 1971, série A, n°12, § 43 et Syndicat suédois des conducteurs de locomotives contre Suède, 6 février 1976, série A, n°20, § 50.

« ...*En substituant le mot « reconnaissent » à « s’engagent à reconnaître », dans le libellé de l’article 1, les rédacteurs de la Convention ont voulu indiquer de surcroît que les droits et libertés du titre I seraient directement reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des Etats contractants. Leur intention se reflète avec une fidélité particulière là où la Convention a été incorporée à l’ordre juridique interne... »*¹⁷⁹.

Certes, la Cour EDH ne définit pas ici une obligation internationale imposant aux Etats de reconnaître l’applicabilité directe¹⁸⁰. Toutefois, elle déduit les effets du traité dans l’ordre juridique interne et renforce son argumentation par des arrêts ultérieurs¹⁸¹.

En revanche, cette interprétation de l’effet direct ne se rapporte pas au titre II de la CEDH, qui définit la procédure applicable au recours devant la Cour EDH. En effet, les dispositions conventionnelles qui y sont retranscrites n’ont pas vocation à créer des droits directement applicables aux individus devant les juridictions internes, mais leur ménagent un droit au recours individuel supranational.

De même, le titre III précise l’engagement des Etats au titre de l’application territoriale, des réserves, de la dénonciation, de la signature et de la ratification. Il définit, en outre, les pouvoirs des différents organes de contrôle rattachés au Conseil de l’Europe.

Les protocoles additionnels sont construits selon le même schéma. Après avoir énoncé des droits, ils en déterminent l’application territoriale, les mécanismes de signature et de ratification. Ces dispositions conventionnelles sont à destination des Etats, non des individus.

42. Il faut préciser que les arguments développés à l’égard de la CEDH sont transposables aux autres traités internationaux protecteurs des droits de l’Homme. L’admission globale de l’effet direct est tout aussi impossible puisque les textes sont formés de parties consacrant, pour certaines, des droits substantiels et définissant, pour d’autres, les différents engagements des Etats. A titre d’exemple, les parties I et II de la CSE définissent les droits, alors que les parties suivantes précisent les obligations des Etats et établissent la procédure devant le CEDS. Il en est de même pour les Pactes de New-York, qui en fonction des parties, garantissent des droits substantiels, définissent les obligations des parties. Le PIDCP formalise, en outre, les pouvoirs du CDH.

43. Pour s’attacher plus particulièrement à la CEDH, seul le titre I et les droits substantiels énoncés dans les protocoles seraient susceptibles de jouer un effet direct. Il convient de préciser le propos, démontrant plus encore que l’approche globaliste de l’effet direct est totalement impossible à manipuler.

¹⁷⁹ Cour EDH, *Irlande contre Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, Série A, n°25, § 239.

¹⁸⁰ DE SCHUTTER (Olivier), *La coopération entre la Cour européenne des droits de l’homme et le juge national*, RBDI, 1997/1, p21 (spécialement p 28).

¹⁸¹ Cour EDH, 6 novembre 1980, arrêt VAN OOSTERWIJCK contre Belgique, série A, n°40, § 33 ; Cour EDH, 15 juillet 1982, arrêt ECKLE contre Allemagne, série A, n°51, § 66.

En effet, dans un souci de simplification, il pourrait être concevable de reconnaître un effet direct global du titre I de la CEDH, mais cette démarche n'est pas suffisamment nuancée.

Tout d'abord, toutes les dispositions conventionnelles énoncées ne peuvent pas jouer un effet direct indépendant. L'article 14 de la CEDH, définissant le principe de non-discrimination, bien que disposant d'une certaine autonomie, ne peut pas être appliqué seul¹⁸². Un justiciable ne saurait s'en prévaloir sans le combiner avec une autre disposition conventionnelle créatrice d'un droit substantiel énoncée par la CEDH. Reconnaître l'effet direct global de la partie I du traité ne permet pas de spécifier cette caractéristique du principe de non-discrimination.

Ensuite, sans trop anticiper sur les développements ultérieurs, il sera démontré que l'effet direct d'une disposition conventionnelle revêt devant le juge national deux dimensions, verticale et horizontale. Chacune dépend du texte et du litige¹⁸³. De plus, toutes les dispositions conventionnelles d'effet direct vertical n'ont pas vocation à jouer un effet horizontal.

Enfin, il sera établi que les droits substantiels ne peuvent pas toujours jouer un effet direct, mais doivent parfois emprunter d'autres formes de justiciabilité afin d'être applicables dans un litige concret¹⁸⁴. L'effet direct sera retenu en fonction du cas d'espèce soumis au contrôle de la Cour de cassation.

Admettre l'effet direct global du titre I, sans autre motivation, pourrait conduire le justiciable à se méprendre en considérant que tous les droits substantiels sont toujours d'effet direct vertical et horizontal, de manière indépendante et quel que soit le litige soumis au contrôle de la Haute juridiction.

44. Ensuite, une disposition conventionnelle issue du titre III de la CEDH pourrait être qualifiée d'effet direct. Il s'agit de l'article 53, selon lequel : « *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 toutes parties contractantes* ». Ce texte garantit l'application de la clause la plus favorable, également évoquée par les termes « *clause de surenchère* »¹⁸⁵. Il n'est pas impossible d'admettre que le justiciable se prévale de l'application de la clause la plus favorable, combiné avec le texte national ou international lui attribuant des droits subjectifs plus importants que ceux consacrés par la CEDH. L'application de la disposition conventionnelle serait alors assez similaire à celle retenue à l'égard du principe de non-discrimination.

¹⁸² MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, connaissance du droit, Dalloz, 2005, Paris, p 38 et suivantes.

¹⁸³ Cf. infra, Ce chapitre, Section II, §2.

¹⁸⁴ Cf. infra, Cette partie, Titre II, Chapitre I, Section II, §2, A.

¹⁸⁵ EVRIGINIS (Dimitrios), *L'interaction entre la dimension internationale et la dimension nationale de la Convention européenne des droits de l'homme : notions autonomes et effet direct* in *Festschrift für Herman Mosler, Völkerrecht als rechtsordnung internationale gerichtbarkeit menschenrechte*, Springer Verlag, 1983, Berlin, Heidelberg, New York, p 193 et plus spécialement p 199.

45. L'approche globaliste positive de l'effet direct n'aboutit pas à une solution cohérente, alors même qu'elle serait motivée par la volonté de reconnaître l'effet direct de tous les droits consacrés par un traité. Cette motivation trop large est rapidement abandonnée par la formation répressive de la Haute juridiction¹⁸⁶ qui, tout comme les Chambres civiles, emprunte une approche partielle de l'effet direct pouvant être déduite de la mise en œuvre du contrôle de conventionnalité¹⁸⁷.

L'approche globaliste positive, bien qu'impraticable, s'avère moins dangereuse que l'approche globale négative subie par la CIDE et qui a enfermé le traité dans une spirale d'inapplicabilité durant de trop nombreuses années.

B- L'approche globaliste négative développée à l'égard de la Convention internationale des droits de l'enfant

46. L'approche globaliste a également été utilisée, par la Cour de cassation, dans un sens négatif, puisqu'elle a abouti à la négation de l'effet direct de l'ensemble de la CIDE. La première Chambre civile et la Chambre sociale sont les deux seules formations de la Haute juridiction à avoir emprunté cette voie, qui procède d'une interprétation erronée du traité (1), inconciliable avec le caractère objectif des droits de l'Homme (2).

1- L'interprétation erronée de la première Chambre civile et de la Chambre sociale

47. Rien ne laissait présupposer que la première Chambre civile allait élaborer une jurisprudence négatrice de l'effet direct de la CIDE. Au contraire, un arrêt rendu le 9 avril 1991¹⁸⁸ pouvait indiquer que la formation inclinait en faveur de l'effet direct de l'article 29-1a), relatif à l'épanouissement de l'enfant. La Cour vérifie que la disposition conventionnelle n'a pas été violée, suggérant ainsi son applicabilité et par conséquent son effet direct¹⁸⁹. Opérer un tel contrôle, qui revient à mettre en œuvre la primauté, suppose que la justiciabilité du traité a été préalablement admise. En effet, la justiciabilité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme n'est envisagée par la Cour de cassation, que sous l'angle

¹⁸⁶ Crim. 9 février 1978, Bull crim. n°52, p 127 ; 5 mai 1978, Bull. crim. n°139, p 352.

¹⁸⁷ Cf. infra, ce Chapitre, Section II, §1, B, 1.

¹⁸⁸ Pourvoi n°90-05026 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁸⁹ Par jugement de divorce, prononcé aux torts de M. Jean-Paul L., les juges du fond avaient confié les enfants à la mère, réservant un droit de visite et d'hébergement au père. Cette situation est remise en cause, par application de l'article 375-3 du Code civil, sur ordonnance du juge des enfants, confirmée en appel. Le juge aux affaires matrimoniales statue à l'identique en suspendant les droits du père. L'ex-époux forme pourvoi en cassation indiquant que l'article 375-3 du Code civil ne prévoyait pas la suspension du droit de visite et d'hébergement, la décision était donc contraire à l'article 29§1a) de la CIDE. Loin de rejeter le moyen en se fondant sur l'absence d'effet direct du traité onusien, la Cour constate que les juges du second degré ont fait une correcte application du droit interne, qui n'engendrait pas la violation de la disposition conventionnelle.

de l'effet direct. Par conséquent, le contrôle de conventionnalité induit l'effet direct implicite de la disposition conventionnelle soulevée à l'occasion du pourvoi.

48. Les arrêts ultérieurs de la première Chambre civile ont bouleversé cette interprétation initiale¹⁹⁰. Par un arrêt LEJEUNE, rendu le 10 mars 1993¹⁹¹, la première Chambre civile nie globalement l'effet direct du traité onusien. Un attendu lapidaire, qualifié de principe par le Président de chambre¹⁹², indique :

« ... les dispositions de la convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990, ne peuvent être invoquées devant les tribunaux, cette convention qui ne crée des obligations qu'à la charge des Etats parties, n'étant pas directement applicable en droit interne ; »

La juridiction civile sonne non pas la fin de la primauté, comme certains auteurs se sont hasardés à le soutenir¹⁹³, mais bien le glas de l'effet direct du traité onusien¹⁹⁴, quelles que soient les dispositions soulevées devant le juge interne¹⁹⁵. Par ricochet, le justiciable ne peut plus se prévaloir du traité et la juridiction n'est plus en mesure d'appliquer les dispositions conventionnelles ou de pratiquer un contrôle de conventionnalité du droit interne à leur égard. La première Chambre civile, composée à l'identique¹⁹⁶, rend le 2 juin 1993¹⁹⁷ un arrêt similaire. Il faut remarquer que cette décision est rendue en formation restreinte. Or, cette composition particulière de la Cour ne se conçoit, au regard de l'article L131-4 du Code de l'organisation judiciaire, que lorsque la solution devant ressortir de l'examen du pourvoi, paraît s'imposer d'elle-même¹⁹⁸.

¹⁹⁰ GRANET (Frédérique), *La Convention de New York sur les droits de l'enfant et sa mise en œuvre en France in L'enfant et les conventions internationales*, sous la direction de Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI et Frank RAINER, p 95.

¹⁹¹ Bull. civ. I, n°103, p 69 ; RCDIP 1993, p 449, note LAGARDE (Paul) ; D 1993, jurisprudence p 361, note MASSIP (Jacques) ; RDSS 1995, p 533, observations MONEGER (Françoise) ; RGDIP 1995, p 1051, note ALLAND (Denis) et les chroniques de NEIRINCK (Claire), MARTIN (Pierre-Marie), *Un traité bien maltraité. A propos de l'arrêt Le Jeune (Cass. Civ. 1^{re}, 10 mars 1993)*, JCP, G, 1993, I, 3677 ; RONDEAU-RIVIER (Marie- Claire), *La Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un traité mis hors jeu*, D 1993, chronique p 203.

¹⁹² MASSIP (Jacques), *L'application par la Cour de cassation des conventions internationales récentes relatives à l'enfance*, PA, 3 mai 1995, n°53, p 41.

¹⁹³ NEIRINCK (Claire), MARTIN (Pierre-Marie), *Op. Cit.*

¹⁹⁴ BRAUNSCHWEIG (André), DE GOUTTES (Régis), *Note à propos des arrêts de 1993 de la 1^{re} Chambre civile sur la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, GP 1995, II, Doctrine p 878 ; LAGARDE (Paul), *Op. Cit.* p 449 ; MASSIP (Jacques), *Op. Cit.* p 361 ; RONDEAU-RIVIER (Marie-Claire), *Op. Cit.* p 203 ; ALLAND (Denis), *Op. Cit.* p 1051.

¹⁹⁵ OLINGA (Alain-Didier), *L'applicabilité directe de la Convention internationale sur les droits de l'enfant devant le juge français*, RTDH, 1995, p 678.

¹⁹⁶ BYK (C.), *La réception des conventions internationales par le juge français : à l'occasion de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant*, JDI, 1994, n°4, p 967.

¹⁹⁷ Bull. civ. I, n°195, p 135.

¹⁹⁸ Avant la loi du 23 avril 1997, chaque Chambre de la Cour de cassation comprenait une formation normale de cinq magistrats et une formation restreinte de trois, qui n'intervenait que lors de pourvois dont la solution s'imposait d'elle-même. Désormais, cette formation est de principe : VINCENT (Jean), GUINCHARD (Serge),

49. Une motivation aussi tranchée devait faire l'objet de motifs moins elliptiques. Sans doute pour cette raison et devant le déferlement des avis contraires émis par la doctrine¹⁹⁹, la première Chambre civile décide d'affiner son argumentation en trouvant, au sein de la CIDE, le fondement permettant de justifier la négation de l'effet direct du traité²⁰⁰. Ce support conventionnel se matérialise grâce à l'article 4. Ainsi, par deux arrêts du 15 juillet 1993²⁰¹, la première Chambre civile refoule l'effet direct de la CIDE, car il résulte de l'article 4 que « *ses dispositions ne créent d'obligations qu'à la charge des Etats, de sorte qu'elles ne peuvent être directement invoquées devant les juridictions nationales.* »

Cette volonté de nier l'effet direct se déduit particulièrement de la première espèce où le demandeur invoquait l'article 30 du traité onusien. Or, une déclaration française prévoit que ce texte n'a pas vocation à être appliqué sur le territoire de la République, au regard de l'article 2 de la Constitution de 1958²⁰². Il suffisait à la première Chambre civile de rejeter le pourvoi en se fondant sur l'irrecevabilité déduite de la déclaration française²⁰³. Pourtant, elle martèle la solution de principe, comme pour mieux la conforter.

50. La première Chambre civile n'a pas été longtemps isolée. La Chambre sociale la relaye à l'occasion d'un arrêt rendu le 13 juillet 1994²⁰⁴. En se fondant également sur l'article 4 du traité, elle décide que la CIDE ne peut pas être directement appliquée devant les juridictions nationales. En l'espèce, il s'agit d'un arrêt de cassation, car les juges du fond avaient admis l'effet direct et opéré un contrôle de conventionnalité aboutissant à l'éviction de l'article R 313-12 du Code de la sécurité sociale. Selon la Cour d'appel, la législation interne limitant le bénéfice de l'assurance maladie aux ayant droits d'assurés sociaux de moins de seize ans, se trouvait en contradiction avec l'article 26 du traité qui garantit au mineur (défini à l'article 1 de la CIDE comme « *tout être humain de moins de 18 ans* ») le droit de bénéficier

MONTAGNIER (Gabriel), VARIMARD (André), *Institutions judiciaires*, Dalloz, 8^{ème} édition 2005, Paris, p 614.

¹⁹⁹ Op. Cit.

²⁰⁰ ALLAND (Denis), RGDIP, 1995, p 1013.

²⁰¹ Bull. civ. I, n° 259, p 179 ; JCP G 1994, II, n° 22219, p 83, note BENHAMOU (Yves).

²⁰² L'article 30 de la CIDE est relatif aux droits de l'enfant issu de minorités ethniques, religieuses et linguistiques, n'a pas vocation à s'appliquer sur le territoire de la République puisqu'en vertu de l'article 2 de la Constitution, la France est une et indivisible. Ainsi, l'Etat français considère qu'il n'existe pas, sur le territoire, de minorités. Cette déclaration n'a rien d'inhabituelle, puisque d'autres traités protecteurs des droits de l'homme, ont fait l'objet de déclarations identiques sur des dispositions concordantes. Par exemple, tel est le cas pour l'article 27 du Pacte international de New York relatif aux droits civils et politiques. Sur ces questions voir IMBERT (Pierre-Henri), *La France et les traités relatifs aux droits de l'homme*, AFDI, 1980, p 31.

²⁰³ BYK (C.), Op. Cit. p 967. Telle est la solution retenue par la Chambre criminelle, dans les arrêts condamnant le délit d'entrave à l'IVG. Les demandeurs au pourvoi invoquaient, outre les dispositions de la CEDH et du PIDCP, l'article 6 de la CIDE relatif au droit à la vie de l'enfant. Relativement à cette disposition le gouvernement français a fait une déclaration selon laquelle : « *... la présente Convention, notamment l'article 6, ne saurait être interprétée comme faisant obstacle à l'application des dispositions de la législation française relative à l'interruption volontaire de grossesse.* ». C'est en se fondant sur cette déclaration, sans analyser la question de l'effet direct du traité, que la Cour rejette le pourvoi. Voir, par exemple, crim. 2 avril 1997, pourvoi 96-82024 ; 14 avril 1998, pourvoi n°97-83877, disponible sur le site internet Légifrance.

²⁰⁴ Bull. civ. V, n°236, p 161 ; BENHAMOU (Yves), JCP G, 1995, II, n°22363, p 17.

d'assurances sociales²⁰⁵. En déniait l'effet direct à l'ensemble du traité, la Chambre sociale consolide la position de la première Chambre civile, tout en censurant du même coup, les décisions audacieuses de certains juges du fond²⁰⁶.

51. Une dernière fois, par un arrêt du 4 janvier 1995²⁰⁷, la première Chambre civile réaffirme sa jurisprudence, ne laissant subsister aucun espoir sur le devenir des pourvois, articulés sur le fondement de la CIDE. Interrogée par les juridictions du fond sur la constance de cette jurisprudence, la Cour de cassation, par la très officielle voie de son Bulletin d'information, confirme sa volonté de pérenniser cette solution²⁰⁸. La concordance de la jurisprudence entre plusieurs chambres de la Cour de cassation fait affirmer au Conseiller MASSIP qu' « *une modification de la position prise ne pourrait guère venir que d'une hypothétique décision de la chambre mixte ou de l'Assemblée plénière* »²⁰⁹.

52. Cette jurisprudence a longtemps représenté la position générale de la Cour de cassation à l'égard de la CIDE. Pourtant, elle ne résultait guère que de quelques décisions émanant de deux formations de la Haute juridiction. Par conséquent, il faut rechercher les raisons qui ont pu conduire la Cour de cassation à soutenir cette interprétation de l'effet direct de la CIDE, afin d'éviter que cette approche globale négative soit transposée, à l'avenir, à d'autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme.

53. Une première explication de la jurisprudence pourrait s'articuler autour de la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et l'autorité judiciaire. L'arrêt LEJEUNE est rendu par la première Chambre civile en mars 1993. Au mois de janvier de cette même année, le législateur amorce une concrétisation législative des exigences posées par le traité²¹⁰. Cette démarche a pu conduire la Cour de cassation à considérer qu'elle était affranchie de l'obligation d'appliquer la Convention onusienne²¹¹. Par conséquent, elle a nié l'effet direct du traité dans son ensemble, se retranchant derrière l'obligation imposée au législateur de transposer les droits et objectifs posés par la CIDE. Cette approche n'est pas convaincante. En effet, tous les acteurs de l'Etat, dont les juridictions sont l'émanation, doivent respecter les engagements conventionnels. L'action positive de l'un n'impose pas l'inertie de l'autre. En d'autres termes, l'œuvre législative n'exonère pas le juge de son obligation d'appliquer le traité. Or, la négation globale de l'effet direct, lorsque d'autres mécanismes de justiciabilité ne sont pas envisagés, interdit l'applicabilité des textes. Les juridictions nationales n'appliquent pas le traité et n'assurent pas sa primauté. Cette approche

²⁰⁵ RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), JCP, G, 1993, Chronique droit de la famille, n°3688, p 299.

²⁰⁶ HUET WEILLER (Dominique), RTDCiv. 1991, p 522 ; OLINGA (Alain-Didier), Op. Cit. p 678.

²⁰⁷ Bull civ. I, n°2, p 1, la disposition invoquée, en l'espèce, était l'article 12 de la CIDE.

²⁰⁸ BICC, 1996, n°429.

²⁰⁹ MASSIP (Jacques), *L'application par la Cour de cassation des conventions internationales récentes relatives à l'enfance*, PA, 3 mai 1995, n°53, p 41.

²¹⁰ Loi n°93-22, du 8 janvier 1993 qui modifie le Code civil notamment à l'égard des droits de l'enfant à être entendu dans le cadre d'une procédure : JORF du 9 janvier 1993, p 495.

²¹¹ BYK (C.), Op. Cit. p 972.

est dévastatrice à l'égard de la CIDE puisque le législateur n'a pas consacré tous les droits et objectifs posés par la Convention²¹².

Elle le sera tout autant si la Haute juridiction renouvelle sa jurisprudence à l'égard d'autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. La Cour n'a jamais nié l'effet direct de la CEDH, alors même que le législateur transpose, parfois, les droits qu'elle consacre²¹³. Cette expérience de la CEDH démontre que le respect du traité international protecteur des droits de l'Homme procède de l'action convergente des pouvoirs exécutif et législatif mais également de l'autorité judiciaire²¹⁴.

54. Une deuxième explication pourrait être avancée, plus sociologique. Elle s'appuie sur la complexité du sujet préservé par la CIDE. Reconnaître des droits à l'enfant, qui pourraient être directement appliqués par le juge, peut compliquer considérablement son office, eu égard à la fragilité du titulaire et à la manipulation dont il peut être l'objet. Ces droits sont le plus souvent revendiqués, à son bénéfice, par des parents qui en sont les représentants. L'engouement des justiciables à l'égard de la CEDH pouvait laisser présager des répercussions de l'effet direct sur la multiplication des pourvois articulés sur la CIDE dans le cadre d'un complexe contentieux familial²¹⁵. Si telle est la raison qui a motivé la Cour de cassation, il s'agit d'un "contournement de l'obstacle" qui ne peut être le fait d'une juridiction suprême.

55. Une troisième explication, plus inquiétante, en raison des répercussions qu'elle pourrait avoir sur la justiciabilité d'autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, peut être proposée. La CIDE relève des conventions dites spéciales puisqu'elle protège une catégorie d'individus. En revanche, elle définit à leur égard tant des droits civils et politiques, qu'économiques, sociaux et culturels. Grâce à ce texte, l'universalité des droits de l'Homme enfant est consacrée. Or, la justiciabilité des droits sociaux est très souvent discutée²¹⁶ et pourrait expliquer que la Cour de cassation, particulièrement la Chambre sociale, ait préféré nier globalement l'effet direct du traité, plutôt que de s'interroger sur la capacité du texte à créer des droits économiques, sociaux et culturels directement applicables. Ces droits sont souvent considérés comme simplement programmatiques ou programmatoires.

²¹² Sur ce point voir l'étude très compétente de : HARDY (Anne), BOURSERIE (Jérôme), DELBARD (Dominique), *La Convention internationale des droits de l'enfant et le principe fondamental de protection de l'enfant en droit français*, RRJ 2001-2, p 907.

²¹³ GARAUD (Eric), *Le relais législatif in CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD, La documentation française, 2001, Paris, p 171.

²¹⁴ FLEINER (Thomas), *Quelques réflexions sur le discours contemporain des droits de l'homme in Les droits individuels et le juge en Europe*, Mélanges en l'honneur de Michel FROMONT, PU de Strasbourg, 2001, Strasbourg, p 235. Plus spécialement p 239, l'auteur insiste sur le fait que la protection des droits de l'Homme passe nécessairement par « cette institution qu'est le tribunal ...adaptée comme aucune autre à l'individu moyen ».

²¹⁵ BYK (C.), Op. Cit. p 972.

²¹⁶ ALIPRANTIS (Nikitas), *Les droits sociaux sont justiciables*, Droit social février 2006, p 158.

Ils imposeraient uniquement à l'Etat, partie au traité, de concrétiser les objectifs définis²¹⁷. Il sera ultérieurement démontré que cette approche globale à l'égard d'une catégorie de droit est, également, inappropriée²¹⁸. Elle a pu, toutefois, stimuler la négation de l'effet direct de la CIDE prise dans son ensemble et laisse craindre une approche convergente à l'égard des traités internationaux protecteurs des droits sociaux de l'Homme.

En effet, dans son arrêt du 13 juillet 1994²¹⁹, la Chambre sociale devait s'interroger sur l'effet direct de l'article 26 de la CIDE qui garantit au mineur le droit de bénéficier d'assurances sociales. La législation française ne consacrant pas complètement un tel droit, l'application de ce texte conduisait à combler un vide juridique se répercutant sur les charges de la sécurité sociale²²⁰. Préférant ne pas s'interroger sur le caractère autoexécutoire de la norme, la Cour rejette en bloc l'effet direct du traité, évitant ainsi toute discussion future sur l'effet direct des droits sociaux consacrés par la CIDE. Une telle approche n'est pas envisageable, puisqu'elle consiste à nier non seulement l'effet direct de ces droits, mais également des dispositions relatives aux droits civils et politiques, dont la justiciabilité n'est généralement pas discutée.

56. L'embarras de la Chambre sociale à l'égard de l'effet direct des droits sociaux de l'Homme génère les plus vives inquiétudes. Elles sont renforcées par l'ambiguïté d'une décision portant sur la CSE, dont il est impossible d'affirmer avec certitude qu'elle ne conduira pas à une négation totale de l'effet direct du traité. La formation rend, le 17 décembre 1996²²¹, un arrêt abordant la question de l'effet direct de la CSE. En l'espèce, un détenu avait travaillé durant trois semaines. Ayant perçu, pour tout salaire, la somme de 200,88 francs, il engage une instance prud'homale dans le but d'obtenir un rappel de salaire, le paiement d'heures supplémentaires, d'une indemnité de préavis et de dommages et intérêts pour licenciement abusif. La Cour d'appel déclare la juridiction du travail incompétente. Un pourvoi est formé sur le fondement notamment de l'article 4 de la CEDH et des articles 1 à 5, 10 et 12 de la CSE²²². Pour le demandeur, le régime du travail dans les locaux pénitentiaires s'apparente à de l'esclavage. Rejetant le pourvoi, la Cour opère une distinction entre la CEDH et « toute autre convention internationale » :

« Et attendu, ensuite, que la règle de compétence dont la cour d'appel a fait application n'est contraire ni à l'article 4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ni à aucune disposition de toute autre convention internationale signée par le gouvernement français et ayant en France un effet direct ; »

²¹⁷ BOSSUYT (Marc), *La distinction juridique entre droits civils et politiques et droits économiques, sociaux et culturels*, RDH, Vol. VIII, 4, 1975, p 783 (voir plus spécialement p 789 et suivantes) ; JACOBS (Nicolas), *La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels*, RBDI, 1999, I p 19.

²¹⁸ Ce titre, Chapitre II, Section II, §2, A.

²¹⁹ Bull. civ. V, n°236, p 161 ; BENHAMOU (Yves), JCP G, 1995, II, n°22363, p 17.

²²⁰ OLINGA (Didier), *L'applicabilité directe de la Convention internationale sur les droits de l'enfant devant le juge français*, RTDH, 1995, p 678 (plus spécialement p 697).

²²¹ Pourvoi n°92-44.203 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance.

²²² PETTITI (Christophe), *La Charte sociale européenne révisée*, RTDH, 1997, p 3.

Cet attendu est équivoque et son interprétation peut être multiple. Un auteur considère que cette décision « ouvre la voie d'un possible effet direct de la Charte »²²³. Un autre regrette les incertitudes découlant de cette décision et la motivation lacunaire de la Haute juridiction. Il se demande alors si « la Charte est passée au rang de toute autre convention internationale ayant un effet direct » ou si elle « ne constitue pas une convention directement applicable »²²⁴. La pire analyse conduirait même à suggérer que la formation sociale transpose à la CSE la jurisprudence qu'elle a empruntée à la première Chambre civile relativement à la CIDE. L'absence de référence aux dispositions soulevées au soutien du pourvoi et la distinction opérée entre la CEDH et la CSE semblent accréditer cette analyse de la décision.

Cet arrêt est le seul qui puisse être retenu comme significatif à l'égard de la justiciabilité de la CSE²²⁵. Il faut en relativiser la portée puisque la Haute juridiction n'a pas souhaité qu'il soit publié au bulletin. Pourtant, la solution tranchée est nouvelle²²⁶ et il aurait, sans doute, été opportun d'en informer plus officiellement la communauté juridique, encore que les diverses interprétations pouvant être fournies de la décision soient plus de nature à susciter le trouble qu'à aviser véritablement sur la justiciabilité du traité.

57. L'interprétation globale négative de l'effet direct d'un traité international protecteur des droits de l'Homme ne fait pourtant pas l'unanimité dans la jurisprudence de la Cour de cassation. D'ailleurs, la Chambre sociale demeure seule à ne pas avoir officiellement abandonné cette motivation. En effet, le revirement opéré par la première Chambre civile depuis 2005²²⁷ atteste d'une volonté de renoncer à une jurisprudence inconciliable avec le caractère objectif des droits de l'Homme.

²²³ DUTHEIL-WAROLIN (Lydie), *Le droit à l'information des salariés au sein de l'entreprise*, CA Limoges, 12 septembre 2005, JCP E 2006, n°3, n°1129, p 144.

²²⁴ SCIOTTI (Claudia), *L'applicabilité de la Charte sociale européenne dans l'ordre juridique des Etats contractants* in *Droits sociaux et droits européens. Bilan et perspectives de la protection normative*, sous la direction de Jean-François FLAUSS, Droit et justice n°39, Nemesis, Bruylant, 2002, Bruxelles, p 175 (plus spécialement p 191).

²²⁵ A l'occasion d'autres pourvois, des justiciables ont invoqué la CSE, mais les rejets étaient fondés sur le caractère nouveau du moyen : Soc. 24 janvier 2002, pourvoi 00-14780 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance ou ne répondait pas à l'argumentation développée à l'égard du texte : Soc. 12 février 2002, pourvoi n°99-44567 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance. La Chambre commerciale a rendu un arrêt à l'occasion duquel la CSE était invoqué. Le pourvoi est rejeté car le moyen manque en fait : Com. 13 novembre 2003, pourvoi n°01-15611 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

²²⁶ Sur ces questions voir : AUBERT (Jean-Luc), *De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation in Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, D 2000, p 7 (voir plus particulièrement p 9 et suivantes)

²²⁷ Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, pourvoi n°02-20.613 ; 14 juin 2005, pourvoi n°04-16.942 (disponibles sur le site internet de la Cour de cassation) ; 8 novembre 2005, pourvoi n°02-18360 ; 22 novembre 2005, pourvoi n°03-17912 (disponibles sur le site internet légifrance) et 7 avril 2006, pourvois n°05-11.285 et 05-11.286 (disponibles sur le site internet de la Cour de cassation).

2- L'inconciliabilité de la négation globale de l'effet direct avec le caractère objectif des droits de l'Homme

58. L'approche globale de l'effet direct s'appuie sur le critère subjectif du mécanisme de justiciabilité. Dans son interprétation, la Cour de cassation présuppose que les Etats n'ont pas entendu créer de droits dont les individus pourraient se prévaloir en justice. Pour appuyer son argumentation, elle recherche au sein même du traité la disposition conventionnelle qui attesterait de cette volonté. Selon la Cour de cassation l'article 4 justifie la négation de l'effet direct de l'ensemble du traité, sans qu'il soit utile de rechercher si les critères d'une norme autoexécutoire se rencontrent dans certaines dispositions. En d'autres termes, l'article 4 irradie l'ensemble du traité onusien. Il révèle l'intention des parties qui s'obligent sans créer de droits dont les individus peuvent se prévaloir en justice. Pourtant, cette clause générale indique simplement les obligations auxquelles l'Etat s'engage. Il est donc présomptueux d'en déduire l'intention des Hautes parties contractantes d'exclure l'effet direct de l'ensemble du traité. Cette clause ne présume en rien du caractère *self-executing* d'autres droits réellement consacrés. En décider autrement revient à considérer qu'une norme générale vague contribue à nier le caractère autoexécutoire de dispositions précises²²⁸.

59. Par ailleurs, ce raisonnement place la Cour de cassation en contradiction avec la jurisprudence dégagée à l'égard du PIDCP. Des auteurs²²⁹ ont insisté sur le fait que l'article 2§2 du PIDCP, bien que plus complet, était comparable à l'article 4 de la CIDE²³⁰. Pourtant, la Haute juridiction n'a jamais nié l'effet direct des dispositions du PIDCP, alors même que les deux traités consacrent des droits civils et politiques similaires. Le Professeur VELU développe une argumentation selon laquelle : « *Si l'article 2 du Pacte ne fournit pas d'indication allant dans le sens de l'applicabilité directe des règles précises et complètes du Pacte, il ne fait pas obstacle non plus à cette applicabilité... ni l'article 2p2, ni aucune autre disposition du Pacte n'interdit de manière explicite ou implicite à l'Etat de satisfaire à son obligation de donner effet aux droits non en vigueur, par des actes juridictionnels appliquant les normes du Pacte relatives à ces droits, lorsque celles-ci sont suffisamment précises et complètes et que l'ordre constitutionnel ne prohibe pas pareille application. A notre sens, une analyse purement textuelle de l'article 2p2, ne permet pas plus de soutenir que les auteurs du traité ont eu l'intention d'exclure le caractère d'applicabilité directe des normes du Pacte que de prétendre qu'ils ont voulu attribuer à ces normes un tel caractère* »²³¹. L'analyse est transposable à l'article 4 de la CIDE et aurait pu conduire la Cour de cassation à raisonner disposition par disposition.

²²⁸ OLINGA (Didier), Op. Cit.

²²⁹ OLINGA (Didier), Op. Cit. RTDH, 1995, p 678 ; ALLAND (Denis), RGDIP, 1995, p 1013.

²³⁰ Notamment l'article 2§3 du Pacte.

²³¹ VELU Jacques, *Les effets directs des engagements internationaux relatifs aux droits de l'homme*, RBDI, 1980, p 233.

La dangerosité de la jurisprudence relative à la CIDE est d'autant plus tangible que d'autres traités internationaux protecteurs des droits de l'homme contiennent des clauses similaires. Tel le cas, par exemple, de la CSE²³² ou de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale²³³.

60. Vraisemblablement l'article 4 de la CIDE a servi de paravent à l'effet direct, alors qu'il aurait dû conduire la Cour de cassation à considérer que chaque institution émanant de l'Etat a pour obligation de préserver les droits consacrés par le traité. En raisonnant à l'inverse, la Cour de cassation abandonne le devenir du traité à la seule volonté législative. Or, l'inertie du législateur prive l'individu des droits dont il est titulaire. En statuant de la sorte, la Cour de cassation nie la spécificité des traités et entrave l'entrée des droits dans le patrimoine juridique des individus. Le caractère objectif des droits de l'Homme semble s'opposer à ce raisonnement global. Puisque l'Homme est la « *finalité* » du droit²³⁴, il faut rechercher si chacune des dispositions du traité n'a pas vocation à être appliquée par les juridictions. La spécificité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme conduit à reconnaître des droits, se dégageant de la démarche traditionnelle des traités qui ne définissent que des obligations interétatiques²³⁵.

61. La Cour de cassation doit abandonner l'interprétation qui consiste à aborder l'effet direct du traité pris dans sa globalité. Cette affirmation vaut lorsque l'approche globale est positive, mais se justifie d'autant plus lorsqu'elle est négative puisqu'elle prive l'individu des droits consacrés à son bénéfice dans l'ordre juridique international. La Cour de cassation aurait pu éviter de s'engager dans cette impasse en dialoguant.

§2- Une approche retenue en l'absence de dialogue des juges

62. L'approche globaliste négative procède d'une interprétation qui ne fait pas l'unanimité entre les juges. Au contraire, les désaccords sont flagrants et confirment l'importance d'un dialogue sans cesse renouvelé. Si la lecture de la jurisprudence récente démontre que les divergences tendent à s'estomper, il faut remarquer que l'interprétation erronée des certaines formations procède d'une absence de dialogue entre les juges nationaux (A), mais également entre les juges nationaux et les organes supranationaux de contrôle (B).

²³² En préambule de la Parties II : « *Les Parties s'engagent à se considérer comme liées...* »

²³³ article 2§1 de la Convention : « *Les Etats parties condamne la discrimination raciale et s'engagent à poursuivre, par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale et à favoriser l'entente entre toutes les races,...* »

²³⁴ COHEN-JONATHAN (Gérard), *L'évolution du droit international des droits de l'homme* in *L'évolution du droit international*, Mélanges offerts à Hubert THIERRY, Pedone, 1998, Paris, p 107 (plus spécialement p 108).

²³⁵ FLAUSS (Jean-François), *La protection des droits de l'homme et les sources du droit international* in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 11 (plus spécialement p 25).

A- L'absence de dialogue entre les juges internes

63. La jurisprudence relative à l'effet direct de la CIDE a laissé transparaître des divergences entre les diverses formations de la Haute juridiction. Ces divergences nuisent à la lisibilité de la jurisprudence et ne seront estompées que lorsque le choix en faveur d'une approche partielle sera clairement affirmé par une voix à l'unisson de la Haute juridiction. Celle-ci ne peut procéder que d'un dialogue des juges internes, qui a été trop absent du contentieux entourant l'effet direct de la CIDE.

64. En effet, la Chambre criminelle n'a jamais incliné en faveur d'une approche globale négative de l'effet direct de la CIDE. Au contraire, elle préfère raisonner disposition par disposition. Elle n'admet pas systématiquement l'effet direct, mais procède alors à une interprétation partielle de chaque article du traité onusien. L'arrêt rendu le 16 septembre 1997²³⁶ démontre que la négation de l'effet direct découle d'une analyse de l'unique disposition soulevée, par le demandeur, au soutien du pourvoi. A l'occasion de cette décision, la Cour considère que l'article 37 du traité onusien ne revêt pas les caractéristiques d'un droit d'effet direct :

« ... le demandeur n'est pas recevable à présenter une exception prise d'une prétendue incompatibilité des dispositions précitées avec l'article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990, dès lors que ce texte, qui ne crée d'obligations qu'à la charge des Etats, ne saurait être invoqué directement devant les juridictions nationales ; »²³⁷

Le terme « *invoqué* » employé par la formation répressive pourrait se rapporter au concept d'invocabilité tel qu'il a été défini. Il ne s'agirait pas d'un examen spécifique de l'effet direct. Cette explication est hasardeuse car l'analyse de la formation répressive porte sur la volonté des Etats de créer un droit à destination des individus. Or, cette interprétation de la disposition conventionnelle se rattache à la condition subjective de l'effet direct.

65. Le raisonnement tenu par la Haute juridiction démontre également l'imbrication entre effet direct et primauté. Le texte dénué d'effet direct ne peut pas être confronté au droit national dans le cadre d'un contrôle de conventionnalité. Par conséquent, les arrêts à l'occasion desquels la Haute juridiction passe sous silence la question de la justiciabilité, pour se concentrer sur le contrôle de conventionnalité, prouvent l'admission préalable de l'effet direct des dispositions conventionnelles. Ainsi, toute une série de décisions rendues par la

²³⁶ Bull. crim. n°244, p 806 ; RDSS 1998, p 400, note MONEGER (Françoise).

²³⁷ Il serait possible d'interpréter l'attendu de la Cour en considérant que les termes « *ce texte* » se rapportent non à l'article 37, mais au traité pris dans sa globalité. Cette interprétation est démentie le résumé proposé en-tête de la décision. Il indique : « *L'article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 26 janvier 1990, qui dispose, notamment, que la détention d'un enfant doit être d'une durée aussi brève que possible, ne crée d'obligation qu'à la charge des Etats signataires et ne saurait, dès lors, être invoqué directement par le justiciable devant les juridictions nationales* ». L'analyse de l'effet direct se rapporte donc à la seule disposition conventionnelle invoquée.

Chambre criminelle permettent de déduire du contrôle de conventionnalité l'effet direct de certaines dispositions de la CIDE. La formation répressive, par un arrêt du 27 novembre 1990²³⁸, apprécie si le contrôle de conventionnalité opéré par une Chambre d'accusation, à l'égard de l'article 40 de la CIDE²³⁹, est conforme aux exigences posées par le traité. Cette démarche vérificatrice est confirmée par un arrêt du 22 juin 1993²⁴⁰. Ce texte relatif aux droits d'un enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale semble d'effet direct puisque la Chambre criminelle n'hésite pas à confronter le droit interne à ses exigences.

Les décisions du 16 septembre 1997²⁴¹, 6 décembre 2000²⁴², 30 mai 2001²⁴³, du 5 septembre 2001²⁴⁴ et du 27 juin 2006²⁴⁵ reflètent également cette démarche à l'égard d'autres dispositions conventionnelles. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que ce contrôle est opéré conjointement à l'égard des dispositions de la CIDE et de la CEDH. Il prouve l'influence bienfaitrice de la CEDH sur la justiciabilité des autres traités internationaux protecteurs des droits de l'homme. Cependant, l'amalgame ne sert pas la lisibilité de la jurisprudence à l'égard de l'effet direct.

Un arrêt du 16 juin 1999²⁴⁶ est plus original car la Chambre criminelle aborde séparément le contrôle de conventionnalité des deux traités, renforçant ainsi l'idée de l'effet direct de chacune des dispositions soulevées au soutien du pourvoi. En l'espèce, le prononcé d'une mesure d'interdiction définitive du territoire portait atteinte aux droits fondamentaux de l'enfant mineur du condamné, tels que définis par les articles 6 et 8 de la CEDH et 2 et 16 de la CIDE. La Cour rejette le pourvoi en vérifiant la conformité de la mesure à l'égard de chaque disposition conventionnelle prise isolément.

Toutefois ces décisions n'abordent pas explicitement la question de l'effet direct et n'apportent aucune solution de principe. Qui plus est, la majorité des arrêts ne sont pas publiés au bulletin, signe que le Président de Chambre ne leur accorde qu'un intérêt limité²⁴⁷. En outre, face au caractère très explicite de la jurisprudence développée par la première Chambre civile et par la Chambre sociale, le caractère implicite de l'effet direct découlant du contrôle de conventionnalité ne sert pas l'intelligibilité de la jurisprudence de la Chambre

²³⁸ Pourvoi n°90-85658 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance.

²³⁹ En l'espèce, il s'agissait de vérifier si les mesures privatives de liberté prises à l'encontre d'un mineur suspecté d'un fait criminel étaient conformes aux droits des enfants suspectés.

²⁴⁰ Pourvoi n°91-86139 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance : articles 12 et 19 de la CIDE.

²⁴¹ Pourvoi n°97-83678 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance. Cet arrêt n'est toutefois pas convaincant, car la CIDE est invoquée sans référence particulière à l'une de ses dispositions.

²⁴² Pourvoi n°00-81824 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance : article 9§1 de la CIDE.

²⁴³ Pourvoi n°99-84867 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance : article 3§1 de la CIDE.

²⁴⁴ Pourvoi n°00-84429 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance.

²⁴⁵ Pourvoi n°05-83767 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance : article 6 de la CIDE.

²⁴⁶ Pourvoi n°98-84538 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

²⁴⁷ En effet, en vertu de l'article R 131-17 du COJ, le service de documentation et d'études est chargé d'établir deux bulletins mensuels (un pour les Chambres civiles et un pour la Chambre criminelle), transcrivant les arrêts dont la publication a été proposée par le Président de chaque Chambre.

criminelle. Seul un dialogue entre les différentes formations pouvait permettre d’y ‘‘voir plus clair’’ et de déterminer quelle était l’interprétation véritable de la formation répressive.

66. Ce dialogue était d’autant plus justifié que le Conseil d’Etat a toujours adopté la méthode partielle, en interprétant chaque disposition de la CIDE afin de déterminer si les droits consacrés remplissent les conditions de l’effet direct²⁴⁸. Les arrêts fondateurs, étudiés par le Professeur ALLAND, révèlent que les articles 3§1²⁴⁹, 16 et 29§1a) sont reconnus d’effet direct par la juridiction suprême de l’ordre administratif, contrairement aux articles 1, 2, 2§1, 4, 8, 9²⁵⁰, 10, 12, 14§1, 24, 26§1, 27§1, 28 et 30²⁵¹. Une analyse des décisions récentes permet de retenir l’effet direct des articles 6²⁵² et 37²⁵³, mais ce dernier est rejeté à l’égard des articles 3§2 et 5²⁵⁴, 26 et 27²⁵⁵. Le Conseil d’Etat dispose ainsi d’une jurisprudence relative à la CIDE qui peut être discutée²⁵⁶, mais qui s’avère plus élaborée que celle de la Cour de cassation.

67. Les divergences au sein de la Cour de cassation et, par-delà ses murs, avec le Conseil d’Etat sèment un trouble important. Au milieu de ces désaccords, le justiciable tient la place du ‘‘grand oublié’’. Selon le litige auquel il est partie et à la faveur de la répartition des contentieux entre les différentes juridictions ou entre les diverses formations de ces mêmes juridictions, son argumentation sur le fondement de la CIDE peut succomber ou prospérer. Face à cette immense confusion, seule la saisine de l’Assemblée plénière aurait permis à la Cour de cassation de garantir à sa jurisprudence une ligne directrice fiable.

68. L’Assemblée plénière n’est jamais intervenue. En revanche, la jurisprudence de la première Chambre civile s’est progressivement infléchie, laissant pressentir un revirement de jurisprudence. Un frémissement de revirement résulte de plusieurs arrêts dont le premier est plus connu pour son retentissement strasbourgeois²⁵⁷ que pour ses implications à l’égard de la CIDE. L’affaire MAZUREK a donné lieu à une décision de la première Chambre civile du 25

²⁴⁸ TIGROUDJA (Hélène), *Le juge administratif français et l’effet direct des engagements internationaux*, RFDA janvier – février 2003, p 154 (plus particulièrement p 156).

²⁴⁹ Jurisprudence confirmée par les arrêts du 7 avril 2006, n°274713 (Mentionné aux tables du Recueil Lebon) ; 23 juin 2004, n°246827 (Mentionné aux tables du Recueil Lebon), 24 mars 2004, n°249369 (publié au Recueil Lebon) : disponibles sur le site internet Légifrance.

²⁵⁰ Jurisprudence confirmée par les arrêts du 20 avril 2005, n°261219 (Mentionné aux tables du Recueil Lebon) ; 27 mai 2002, n°232599 (Publié aux tables du Recueil Lebon), disponibles sur le site internet Légifrance.

²⁵¹ ALLAND (Denis), *Op. Cit.* Spécialement p 214. Sur ces arrêts fondateurs, voir en particulier : CE, 29 juillet 1994, RGDIP 1993, p 502, note ALLAND (Denis) ; CE, 10 mars 1995, RGDIP 1995, p 1013, note ALLAND (Denis) ; CE, 23 avril 1997, RTDA 1997, p 585, avec les conclusions du Commissaire du gouvernement ABRAHAM (Ronny) ; CE, 22 septembre 1997, JCP G 1998, II, 10052, p 605, note GOUTTENOIRE-CORNU (Adeline).

²⁵² CE 25 avril 2001, n°216521 (Publié au Recueil Lebon), disponible sur le site internet Légifrance.

²⁵³ CE 30 juillet 2003, n°253973 (Mentionné aux tables du Recueil Lebon) ; 14 février 2001, n°220271 (Publié au recueil Lebon), disponibles sur le site internet Légifrance.

²⁵⁴ CE 6 octobre 2000, n°216901, 217800, 217801, 218213 (Publié au Recueil Lebon), disponible sur le site internet Légifrance.

²⁵⁵ CE 6 novembre 2000, n°204784 (Publié au Recueil Lebon), disponible sur le site internet Légifrance.

²⁵⁶ TIGROUDJA (Hélène), *Op. Cit.*

²⁵⁷ MARGUENAUD (Jean-Pierre), RTDCiv. 2000, p 429 : A propos de l’arrêt MAZUREK contre France, rendu par la Cour EDH le 1^{er} février 2000.

juin 1996. Publié au bulletin²⁵⁸, elle a attiré l'attention d'une doctrine vigilante²⁵⁹. En effet, se dégageant du joug de l'effet direct, la première Chambre civile décide de se placer sur le terrain du champ d'application *ratione personae* de la CIDE²⁶⁰. Le demandeur invoquait les articles 8, 14 de la CEDH et 2 de la CIDE afin de critiquer la discrimination successorale dont il était victime en raison de son statut d'enfant adultérin. La Cour balaye l'argumentation fondée sur le traité onusien au motif «... que la Convention de New-York du 26 janvier 1990 concerne l'enfant, défini comme l'être humain n'ayant pas atteint l'âge de la majorité ; qu'elle est donc sans pertinence en la cause ; que l'arrêt attaqué est, sur ces points, légalement justifié ;...»

Cette décision semble ériger une nouvelle barrière à l'applicabilité de la CIDE²⁶¹, fort discutable en ce qu'elle restreint le champ d'application du traité de manière radicale, alors que la violation du droit, concrétisée à l'âge adulte, est réalisée par la naissance. Cependant, il semblerait qu'elle puisse s'analyser comme l'amorce d'un revirement favorable à l'admission de l'effet direct de la CIDE²⁶². La Haute juridiction se départit de sa jurisprudence traditionnelle. En se plaçant sur le terrain du champ d'application du traité, elle offre, par une analyse *a contrario*, l'espoir d'une reconnaissance du caractère d'effet direct de certaines dispositions de la CIDE.

Le deuxième arrêt annonciateur du revirement est rendu le 19 octobre 1999²⁶³. Sa publication au bulletin marque l'importance que la formation accorde à la décision. La première Chambre civile semble revenir à sa méthode initiale et admettre implicitement l'effet direct de la disposition conventionnelle invoquée, avant de procéder au contrôle de conventionnalité. Cependant, la décision est ambiguë puisque la Cour vérifie si l'application de la loi marocaine, par les juges du fond, aboutissant à refuser l'adoption plénière d'un enfant marocain par sa famille de même nationalité, n'emporte pas violation des dispositions de la CEDH et de la CIDE soulevées conjointement au soutien du pourvoi. Or, la Cour n'opère pas de distinction entre les traités, mais se borne à constater que les textes n'ont pas été violés. Cette démarche est employée, à l'identique, dans un arrêt rendu le 9 décembre 2003²⁶⁴, à l'occasion d'une affaire relative à la maternité pour autrui. L'impossibilité d'adopter plénièrement l'enfant ainsi conçu heurte, selon le demandeur, les articles 8§1 de la CEDH, 3

²⁵⁸ Bull. civ. I, n°268, p 188.

²⁵⁹ HAUSER (Jean), RTDciv. 1996, p 873 ; BEIGNIER (Bernard), Droit de la Famille, Décembre 1996, p 17 ; MALAURIE (Philippe), JCP G, 1997, II, n°22834 ; RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), JCP G, 1997, I, n°3996, n°1 ; DEKEUVER-DEFOSSEZ (Françoise), D 1997, SC p 275 ; PICQUET CABRILLAC (Sabine), PA, 29 janvier 1997, n°13, p 25.

²⁶⁰ ALLAND (Denis), *L'applicabilité directe du droit international considéré du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?* RGDIP, 1998, Vol I, p 203 ; BRUNET (Laurence), D, 1998, jurisprudence, p 454.

²⁶¹ BRUNET (Laurence), D, 1998, jurisprudence, p 454.

²⁶² RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), Op. Cit. n°1 ; DEKEUVER-DEFOSSEZ (Françoise), Op. Cit. p 275.

²⁶³ Bull. civ. I, n°282, p 183 ; JDI 2000, p 737, observations MONEGER (Françoise) ; RJPF février 2000, n°2 p 22, observations VASSAUX (Joëlle).

²⁶⁴ Bull. civ. I, n°252, p 201.

et 21 de la CIDE. La première chambre civile rejette l'argumentation, en considérant simplement que les textes n'ont pas été violés.

Enfin deux autres arrêts, relatif à « *l'intérêt supérieur de l'enfant* », formule empruntée à l'article 3 de la CIDE, renforcent l'idée d'une évolution de la jurisprudence. L'arrêt du 3 octobre 2000²⁶⁵ précise que la Cour d'appel n'avait pas à vérifier la conformité d'une adoption, dont les conditions n'étaient pas réunies, à l'intérêt de l'enfant sur le fondement de la CIDE et de l'article 353 du Code civil. Une interprétation *a contrario* de la décision conduit à considérer qu'un tel contrôle serait imposé si les conditions de l'adoption étaient réunies. L'article 3 de la CIDE pourrait alors être reconnu d'effet direct. L'interprétation est hasardeuse, car le droit interne impose ce contrôle indépendamment du traité onusien. Toutefois, dans sa motivation de rejet, la Haute juridiction ne spécifie pas à quel texte, de droit interne ou international, elle rattache la notion d'intérêt de l'enfant. L'arrêt du 24 octobre 2000²⁶⁶ est plus explicite, puisqu'il se fonde sur l'intérêt supérieur de l'enfant afin de justifier la décision d'appel ayant suspendu le droit de visite d'un père. Pourtant, seul l'article 9 de la CEDH avait été évoqué. Ici, le droit interne ne permet pas d'asseoir une référence à « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » et cette formulation semble naturellement empruntée à l'article 3 de la CIDE, bien que la Haute juridiction ne l'affirme pas explicitement. D'ailleurs, le Président ANCEL, alors Rapporteur dans cette affaire, appuie cette interprétation de la décision, en affirmant qu'elle constitue « *une amorce d'assouplissement de la jurisprudence refusant tout effet direct à cette Convention qui, certes, pour l'essentiel de ses dispositions, ne contient que des engagements des Etats, mais dans laquelle il serait possible de discerner la reconnaissance, au profit des enfants, de droits et libertés susceptibles d'être invoqués directement devant les juridictions nationales* »²⁶⁷.

Ces dernières décisions attestent que l'effet direct de la CIDE constituait bien une question en voie « *de réexamen* »²⁶⁸. La première Chambre civile a assoupli sa jurisprudence de manière implicite, avant d'opérer un revirement explicite qui, à la lumière des dernières décisions abordées, n'en est peut-être pas totalement un.

69. Si ces décisions, amorces de revirement, ne procèdent pas du dialogue des juges, elles pourraient être rattachées à l'influence des hommes composant la juridiction de jugement. Le secret du délibéré interdit généralement de connaître la position de chaque juge. Toutefois, il arrive que certains membres s'expriment de façon indépendante, dans la presse juridique ou

²⁶⁵ Bull. civ. I, n°229, p 151 ; PA, 2 février 2001, n°24, p 19, note MASSIP (Jacques).

²⁶⁶ Bull. civ. I, n°262, p 170 ; RDSS janvier-mars 2001, p 151, n°10, observations MONEGER (Françoise); RTDCiv 2001, p 126, observations HAUSER (Jean).

²⁶⁷ ANCEL (Jean-Pierre), *La protection des droits de la personne dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation* in *La protection de la personne*, Rapport de la Cour de cassation 2000, La documentation française, 2001, Paris, p 55.

²⁶⁸ CHABERT (Cyril), *L'applicabilité de la Convention de New York sur les droits de l'enfant : une question en réexamen ?* RRJ, 1997, 2, p 615 ; *Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant*, JCP G, 2003, I, 129, p 761.

par la voie du Rapport annuel de la Cour de cassation²⁶⁹, alors même qu'ils ont participé à l'élaboration de la décision. Ces opinions illustrent la pensée du juge et permettent de déterminer l'influence qu'il a pu exercer sur la juridiction. Deux juges se sont exprimés sur les décisions de la première Chambre civile, le Conseiller MASSIP et le Conseiller ANCEL, désormais Président de cette formation. Il ne fait aucun doute que leur position au sein de la Cour a eu un impact important sur la justiciabilité de la CIDE. Le Conseiller MASSIP était Doyen exerçant la fonction de Président de la chambre qui a rendu les arrêts fondateurs du 10 mars 1993 et du 2 juin 1993. Par une note parue au Dalloz, il a commenté la décision, justifiant de l'absence d'effet direct du traité²⁷⁰. Sa position reste inchangée²⁷¹ et aujourd'hui encore, il critique le revirement opéré par la première Chambre civile²⁷². Parallèlement, il est troublant de noter que lors des arrêts infléchissant la position de la première Chambre civile, la formation avait pour Rapporteur le juge sous la Présidence duquel est opéré le revirement. En effet, le Président ANCEL était Conseiller rapporteur à l'occasion des arrêts du 25 juin 1996²⁷³ et du 24 octobre 2000²⁷⁴. Comme cela a déjà été précisé, il avait pris soin de commenter cette dernière décision dans le Rapport annuel de la Cour de cassation, précisant qu'elle pouvait s'interpréter comme une amorce de revirement, certains droits définis par la CIDE pouvant être reconnus d'effet direct²⁷⁵. Son arrivée à la Présidence de la première Chambre civile est marquée par le revirement opéré à l'égard du traité onusien²⁷⁶. En outre, Madame Cécile PETIT, dont les conclusions relatives à l'arrêt du 15 juin 2005 ont fait l'objet d'une parution²⁷⁷, tenait déjà le rôle d'Avocat général lors de l'arrêt du 24 octobre 2000²⁷⁸. La

²⁶⁹ SEVERIN (Evelyne), JEAMMAUD (Antoine), *Concevoir l'espace jurisprudentiel*, RTDCiv. 1993, p 91 (plus spécialement p 93). Selon ces auteurs, les membres des juridictions suprêmes « ...multiplient les "Codes" de lecture des arrêts ou les mises en garde devant tel ou tel excès interprétatifs..., ils jouent un rôle croissant dans le processus par lequel se produit la jurisprudence ». Sur cette question voir également LIBCHABER (Remy), *Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine*, RTDCiv. 2000, p 679 (plus spécialement p 681). Selon l'auteur, la Cour de cassation est « Plus qu'autrefois sensible à la réception de ses arrêts, elle intensifie les efforts pour expliciter le sens de sa jurisprudence mais toujours en dehors des arrêts ».

²⁷⁰ MASSIP (Jacques), note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 10 mars 1993, D, 1993, jurisprudence p 361.

²⁷¹ MASSIP (Jacques), *L'application par la Cour de cassation des conventions internationales récentes relatives à l'enfance*, PA 3 mai 1995, n°53, p 41 ; note sous arrêt de la première Chambre civile du 3 octobre 2000, PA, 2 février 2001, n°24, p 19.

²⁷² MASSIP (Jacques), note relative aux arrêts de la première Chambre civile du 18 mai 2005 et du 14 juin 2005, Répertoire Defrénois 2005, article 38230, p 1418.

²⁷³ Bull. civ. I, n°268, p 188.

²⁷⁴ Bull. civ. I, n°262, p 170.

²⁷⁵ ANCEL (Jean-Pierre), *La protection des droits de la personne dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation* in *La protection de la personne*, Rapport de la Cour de cassation 2000, La documentation française, 2001, Paris, p 55.

²⁷⁶ Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, pourvoi n°02-20.613 ; 14 juin 2005, pourvoi n°04-16.942 (disponibles sur le site internet de la Cour de cassation) ; 8 novembre 2005, pourvoi n°02-18360 ; 22 novembre 2005, pourvoi n°03-17912 (disponibles sur le site internet légifrance) et 7 avril 2006, pourvois n°05-11.285 et 05-11.286 (disponibles sur le site internet de la Cour de cassation).

²⁷⁷ PETIT (Cécile), Conclusions précédant l'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 14 juin 2005, JCP G. 2005, II, 10115, p 1573.

²⁷⁸ Op. Cit.

teneur de ses conclusions marque sa volonté de faire reconnaître l'effet direct de l'article 3§1 du traité.

70. La doctrine²⁷⁹ et certains juges semblent donc s'être ligüés contre la jurisprudence négatrice de l'effet direct de la CIDE prise dans sa globalité. Toutefois l'évolution, puis le revirement de jurisprudence, semblent procéder plus d'un rapport de force, se modifiant au gré des changements de composition de la première Chambre civile, que d'un véritable dialogue des juges. Cette sensation de confrontation est désagréable car si les oppositions au sein de la Cour ont permis d'aboutir à un salutaire revirement, le dialogue des juges aurait été tout aussi profitable, surtout s'il avait été enrichi d'échanges avec les organes supranationaux de contrôle.

B- L'absence de dialogue entre la Cour de cassation et les organes supranationaux de contrôle

71. La première Chambre civile et la Chambre sociale n'ont vraisemblablement pas évalué les répercussions que pouvaient engendrer leur interprétation globale négative de l'effet direct de la CIDE sur le plan international. En effet, leurs arrêts ont suscité les réactions du Comité des droits de l'enfant. La jurisprudence de la Cour de cassation a placé le gouvernement français dans l'embarras. Bien que la France soit un Etat moniste reconnaissant la primauté des traités internationaux, cette option constitutionnelle est limitée par la négation de l'effet direct. La distinction entre la transposition du droit international dans la doctrine dualiste et les mesures complémentaires d'exécution, nécessaires à la consécration des droits, dans l'hypothèse d'une négation pure et simple de l'effet direct de l'ensemble d'un traité, peut paraître tenue pour un observateur extérieur. Dès 1994, l'Experte espagnole auprès du CDE, Madame SANTOS PAÏS, s'est inquiétée des effets de la jurisprudence française sur l'effectivité des droits consacrés par la CIDE. Elle s'est demandée si cette jurisprudence signifiait « *...une modification du système dit moniste selon lequel les stipulations des accords internationaux sont introduits directement dans le droit français sans avoir à être retraduits, pour être applicables, en dispositions nationales* »²⁸⁰. Dans ses réponses, la France relève que les décisions de la Cour de cassation ne se réfèrent qu'à l'article 12 du traité onusien, ce qui semble en totale contradiction avec la réalité. Elle considère que les effets

²⁷⁹ RCDIP 1993, p 449, note LAGARDE (Paul) ; RDSS 1995, p 533, observations MONEGER (Françoise) ; RGDIP 1995, p 1051, note ALLAND (Denis) et les chroniques de NEIRINCK (Claire), MARTIN (Pierre-Marie), *Un traité bien maltraité. A propos de l'arrêt Le Jeune (Cass. Civ. 1^{re}, 10 mars 1993)*, JCP, G, 1993, I, 3677 ; RONDEAU-RIVIER (Marie-Claire), *La Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un traité mis hors jeu*, D 1993, chronique p 203 ; OLINGA (Alain-Didier), *L'applicabilité directe de la Convention internationale sur les droits de l'enfant devant le juge français*, RTDH, 1995, p 678 ; CHABERT (Cyril), *L'applicabilité de la Convention de New York sur les droits de l'enfant : une question en réexamen ?* RRJ, 1997, 2, p 615 ; *Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant*, JCP G, 2003, I, 129, p 761.

²⁸⁰ Site internet de l'ONU, document relatif au compte rendu analytique de la 139^{ème} séance, concernant la France, le 15 avril 1994 : CRCONTRECONTRESR.139, §39.

néfastes de ces décisions sont annihilés par l'entrée en vigueur de la loi du 8 janvier 1993, dont les dispositions permettent à l'enfant d'être entendu à l'audience et assisté par un avocat. Mais cette loi ne consolide que l'article 12 de la CIDE. Par conséquent, les inquiétudes de l'Experte espagnole sont totalement justifiées.

Ces travaux retranscrivent les difficultés rencontrées par le gouvernement afin de légitimer cette jurisprudence sur le plan international. Malgré les arguments avancés, le CDE, dans son rapport final du 25 avril 1994, renouvelle son inquiétude quant à la place de la CIDE dans l'ordre juridique interne, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation²⁸¹.

72. La Haute juridiction n'a pas pris en compte les observations du CDE, puisque la Chambre sociale a conforté la jurisprudence rendue par la première Chambre civile par l'arrêt du 13 juillet 1994²⁸². En outre, la formation instigatrice de cette interprétation a renouvelé sa jurisprudence à l'occasion de l'arrêt du 4 janvier 1995²⁸³. Cette attitude de la Cour de cassation procède d'une volonté, qui semble délibérée, de ne pas s'inscrire dans un dialogue constructif avec les organes supranationaux de contrôle. Il ne s'agissait pas, pour la Haute juridiction, d'opérer un revirement permettant à tous les droits consacrés de bénéficier d'un effet direct, mais bien de modifier son interprétation globale négative en faveur d'une démarche partielle plus adaptée au caractère objectif des droits de l'Homme. Enfin, onze années séparent les observations du CDE du premier véritable revirement de jurisprudence intervenu le 18 mai 2005²⁸⁴. Il est possible qu'avec le temps les Hauts magistrats aient été sensibles aux observations formulées par le CDE. Mais aucun élément tangible ne permet d'étayer cette argumentation.

73. En revanche, il semblerait que la Cour de cassation ait pris en compte la jurisprudence de la Cour EDH afin de procéder au revirement de jurisprudence. Les conclusions de l'Avocat général Cécile PETIT, remises à l'occasion de l'arrêt du 14 juin 2005, attestent de l'influence des juges européens. Cette affaire imposait une application coordonnée de la CIDE et de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, destinée à lutter contre l'enlèvement international d'enfant. Dans son avis, Madame PETIT propose que ce dernier texte soit appliqué en considération de la CIDE, notamment en ce qu'elle préserve l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle observe que l'effet direct de la CIDE doit être interprété disposition par disposition, selon la méthode partielle et affirme que la qualité de norme autoexécutoire peut être reconnue à l'article 3. Afin d'étayer son argumentation, Madame le Rapporteur s'appuie

²⁸¹ « ...Eu égard à l'article 55 de la Constitution de la France, cité dans le document de base soumis par l'Etat partie aux organes conventionnels, selon lequel les stipulations des accords internationaux sont directement applicables en France et peuvent être invoquées devant les juridictions nationales, le Comité souhaiterait que lui soit précisée la place exacte de la Convention relative aux droits de l'enfant dans le droit interne, en particulier compte tenu des décisions rendues récemment par la Cour de cassation à ce sujet » : Observations finales du Comité des droits de l'enfant, rapport de la France, 25 avril 1994, site internet de l'ONU, document CRCONTRECONTRE15/Add.20, §12.

²⁸² Bull. civ. V, n°236, p 161 ; BENHAMOU (Yves), JCP, G, 1995, II, n°22363, p 17.

²⁸³ Bull. civ. I, n°2, p 1, la disposition invoquée en l'espèce, était l'article 12 de la CIDE.

²⁸⁴ Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, pourvoi n°02-20.613 (disponible sur le site internet de la Cour de cassation).

sur la jurisprudence élaborée par la Cour EDH. Elle précise que la juridiction strasbourgeoise « ... s'érige en juge de la bonne application de la Convention de la Haye et rappelle à chaque fois la nécessité de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant ». Grâce à cet argument, elle attire l'attention de la Haute juridiction sur l'influence de la CIDE dans la jurisprudence européenne²⁸⁵.

74. En effet, dans son arrêt MARIE contre Portugal du 26 juin 2003²⁸⁶, la Cour EDH précise que les obligations positives de l'article 8 de la CEDH doivent s'interpréter à la lumière de la Convention de La Haye et de la CIDE²⁸⁷. Plus encore, dans son arrêt T. contre Royaume-Uni du 16 décembre 1999²⁸⁸, elle se réfère, au titre du droit international pertinent, non seulement aux dispositions conventionnelles de la CIDE mais également aux observations finales formulées par le CDE à l'égard de l'Etat défendeur. Elle note, en outre, la force obligatoire de la Convention onusienne pour la Haute Partie contractante²⁸⁹. A la lecture de ces décisions, les carences de la jurisprudence de la Cour de cassation se révèlent. Le juge européen considère que le traité doit être appliqué en droit interne, mais appuie également ses argumentations sur les travaux d'autres organes supranationaux de contrôle, alors qu'ils n'ont juridiquement aucune impérativité à son égard. Au contraire, la Cour de cassation, juridiction rattachée à l'Etat partie au traité, s'obstine à ne pas prendre en compte ces travaux afin de modifier sa jurisprudence.

75. La démarche de Madame le Rapporteur PETIT s'inscrit dans un dialogue entre la Cour de cassation et le juge européen, non à l'égard de l'application de la CEDH, mais en considération de l'influence de la CIDE sur la jurisprudence de la Cour EDH. L'autorité de la juridiction strasbourgeoise contribue à hisser la CIDE à la hauteur de la justiciabilité, alors même que le texte ne relève pas de la compétence du juge strasbourgeois. Ce raisonnement révèle que l'influence croisée des sources et des jurisprudences internes et internationales protectrices des droits de l'Homme a vraisemblablement profité au revirement favorable à une analyse partielle de l'effet direct de la CIDE. Il est toutefois regrettable que la Haute juridiction ait patienté aussi longtemps avant de procéder à un tel revirement, s'enfermant durant douze longues années dans une approche purement nationale de son interprétation.

76. Fort heureusement, si l'on excepte la Chambre sociale, qui n'a pas encore eu l'occasion de procéder à un salutaire revirement de jurisprudence, une convergence de toutes les formations de la Cour de cassation semble se dessiner en faveur d'une approche partielle de l'effet direct des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Toutefois, la mise en œuvre de cette interprétation est encore trop désordonnée pour fournir à la jurisprudence de la Haute juridiction une parfaite lisibilité.

²⁸⁵ PETIT (Cécile), Op. Cit. Spécialement p 1576.

²⁸⁶ Requête n°48206/99, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

²⁸⁷ §72 de l'arrêt.

²⁸⁸ Requête n°24724/94, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

²⁸⁹ §75 de l'arrêt.

Section II- La mise en œuvre désordonnée de l'approche partielle de l'effet direct du traité international protecteur des droits de l'Homme

77. La Cour de cassation semble retenir désormais une approche partielle de l'effet direct du traité international protecteur des droits de l'Homme. Le juge peut, ainsi, rechercher si chaque disposition conventionnelle soulevée au soutien du pourvoi réunit les conditions de l'effet direct. Si tel est le cas, le droit consacré par le traité bénéficiera d'une application dans deux hypothèses. S'il n'existe pas, en droit national, de texte équivalent, la disposition conventionnelle sera appliquée directement, puisque créatrice d'un droit inexistant dans l'ordre juridique français. Le plus souvent, le droit interne fera l'objet d'un contrôle de conventionnalité afin de vérifier s'il est conforme à la disposition conventionnelle. Si cette confrontation démontre une divergence, le texte national moins favorable sera évincé au bénéfice de la disposition conventionnelle. Ces mécanismes reflètent la mise en œuvre d'un effet direct vertical, garantissant au justiciable la possibilité de se prévaloir du traité à l'encontre du droit et des pratiques internes (§1). Toutefois, l'effet direct bénéficie d'une autre dimension, puisque les dispositions conventionnelles peuvent être soulevées à l'encontre d'un particulier ou un groupement privé qui les auraient violées. Il s'agit, alors, d'un effet direct horizontal²⁹⁰, pour l'instant découvert au bénéfice de certaines dispositions issues de la CEDH (§2).

§1- L'effet direct vertical de la disposition conventionnelle

78. La mise en œuvre de la méthode partielle de l'effet direct vertical permet d'identifier deux catégories d'arrêts. La première catégorie réunit les décisions à l'occasion desquelles la Cour de cassation détermine explicitement si la disposition conventionnelle est d'effet direct. La seconde intègre tous les arrêts où la Haute juridiction applique la disposition conventionnelle, sans spécifier explicitement son effet direct. Si les décisions issues de la première catégorie garantissent une interprétation aisée (A), tel n'est pas le cas de celles issues de la seconde catégorie, dont l'interprétation est plus hasardeuse (B).

A- L'interprétation de la jurisprudence explicite relative à l'effet direct d'une disposition conventionnelle

79. La jurisprudence révèle deux situations dans lesquelles les formations de la Haute juridiction abordent explicitement l'approche partielle de l'effet direct d'un traité. Si la Cour doit nier l'effet direct d'une disposition conventionnelle, elle le mentionnera clairement (1).

²⁹⁰ DE FONTBRESSIN (Patrick), *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations* in Liber Amicorum Marc André EISSEN, Bruylant, 1995, Bruxelles, p 157 ; SPIELMANN (Dean), *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, 1995, Bruxelles, p 30.

En outre, le revirement de jurisprudence, opéré par la première Chambre civile à l'égard de la CIDE, l'a conduit à reconnaître l'effet direct de certaines dispositions conventionnelles, ce qu'elle fait, le plus souvent, explicitement (2).

1- L'affirmation explicite support de la négation

80. Dans sa mise en œuvre de l'approche partielle, la Cour de cassation signale toujours explicitement la négation de l'effet direct de la disposition conventionnelle soulevée au soutien du pourvoi. Cette motivation est retenue pour la première fois par la Chambre criminelle, à l'occasion de l'arrêt rendu le 16 septembre 1997²⁹¹. La formation répressive considère que l'article 37 de la CIDE n'a pas vocation à jouer un effet direct.

81. Le raisonnement de la Chambre commerciale est identique puisque, dans un arrêt rendu le 25 juin 2005²⁹², elle procède à une interprétation partielle de l'effet direct du PIDESC. En l'espèce, des personnes assujetties à l'impôt de solidarité sur la fortune se plaignaient d'avoir dû verser des sommes supérieures à leurs revenus nets imposables. Ils avaient alors sollicité, auprès de l'administration fiscale, le dégrèvement de cet impôt. Leur réclamation avait été rejetée par l'administration et les juridictions du fond. Les justiciables forment alors pourvoi en cassation, invoquant l'article 11 du PIDESC. Ce texte reconnaît, dans son paragraphe 1, le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant et à une amélioration constante de ses conditions d'existence. La disposition conventionnelle semble programmatrice puisqu'elle impose aux Etats de prendre : « ... *des mesures appropriées pour assurer la réalisation de ce droit...* ». Le second paragraphe, relatif au droit à être préservé de la faim, paraît tout autant relever de la compétence des Etats, puisqu'il précise que les Hautes Parties contractantes : « *adopteront, individuellement et au moyen de la coopération internationale, les mesures nécessaires, y compris des programmes concrets...* ». Selon les demandeurs, en ponctionnant entre 40 et 85 % de leurs revenus annuels, la République avait entravé l'amélioration constante des objectifs posés par l'article 11 du PIDESC. La Haute juridiction rejette le pourvoi sur le fondement de l'absence d'effet direct de la disposition conventionnelle :

« ..., *Les dispositions de l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels du 16 décembre 1966, qui ne produisent pas d'effet direct dans l'ordre juridique interne, ne peuvent être utilement invoqués ; »*

Cet attendu démontre que, devant la Chambre commerciale, chaque disposition du traité sera analysée individuellement afin de déterminer si elle réunit les critères de l'effet direct. Ainsi, la formation économique de la Haute juridiction ne cède pas à la tentation de recourir à l'article 2 du PIDESC afin de nier globalement l'effet direct du traité, ainsi que se sont

²⁹¹ Bull. crim. n°244, p 806.

²⁹² Bull. civ. IV, n°16, p 15.

hasardé à le faire certaines juridictions étrangères²⁹³. Par conséquent, cette décision laisse entrouverte la porte de l'effet direct à d'autres droits consacrés par le PIDESC qui réuniraient les conditions exigées par le mécanisme de justiciabilité. La décision est donc rassurante à l'égard de la justiciabilité des droits sociaux, trop souvent contestée. En interprétant le PIDESC partiellement, au regard de l'unique disposition invoquée au soutien du pourvoi, la Haute juridiction adopte une analyse convergente à celle retenue par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, pour lequel certains droits sont d'effet direct²⁹⁴.

82. Dès lors que la Cour de cassation retient une interprétation négatrice de l'effet direct d'une disposition conventionnelle, sa motivation à l'égard de la justiciabilité doit être explicite. En effet, refuser l'effet direct revient à neutraliser l'applicabilité du texte. Par ricochet, la Haute juridiction ne répond pas à l'argumentation au fond développée par le demandeur au pourvoi. Afin de répondre au moyen, elle doit spécifier dans sa motivation que cette inapplicabilité résulte de l'absence d'effet direct.

83. L'analyse partielle explicite, telle qu'elle découle des décisions rapportées, suscite néanmoins deux critiques. La première s'attache à la motivation de la Cour de cassation. La Haute juridiction spécifie, certes très clairement, que la disposition conventionnelle est dénuée d'effet direct, mais n'explique pas quelles en sont les causes. Le mécanisme de justiciabilité réunissant deux critères, il serait opportun que la Cour précise si l'absence d'effet direct provient d'une interprétation de la volonté des parties et/ou si elle découle de l'absence de caractère autoexécutoire de la norme.

Par ailleurs, les deux dispositions conventionnelles, article 37 de la CIDE et 11 du PIDCP sont divisées en plusieurs paragraphes. Or, la Haute juridiction ne scinde pas la disposition conventionnelle en partie, dont chacune ferait l'objet d'un raisonnement distinct. Elle affirme que les « dispositions » de l'article 37 de la CIDE ou 11 du PIDESC sont dépourvues d'effet direct. Il semblerait que, dans sa mise en œuvre de l'approche partielle, la Cour de cassation rétablisse au sein de chaque disposition une forme d'interprétation globale de l'effet direct.

2- L'affirmation explicite au renfort du revirement

84. Après de nombreuses années d'incertitudes, la première Chambre civile a procédé à un "véritable" revirement de jurisprudence. Il devait être formulé en des termes explicites afin d'ôter tout doute de l'esprit de la communauté juridique. Elle opte pour la méthode partielle d'interprétation de l'effet direct et reconnaît ce caractère à plusieurs dispositions de la Convention onusienne protectrice des droits de l'enfant.

²⁹³ Sur la jurisprudence Suisse, voir : Groupe d'Information et de Soutien des Immigrés, *La protection sociale des étrangers par les textes internationaux*, GISTI, les cahiers juridiques, p 36 et suivantes.

²⁹⁴ Observation générale n°3, relative à la nature des obligations des Etats parties (article 2§1 du PIDESC), §5, 51^{ème} session, document E/1991/23; Observation générale n°9, relative à l'application du PIDESC au niveau national, §4 et 11, 19^{ème} session, document E/1999/22, disponibles sur le site internet de l'ONU.

85. L'intérêt supérieur de l'enfant, centre des incertitudes soulevées par la jurisprudence précédemment abordée, offre à la première Chambre civile l'opportunité de reconnaître l'effet direct de l'article 3§1 de la CIDE. Par un arrêt du 18 mai 2005²⁹⁵, la Haute juridiction, sans aborder frontalement la question de l'effet direct, casse une décision d'appel au visa des articles 3§1 et 12§2 de la CIDE, relevés d'office. Une enfant, issue de parents de nationalités différentes, avait par lettre transmise à la Cour d'appel, demandé à être entendue par les juges du fond qui devaient se prononcer sur le lieu de sa résidence. Il n'avait pas été fait suite à sa demande. La première Chambre civile considère que cet arrêt n'est pas conforme aux exigences conventionnelles posées par la CIDE. Les décisions relatives à l'enfant doivent être prises en considération de son intérêt supérieur. Le mineur dispose également du droit d'être entendu. Il est notable que la Haute juridiction appelle au soutien de sa décision l'article 12§2 du traité onusien, alors même que les articles 388-1 du Code civil et 338-1 et 2 du NCPC permettaient de satisfaire au droit de l'enfant d'être entendu. En appliquant les dispositions conventionnelles, la première Chambre civile leur fait jouer un effet direct. Elle opère un revirement flagrant en considération de l'arrêt LEJEUNE, à l'occasion duquel les mêmes textes étaient invoqués. Pourtant, si l'effet direct de l'article 12§2 de la CIDE ne soulève pas de difficultés, en revanche l'intérêt supérieur de l'enfant est un concept relativement flou. Toutefois, la démarche de la première Chambre civile est adaptée aux exigences posées par le traité qui précise qu'il revient particulièrement aux tribunaux, dans leurs décisions, de prendre en compte cet intérêt supérieur. Dès lors, l'enfant dispose d'un véritable droit s'imposant aux juridictions nationales comme une obligation de le prendre en considération. D'ailleurs, l'effet direct de l'article 3§1 découle également d'un arrêt de rejet, rendu le même jour, à propos du droit de visite accordé à un transsexuel, qui au titre de la vérité biologique avait vu sa reconnaissance de paternité contestée²⁹⁶. La Haute juridiction considère que ce droit de visite est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant.

86. Les deux décisions illustrent également la démarche de la Haute juridiction. A n'en point douter, la Première chambre civile opte pour une analyse disposition par disposition de l'effet direct. Toutefois, les termes "d'effet direct" ne sont pas employés par la Cour. Certes, la justiciabilité découle de l'application effective des dispositions conventionnelles fondant la décision. Lorsque l'effet direct de la disposition conventionnelle est admis, le raisonnement de la Cour peut être implicite puisqu'il aboutit à la mise en oeuvre du traité. Cependant, après plusieurs années d'incertitudes, la solution méritait d'être explicite. Cet effet direct de l'article 3§1 s'impose avec plus d'évidence dans l'arrêt rendu par la première Chambre civile le 14

²⁹⁵ Bull. civ. I, n°212, p 180 ; GP du 3 au 5 juillet 2005, jurisprudence p 9, COURDIER-CUISINIER (Anne-Sylvie) ; D 2005, jurisprudence p 1909, note EGEA (Vincent) ; JCP G 2005, II, 10081, note GRANET-LAMBRECHTS (Frédérique) ; Répertoire Defrénois 2005, jurisprudence 38230, p 1418, note MASSIP (Jacques) ; JCP G 2005, II, 10115, p 1573, avec les Conclusions de l'Avocat général PETIT (Cécile) et la note de CHABERT (Cyril) ; RTDCiv. 2005, p 750, observations REMY-CORLAY (Pauline).

²⁹⁶ Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, Bull. civ. I, n°211, p 179.

juin 2005²⁹⁷. Dans cette décision de rejet relative à la résidence d'une enfant issue de parents de nationalités différentes, la Cour incorpore un chapeau affirmant explicitement l'effet direct de l'article 3§1 du traité. Cette incise indique que l'arrêt de rejet est néanmoins de principe²⁹⁸ :

« ... ; qu'en vertu de l'article 3,1, de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant, disposition qui est d'application directe devant la juridiction française, ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant »

Aucune ambiguïté dans la jurisprudence de la première Chambre civile ne peut être relevée. Quant à l'approche partielle, elle se déduit de l'emploi du singulier en référence unique à la disposition conventionnelle ; quant à l'effet direct il est explicitement reconnu à l'article 3§1. La Première chambre civile réemploie cette formule à l'identique, lors d'un arrêt du 13 juillet 2005²⁹⁹, relatif à des faits similaires.

87. Par deux arrêts du 8 et du 22 novembre 2005³⁰⁰, la même formation applique une nouvelle fois les articles 3§1 et 12§2. Elle assoit sa jurisprudence à l'égard des textes sans revenir sur la question de l'effet direct. Il est pourtant regrettable qu'elle n'ait pas usé, à l'égard de l'article 12§2, d'une formule spécifiant explicitement l'effet direct de la disposition conventionnelle.

88. Enfin, par un arrêt du 7 avril 2006³⁰¹, la première Chambre civile se prononce en faveur de l'effet direct de l'article 7§1 de la CIDE, relatif au droit de connaître ses parents et d'être, dans la mesure du possible, élevé par eux. Le père naturel d'un enfant né sous X avait été placé dans l'impossibilité de faire établir son lien de filiation, alors même que son descendant avait été identifié avant le consentement à l'adoption. La Haute juridiction casse l'arrêt d'appel sur le fondement du droit interne relatif à la reconnaissance, à l'accouchement sous X et à l'adoption (textes qui auraient sans doute suffi à motiver la solution) mais en faisant précéder au visa l'article 7§1 du traité onusien, relevé d'office, dont elle reconnaît explicitement l'effet direct :

²⁹⁷ Bull. civ. I, n°245, p 207 ; Répertoire Defrénois 2005, jurisprudence 38230, p 1418, note MASSIP (Jacques); JCP G 2005, II, 10115, p 1573, avec les Conclusions de l'Avocat général PETIT (Cécile) et la note de CHABERT (Cyril) ; COURBE (Patrick), *L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant*, D 2006, doctrine p 1487 ; RTDCiv. 2005, p 750, observations REMY-CORLAY (Pauline) ; GP du 11 au 13 septembre 2005, jurisprudence p 6, note SALAME (Georgette).

²⁹⁸ MASSIP (Jacques), Op. Cit. Spécialement p 1423.

²⁹⁹ Bull. civ. I, n°334, p 276.

³⁰⁰ Pourvois n°02-18.360 et 02-17.912, disponible sur le internet Légifrance (publiés au bulletin) ; D 2006, jurisprudence p 554, note BOULANGER (François).

³⁰¹ Pourvois n°05-11.285, 05-11.286, disponible sur le site internet de la Cour de cassation (publié au bulletin) ; D 2006, IR p 1065, observations GALLMEISTER (I.) ; MALLET-BRICOURT (Blandine), *Droit du père et accouchement sous X : la Cour de cassation prend position*, Tribune, D 2006, p 1177 ; RTDCiv. 2006, p 273, observations REMY-CORLAY (Pauline) ; REVEL (Janine), *Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père*, D 2006, Chronique p 1707.

« Attendu que, selon le premier de ces textes, applicable directement devant les tribunaux français, l'enfant a, dès sa naissance et dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents ; ... »

Ce nouvel arrêt informe davantage sur la méthode que semble retenir la première Chambre civile. Elle affirme explicitement l'effet direct de la disposition conventionnelle lors du premier litige. Ainsi, elle tranche cette question par des arrêts de principe et peut à l'avenir appliquer directement le droit, admettant implicitement son effet direct. Cette méthode retenue à l'égard de l'article 3§1 sera sans doute transposée à l'article 7§1. Si telle est l'approche de la première Chambre civile, il faut s'en féliciter car elle sert la lisibilité de la jurisprudence. Pour plus de clarté, la motivation explicite à l'égard de l'effet direct ne doit pas simplement intervenir à l'occasion d'arrêts le rejetant.

89. L'approche partielle de l'effet direct semble consacrée par la première Chambre civile. Aujourd'hui, trois articles du traité onusiens sont considérés avec certitude d'effet direct, par une formation de la Haute juridiction. Cette jurisprudence novatrice est d'autant plus révélatrice d'une volonté d'appliquer le traité qu'elle a été provoquée par le relevé d'office des dispositions conventionnelles. Elle précise efficacement la justiciabilité de ce texte et garantit une interprétation aisée de la jurisprudence. Tel n'est pas le cas de la jurisprudence n'abordant pas explicitement la question de l'effet direct des dispositions conventionnelles soulevées au soutien du pourvoi.

B- L'interprétation de la jurisprudence implicite relative à l'effet direct d'une disposition conventionnelle

90. Les décisions jusqu'alors rapportées ne constituent qu'une petite minorité des arrêts soulevant une question de justiciabilité. En effet, cette dernière est souvent déduite d'une jurisprudence implicite. Ainsi, l'application du traité, le plus souvent dans le cadre du contrôle de conventionnalité, suggère l'effet direct (1). En outre, une analyse plus hypothétique des moyens irrecevables inspire une admission éventuelle de l'effet direct de certaines dispositions conventionnelles (2).

1- L'effet direct déduit du contrôle de conventionnalité

91. La plupart des décisions n'abordent pas frontalement la question de l'effet direct du traité international protecteur des droits de l'homme, elles l'appliquent tout simplement. Ainsi, la justiciabilité est le plus souvent déduite du contrôle de conventionnalité. Cette analyse, découlant de l'application de la CEDH, peut être retenue à l'égard de tous les droits civils et politiques, particulièrement ceux issus du PIDCP (a). Par assimilation, il est tentant

de transposer le raisonnement aux décisions qui paraissent appliquer certains droits économiques, sociaux et culturels tirés du PIDESC (b).

a) Les quasi-certitudes découlant de la jurisprudence relative aux droits civils et politiques

92. Les formations civiles de la Cour de cassation n'ont pas emprunté, dans leurs arrêts fondateurs, le même raisonnement que la Chambre criminelle. Dans leur jurisprudence, l'effet direct de la disposition conventionnelle invoquée au soutien du pourvoi est reconnu implicitement par la voie du contrôle de conventionnalité. Comme cela a été précisé, opérer un tel contrôle suppose l'admission de l'effet direct, seul mécanisme garantissant actuellement la justiciabilité du traité international protecteur des droits de l'Homme dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

93. Une seule décision ambiguë peut être identifiée. Il s'agit de l'arrêt rendu le 1^{er} octobre 1986, par la première Chambre civile, dans l'affaire dite "Fleur de Marie"³⁰². Les parents considéraient que la loi du 11 germinal an XI, en ce qu'elle autorise l'officier d'Etat civil à s'opposer au choix d'un prénom qui nuirait à l'intérêt de l'enfant, serait contraire aux articles 8, 9 et 14 de la CEDH. La Haute juridiction rejette le pourvoi. Selon elle, la loi interne n'est pas contraire aux dispositions conventionnelles «... *qui se bornent à poser des principes généraux*³⁰³ relatifs au respect de la vie privée et familiale, à la liberté de conscience et à l'interdiction des discriminations entre individus ; »

En l'espèce, la Cour procède à un contrôle de conventionnalité, supposant qu'elle a admis, au préalable, la justiciabilité des dispositions de la CEDH. Pourtant, ses motifs conduisent à penser que les droits consacrés par la CEDH sont inapplicables³⁰⁴. En effet, la condition objective de l'effet direct implique que les dispositions conventionnelles ne se contentent pas de poser des « *principes généraux* », mais qu'elles définissent des droits clairs et précis, rendant leurs applications techniquement possibles, sans que des mesures complémentaires d'exécution soient nécessaires. En estimant que la CEDH ne consacre que des « *principes généraux* », la Cour conteste la création de droits revêtant un effet direct. Pourtant, la négation de ce caractère autoexécutoire est inconciliable avec le contrôle de conventionnalité qui permettra éventuellement l'éviction du droit interne et la substitution des dispositions

³⁰² Bull. civ. I, n°232, p 222.

³⁰³ Souligné par nous.

³⁰⁴ COUSSIRAT-COUSTERE (Vincent), *Convention européenne des droits de l'homme et droit interne : primauté et effet direct* in *La Convention européenne des droits de l'homme*, Actes de la journée d'étude du 16-11-1991, sous la direction de Louis-Edmond PETTITI, Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Pierre LAMBERT, Didier DURAND et Marc-André EISSEN, Collection droit et justice, Nemesis, 1992, Bruxelles, p 11.

conventionnelles au titre de la primauté³⁰⁵. Cette obscure décision ne trouve pas d'écho dans la jurisprudence antérieure et postérieure de la Cour de cassation qui admet, de manière constante, l'effet direct des dispositions invoquées³⁰⁶.

94. En revanche, cette interdépendance entre l'effet direct et le contrôle de conventionnalité est constatée à la lecture de l'arrêt rendu par la première Chambre civile le 15 novembre 1989³⁰⁷. Certaines juridictions du fond considéraient que les dispositions conventionnelles issues de la CEDH ne revêtaient pas un effet direct³⁰⁸. Telle a été, en particulier, la position de la Cour d'appel de Bordeaux à l'occasion d'un arrêt rendu le 23 octobre 1987³⁰⁹. En l'espèce, deux avocats souhaitaient que l'instance disciplinaire dirigée contre eux se déroule en audience publique et invoquaient l'article 6 de la CEDH. La juridiction du second degré n'accède pas à leur demande et articule sa motivation autour de deux arguments. Dans un premier temps, elle exclut la primauté en s'appuyant, ainsi que l'y invite l'article 55 de la Constitution, sur l'absence de réciprocité pour, dans un second temps, nier la justiciabilité de la CEDH « ... *qui ne constitue qu'une déclaration d'intention à l'égard des Etats signataires afin que ceux-ci alignent leur législation interne sur les principes généraux énoncés dans le document* ». De manière assez contradictoire, la Cour d'appel prend soin de justifier l'absence de publicité des débats au regard des exceptions posées par la disposition conventionnelle³¹⁰.

Cette motivation est censurée par la Haute juridiction qui casse la décision au visa du droit conventionnel au procès équitable. Selon elle, la Cour d'appel « ... *aurait dû rechercher si la publicité des débats de la procédure disciplinaire dirigée contre MM. Lalanne et Sutter était de nature à porter atteinte aux intérêts protégés par l'article 6, alinéa 1...* ». En effet, la juridiction du fond aurait dû procéder à une appréciation *in concreto* de la conventionnalité de la procédure. La Haute juridiction relève donc le caractère erroné de la motivation de la Cour d'appel et fonde sa propre solution sur le seul article 6. Elle fait ainsi valoir la primauté du texte international, tout en passant sous silence la question de l'effet direct. Toutefois, en s'appuyant sur la disposition conventionnelle, elle admet nécessairement sa justiciabilité et le caractère autosuffisant d'une norme d'effet direct.

³⁰⁵ Ainsi, le Conseiller DESPORTES considère que le contrôle de conventionnalité constitué une modalité de mise en œuvre de la primauté : DESPORTES (Frédéric), *La protection, par les juridictions judiciaires, des droits et libertés proclamés par la convention européenne des droits de l'homme*, BICC n°573, 15 mars 2003.

³⁰⁶ 1^{re} civ. 29 février 1984, Bull. civ. I n°84, p 67 ; 4 juin 1985, Bull. civ. I n°178, p 161 ; 7 juin 1988, Bull. civ. I n°176, p 122 ; 31 janvier 1990, Bull. civ. I n°29, p 20.

³⁰⁷ Bull. civ. I, n°346, p 233 ; JDI, 1990, Vol II, p 611, avec la note de JULIEN-LAFERRIERE (François).

³⁰⁸ CA Bordeaux 23 octobre 1987, JDI, 1990, Vol II, p 611, avec la note de JULIEN-LAFERRIERE (François) ; CA Paris 29 février 1980, Gaz. Pal. 1980, Jurisprudence p 697, note JUNOSKA ZDROJEWKI (Georges).

³⁰⁹ JULIEN-LAFERRIERE (François), Op. Cit.

³¹⁰ « *Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès à 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 .* »

95. Cette décision informe concrètement sur la méthodologie employée par la Haute juridiction. L'effet direct n'est pas interprété explicitement mais se déduit de l'application directe et/ou du contrôle de conventionnalité. Cette démarche suggère, selon Cyril CHABERT, que la Haute juridiction reconnaît une présomption d'effet direct au traité³¹¹. Il est vrai que les premières applications de la CEDH, par les Chambres civiles, s'inscrivent dans cette approche et ne sont pas démenties par la jurisprudence ultérieure.

96. Ainsi, la Chambre commerciale, par un arrêt du 17 mars 1981³¹² procède au contrôle de conventionnalité de l'article 101 du décret de 1967 organisant la faillite personnelle au regard de l'article 6 de la CEDH. Par un attendu dont la motivation est lapidaire³¹³, elle constate la conformité du droit national à la disposition conventionnelle invoquée. Ainsi, ce contrôle suggère le caractère d'effet direct de l'article 6.

La première Chambre civile illustre sa première application du traité par une cassation au visa de la CEDH et du PIDCP. L'arrêt du 26 avril 1983³¹⁴ offre une réponse initiale au déferlement des pourvois développés par les médecins à l'encontre des Conseils de l'ordre³¹⁵. Ces derniers se heurtaient au refus de paiement des cotisations ordinaires. Selon les praticiens, les positions prises par les Conseils de l'ordre ne correspondaient plus à leurs idéologies. Ils devaient donc pouvoir s'affranchir de l'adhésion obligatoire, telle qu'imposée par les articles L.381 et L.410 du Code de la santé publique³¹⁶. Le Tribunal d'instance du 18^{ème} arrondissement de Paris avait, sur le fondement des articles 9 de la CEDH 18 du PIDCP, tous deux relatifs à la liberté de pensée, de conscience et de religion, débouté le Conseil de l'ordre des médecins de la ville de Paris. Cette décision est cassée par la première Chambre civile au visa de ces mêmes textes, violés, selon elle, par fausse application. En constatant la compatibilité entre droit interne et traités internationaux, la formation reconnaît l'effet direct du traité. Le contentieux illustre une constante opposition entre les juridictions du fond³¹⁷ et la Cour de cassation³¹⁸,

³¹¹ CHABERT (Cyril), note relative aux arrêts de la Première Chambre civile du 18 mai 2005 et du 14 juin 2005, JCP G. 2005, II, 10115, p 1573 (plus spécialement p 1578).

³¹² Com. 17 mars 1981, Bull. civ. IV, n°147, p 115. De manière identique, la Chambre commerciale procède au contrôle de conventionnalité de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 au regard de l'article 6, par deux arrêts du 20 novembre 1984. Elle constate, de manière tout aussi elliptique : « ...que les dispositions de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 ne sont pas contraires à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme » : Bull. civ. IV, n°315, p 256 et pourvoi n°83-15.780, juridique Lamy Cour de cassation.

³¹³ ESTOUP (Pierre), *La convention européenne des droits de l'homme et le juge français*, Gaz. Pal. Du 8 février 1990, Doctrine, p 110 ; GARAUD (Eric), *La jurisprudence commerciale française face aux interprétations de la CEDH délivrées par le juge européen in CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD, La documentation française, 2001, Paris, p 126.

³¹⁴ Bull. civ. I, n°133 ; Gaz. Pal., 1983, II, p 600, note DORSNER-DOLIVET et SCÉMAMA ; RDSS, 1984, p 49, note DUBOUIS (Louis).

³¹⁵ Voir par exemple : 1^{re} civ. 29 février 1984, Bull. civ. I, n°84, p 67 ; 4 juin 1985, Bull. civ. I, n°178, p 161. L'interrogation de la base de données du cédérom juridique Lamy de la Cour de cassation permet de recenser que pour la seule année 1985, ce contentieux a fait l'objet de plus d'une quarantaine de pourvois.

³¹⁶ JCP, 1987, II, 20750 avec les conclusions de GAUTHIER (Pierre).

³¹⁷ Voir par exemple : Tribunal d'instance de Lisieux, décision du 4 octobre 1982, RDSS, 1984, p 49, note DUBOUIS (Louis).

opposition qui pousse cette dernière à statuer en Assemblée plénière le 7 novembre 1986³¹⁹ dans le même sens que la première Chambre civile.

97. Nombreux sont les arrêts de rejet ou de cassation dont il est possible de déduire l'admission de l'effet direct de la CEDH. Pour ne citer que les premières décisions des différentes formations de la Cour de cassation, il convient de retenir les arrêts de la deuxième Chambre civile du 5 juin 1985³²⁰, de la Chambre sociale du 18 janvier 1989³²¹ et de la troisième Chambre civile du 27 février 1991³²².

98. La jurisprudence relative au PIDCP est particulièrement représentative de cette démarche. La Haute juridiction applique le traité³²³ sans mettre en lumière, explicitement, l'effet direct de la disposition conventionnelle soulevée au soutien du pourvoi. Une seule décision précise plus clairement l'effet direct, par le jeu d'une opposition entre la DUDH et le Pacte. Il s'agit de l'arrêt rendu par la Chambre sociale le 22 janvier 1998³²⁴. En l'espèce, un demandeur de nationalité ivoirienne s'était vu refuser le bénéfice de l'allocation pour adulte handicapé. Il considérait que le droit interne était discriminatoire et contredisait les articles 22 de la DUDH et 26 du PIDCP. Les juges du fond avaient nié le caractère d'effet direct des deux dispositions, correspondant, selon elle «... à des objectifs généraux vers lesquels les Etats doivent tendre, que toutefois, ils ne sont pas créateurs de droits susceptibles d'être directement exercés par les citoyens des Etats et appliqués par les juridictions internationales ». Saisie du pourvoi, la Chambre sociale opère une distinction entre la résolution de Nations Unies et le traité :

« Mais attendu, d'abord, que l'arrêt énonce à bon droit que la Déclaration universelle des droits de l'homme proclame des objectifs généraux vers lesquels les Etats doivent tendre, mais qu'elle n'est pas créatrice de droits susceptibles d'être directement invoqués devant les juridictions nationales ;

³¹⁸ Monsieur l'Avocat général Pierre GAUTHIER évoquait : « *La résistance obstinée de plusieurs tribunaux d'instance qui refusent de s'incliner devant la jurisprudence de la Cour de cassation* », JCP, 1987, II, 20750.

³¹⁹ Bull AP, n°12, p 21 ; JCP, 1987, II, 20750, note PENNEAU (Jean).

³²⁰ Bull. civ. II, n°111, p 74 : dans cet arrêt de rejet la Cour indiquait que l'utilisation à titre de preuve du constat d'adultère dans une procédure de divorce n'était pas contraire, comme le prétendait l'époux, à l'article 8 de la CEDH.

³²¹ Bull. civ. V, n° 47 et 48. Par ces deux arrêts, l'un de rejet, l'autre de cassation partielle, la Cour constatait la conformité des dispositions internes relatives au remboursement par l'employeur des indemnités de chômage versées par les ASSEDIC, avec les articles 6 de la CEDH et 14 du PIDCP soulevés par l'employeur. Il convient, relativement à ces décisions, de noter la précision avec laquelle la Chambre sociale a procédé, de manière très argumentée, au contrôle de conventionnalité.

³²² Bull. civ. III, n°67, p 39 : la Cour procède ici au contrôle de conventionnalité du décret du 30 septembre 1953 relatif au renouvellement du bail commercial au regard l'article 1 du protocole additionnel 1 invoqué par le demandeur au pourvoi.

³²³ GUINCHARD (Serge), *L'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques par le juge judiciaire in La France et le PIDCP*, actes du colloque des 4 et 5 juin 1999, n° spécial des PA, 25 mai 2000, n°104, p 23.

³²⁴ Bull. civ. V, n°31, p 23.

Et attendu, ensuite, que l'article 26 du Pacte international de New York du 19 décembre 1966, qui prohibe toute discrimination d'origine nationale, ne saurait être interprété comme interdisant toutes les conditions de nationalité auxquelles la loi subordonne l'obtention d'un droit ».

La DUDH ne produit pas d'effet direct dans l'ordre juridique interne. Sur ce point, les solutions retenues par la juridiction du fond et par les juges du droit convergent. Toutefois, la Haute juridiction se distingue de la motivation empruntée par la Cour d'appel à l'égard du PIDCP. Pourtant, elle n'aborde pas explicitement la question de la justiciabilité. Elle se contente de confronter le droit national et l'article 26 afin d'aboutir à un constat de conformité. Elle interprète la disposition conventionnelle, lui laissant produire un effet direct.

99. Pourquoi la Cour de cassation n'aborde t-elle pas explicitement la question de l'effet direct des dispositions issues du PIDCP ? La réponse à cette question est probablement liée au caractère civil et politique des droits consacrés par le traité onusien et à leurs similitudes avec ceux définis par la CEDH. Il semblerait que le statut privilégié accordé à la Convention, dans la jurisprudence de la Haute juridiction, ait bénéficié au PIDCP. Les dispositions du traité onusien, surtout lorsqu'elles sont convergentes³²⁵, sont très souvent soulevées conjointement à la CEDH³²⁶. Il est en quelque sorte aspiré par la Convention qui propage sa justiciabilité. Tel est le cas dans le contentieux relatif à l'adhésion à l'ordre des médecins, étudié précédemment, où la conventionnalité est analysée conjointement au regard du PIDCP et de la CEDH. De la même manière, la première Chambre civile, dans son arrêt du 28 novembre 1984³²⁷ en cassant la décision d'appel, rendue sur le fondement des articles 2§2 du Protocole additionnel n°4 de la CEDH et 12§2 du PIDCP, reconnaît implicitement l'effet direct des dispositions. En l'espèce, elle constate que le retrait de passeports d'individus débiteurs du trésor heurte les dispositions conventionnelles, en ce qu'elles garantissent également le droit de quitter le territoire³²⁸.

100. Cette identité des deux instruments internationaux profite à la justiciabilité du PIDCP, mais nuit à sa spécificité car il est assez rare de rencontrer des pourvois invoquant seulement le traité onusien. Néanmoins, le PIDCP est de plus en plus fréquemment invoqué

³²⁵ Sur la convergence des deux traités : MODINOS (Polys), *Coexistence de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte des droits civils et politiques des Nations Unies*, Revue des droits de l'homme, Vol I, 1968, p 41 ; COHEN-JONATHAN (Gérard), *Les rapports entre la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques in Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Colloque de la SFDI, mai 1976, Pedone, 1977, Paris, p 21 ; du même auteur : *La France, la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques in La France et le PIDCP*, colloque des 4 et 5 juin 1999, n° spécial des PA, 25 mai 2000, n°104, p 39.

³²⁶ GUINCHARD (Serge), Op. Cit. Plus spécialement p 23.

³²⁷ Bull. civ. I, n°321, p 272, arrêt n°2.

³²⁸ GAVALDA (Christian), note sous arrêts de la première Chambre civile du 28 novembre 1984, D. 1985, Jurisprudence p 313 ; LOMBARD (Martine), note sous arrêts de la première Chambre civile du 28 novembre 1984, JCP 1986, II, n°20600.

indépendamment³²⁹. Parfois également, le justiciable s'appuie sur les deux traités mais en articulant son argumentation autour de dispositions garantissant des droits différents³³⁰. Il semblerait donc qu'après avoir étouffé le traité onusien, la CEDH ait, finalement, contribué à sa diffusion. Affranchi de la tutelle européenne, le PIDCP peut désormais prospérer de manière autonome.

101. La deuxième Chambre civile semble également emprunter la voie de l'implicite à l'égard de l'effet direct de la CIDE, dans un arrêt rendu le 7 juillet 2005 et publié au bulletin³³¹. En l'espèce, la violation de l'article 3§1 est soulevée dans une affaire de récusation. La Haute juridiction se contente de rejeter le pourvoi, après avoir spécifié que la Cour d'appel avait recherché l'existence d'une éventuelle cause de récusation. Elle garantissait, ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant. Aucune référence explicite à la disposition conventionnelle ou à son effet direct n'est retenue dans les motifs. Toutefois, en vérifiant que la juridiction du fond a préservé l'intérêt supérieur de l'enfant, la Cour paraît emboîter le pas à la première Chambre civile, en reconnaissant, au moins implicitement, l'effet direct de l'article 3 de la CIDE.

102. Le raisonnement, consistant à déduire l'effet direct de l'application d'une disposition conventionnelle, n'est pas très déconcertant lorsqu'il s'agit du PIDCP. En effet, consacrant de droits civils et politiques, il n'y a pas lieu de distinguer entre sa justiciabilité et celle de la CEDH. Une jurisprudence implicite suffit donc à satisfaire l'observateur. Cette analyse devient plus problématique lorsqu'il s'agit de tirer les conséquences de l'application d'un traité, comme le PIDESC, dont la justiciabilité est plus souvent remise en question.

b) La transposition du raisonnement à la jurisprudence relative aux droits économiques, sociaux et culturels

103. Les droits économiques sociaux et culturels sont souvent qualifiés de droits simplement programmatoires ou programmatiques³³². Cette « *seconde génération de droits de l'homme* »³³³ impliquerait simplement l'obligation positive de l'Etat de réaliser au mieux les

³²⁹ Civ. 1^{re}, 27 novembre 1984, pourvoi n°83-16.103 ; Crim. 6 février 1997 (article 14 du PIDCP), pourvoi n°95-85.050 ; 13 mai 98 (article 12 du PIDCP), pourvoi n° 98-80.991 ; Soc. 30 mars 1994 (article 14 du PIDCP), pourvoi n°90-41.972 ; Com. 18 juin 1996 (article 14-3g du PIDCP), pourvoi n°94-17.312 ; Crim 4 janvier 2005 (articles 9, 14 et 15 du PIDCP), Bull. crim. n°1, p 1 ; Soc. 6 juillet 2005 (article 26 du PIDCP), Bull. civ. V, n°236, p 206 ; Crim. 18 janvier 2006 (article 15 du PIDCP), pourvoi n°05-83127 (inédit) : arrêts disponibles sur le site internet Légifrance.

³³⁰ Civ. 3^{ème}, 17 décembre 1997 où sont invoquées l'article 8 de la CEDH relatif à la vie privée et 26 du PIDCP consacrant un droit autonome à la non-discrimination, D 1998, jurisprudence p 111, avec les conclusions de Jean-François WEBER, Avocat général et la note de Jean-Luc AUBERT.

³³¹ Bull. civ. II, n°188, p 166.

³³² JACOBS (Nicolas), *La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels*, RBDI, 1999, I p 19.

³³³ CAPITANT (David), *A propos de la protection des droits économiques et sociaux en France in Les droits individuels et le juge en Europe*, Mélanges en l'honneur de Michel FROMONT, PU de Strasbourg, 2001, Strasbourg, p 127.

objectifs posés par le traité³³⁴. Dénués d'effet direct, ces droits ne seraient pas soumis au contrôle du juge³³⁵. Pourtant, « *les droits sociaux sont justiciables !* »³³⁶ et certaines dispositions conventionnelles pourraient être reconnues d'effet direct³³⁷ par la Cour de cassation. En transposant le raisonnement appliqué aux droits civils et politiques, il est possible de considérer que divers droits issus du PIDESC, à l'égard desquels le contrôle de conventionnalité a été mis en œuvre, sont d'effet direct.

Dans un arrêt du 15 octobre 1991, la Chambre criminelle³³⁸ contrôle la conventionnalité de l'article L 221-5, relatif au repos hebdomadaire, avec les articles 6 et 7 du PIDESC.

« Attendu qu'il ne saurait être fait grief à la Cour d'appel d'avoir écarté l'argumentation du prévenu concernant l'incompatibilité des prescriptions de l'article L 221-5 du Code du travail imposant le repos dominical des salariés, et de celles des articles 6 et 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; que ces derniers textes, qui reprennent la teneur des articles 23 et 24 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, prévoient la reconnaissance du droit du travail, mais disposent aussi que toute personne doit pouvoir exercer ce droit dans des conditions assurant notamment le repos, les loisirs ainsi que la limitation de la durée du travail, et que l'article L 221-5 précité n'est nullement contraire à ces dispositions »

De même, dans trois décisions du 17 mai 2000³³⁹, du 25 septembre 2001³⁴⁰ et du 30 janvier 2001³⁴¹, la Chambre criminelle se prononce sur des pourvois arguant, sur le fondement de l'article 55 de la constitution, d'une prétendue incompatibilité entre l'article 6 du PIDESC et les textes répressifs définissant des peines complémentaires d'interdiction professionnelle. Dans ces deux arrêts la Cour rejette les pourvois après avoir contrôlé la compatibilité du droit français au regard du traité onusien protecteur des droits économiques, sociaux et culturels.

104. Faut-il affirmer que les articles 6 et 7 du PIDESC sont d'effet direct ? Ce serait franchir un pas que seule une jurisprudence explicite permettrait d'assurer. Par ailleurs, ces décisions ne sont pas publiées, signifiant que le Président de chambre ne leur accorde qu'une

³³⁴ BOSSUYT (Marc), *La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels*, RDH 1975, Vol VIII-4, p 783.

³³⁵ IMBERT (Pierre-Henri), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels*, Revue du droit public et de la science politique, 1989, volume I, p 739 ; DECAUX (Emmanuel), *La réforme du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels* in *Droit et justice*, Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS, Pedone, 1999, Paris, p 405.

³³⁶ ALIPRANTIS (Nikitas), *Les droits sociaux sont justiciables*, Droit social février 2006, p 158.

³³⁷ Groupe d'Information et de Soutien des Immigrés, *La protection sociale des étrangers par les textes internationaux*, GISTI, les cahiers juridiques, p 12 et suivante.

³³⁸ Pourvoi n° 90-86791 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance.

³³⁹ Pourvoi n° 99-86606 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

³⁴⁰ Pourvoi n° 00-82341 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

³⁴¹ Pourvoi n° 00-83775 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance.

modeste importance³⁴², ce qui semble mal se concilier avec l'hypothèse d'une jurisprudence fondatrice à l'égard d'un mécanisme primordial pour la justiciabilité du traité. Pourtant, l'application des dispositions conventionnelles, par la voie du contrôle de conventionnalité, suppose acquis l'effet direct. En outre, le droit au travail, défini par l'article 6 du PIDESC et le droit de jouir de conditions de travail justes, consacré par l'article 7 du PIDESC posent des règles revêtant les caractéristiques de normes d'effet direct.

105. Ces arguments tirés d'arrêts de rejet sont incertains, mais parfois, la Haute juridiction casse sur le fondement d'un traité international protecteur des droits de l'Homme. Tel est le cas dans un arrêt rendu par la Chambre sociale le 7 février 1974³⁴³. En l'espèce, la Cour d'appel avait constaté la violation des articles 2 et 5 de la Convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale lors d'élections syndicales. La formation sociale de la Haute juridiction casse la décision, sur le fondement des dispositions conventionnelles, au motif que les candidats étrangers ont été présentés aux élections dans des conditions d'égalité avec les candidats français. Est-ce à dire que ces deux dispositions conventionnelles sont d'effet direct ? Une réponse positive aboutirait à tirer des conclusions hâtives d'une décision ancienne. Toutefois, la Cour applique le texte et admet donc sa justiciabilité.

106. Les arrêts rapportés démontrent les difficultés d'interprétations des décisions n'abordant pas explicitement la question de l'effet direct. Ils illustrent déjà l'inopportunité d'envisager la justiciabilité uniquement sous l'angle de ce mécanisme. Ces difficultés d'interprétation se renforcent, encore, lorsqu'il s'agit de tirer les conséquences de l'irrecevabilité de certains moyens au regard de l'effet direct d'une disposition issue d'un traité international protecteur des droits de l'homme.

2- L'analyse hypothétique des moyens irrecevables

107. Certains moyens, s'appuyant sur un traité international protecteur des droits de l'Homme, peuvent être déclarés irrecevables par la Cour de cassation. Ils ne seront donc pas jugés au fond et le pourvoi sera rejeté³⁴⁴. Dès lors, la Haute juridiction ne procédera pas à l'interprétation du texte international et par ricochet ne statuera pas sur la question de son effet direct.

³⁴² En effet, en vertu de l'article R 131-17 du COJ, le service de documentation et d'études est chargé d'établir deux bulletins mensuels (un pour les Chambres civiles et un pour la Chambre criminelle), transcrivant les arrêts dont la publication a été proposée par le Président de chaque Chambre.

³⁴³ Bull. civ. V, n°99, p 92.

³⁴⁴ PERDRIAU (André), *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation : principe et méthode de rédaction*, Litec, 1993, Paris, p 238 ; BORE (Jacques), BORE (Louis), *La cassation en matière civile*, 3^{ème} édition, Dalloz Action, 2003/2004, Paris, n°80.01 ; BORE (Jacques), BORE (Louis), *La cassation en matière pénale*, Dalloz action 2004/2005, Paris, Chapitres 111 et 112.

108. Plusieurs arrêts restreignent par cette voie le débat sur la justiciabilité des dispositions internationales. Ainsi de nombreuses décisions constatent l'irrecevabilité du moyen nouveau, soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation. Il se définit, selon Bernadette AUBERT, comme : « *l'argument tiré du droit international qui n'a jamais été invoqué à un moment quelconque de la procédure avant le pourvoi en cassation* »³⁴⁵. Mélangé de fait et de droit, le moyen est déclaré irrecevable.

L'arrêt de la Chambre criminelle du 2 juin 1996³⁴⁶ fournit un parfait exemple :

« Il ne résulte ni des termes de la requête, ni d'aucune conclusion, ni des mentions de l'arrêt attaqué, que D ait invoqué devant les juges du fond, eu égard à sa situation personnelle et familiale, l'incompatibilité de la peine complémentaire d'interdiction définitive du territoire français, tant avec l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qu'avec les articles 23 et 24 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ».

Un pourvoi fondé sur la CIDE est, à l'identique, déclaré irrecevable par la Chambre criminelle, dans un arrêt du 20 novembre 1991³⁴⁷.

109. De même, le moyen inopérant, qui ne vise que les motifs de la décision attaquée, est irrecevable³⁴⁸. Telle est l'hypothèse de la décision rendue par la troisième Chambre civile du 1^{er} mars 1995, dans lequel des "squatters" invoquaient l'article 11 du PIDESC³⁴⁹. La troisième chambre civile ne semble pas nier, bien que la décision soit très elliptique, l'effet direct du droit au logement. En effet, la Cour d'appel de Paris s'était trouvée confrontée à la demande de personnes expulsées d'un immeuble propriété de la ville. Constatant que les demandeurs avaient occupé les lieux au nom du droit au logement, tel que garanti par l'article 11 du PIDESC, les juges du fond considéraient qu'il convenait de leur octroyer un délai de six mois, afin d'envisager une solution leur permettant de ne pas se trouver sans abri. La juridiction du second degré reconnaissait à la disposition conventionnelle un effet direct, que contestait la ville de Paris à l'occasion de son pourvoi. Selon elle, l'article 11 du PIDESC se borne à créer une obligation à l'égard de l'Etat, sans faire naître de droit au profit des particuliers. Par conséquent, ces derniers ne peuvent revendiquer que les textes internes mettant en œuvre les objectifs posés par le traité. La réponse de la troisième Chambre civile

³⁴⁵ AUBERT (Bernadette), *Le droit international devant la Chambre criminelle*, Thèse de Doctorat sous la direction du Professeur Michel Massé, Université de Poitiers, 1998, p 150 et suivantes.

³⁴⁶ Pourvoi 95-83-910, arrêt n°2722, voir également pour les mêmes traités, Crim. 18 février 1986, Bull. crim. 66, n°2, p 161.

³⁴⁷ Pourvoi n°90-87713 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

³⁴⁸ PERDRIAU (André), *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation : principe et méthode de rédaction*, Litec, 1993, Paris, p 248

³⁴⁹ Pourvoi n°93-19.429 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance. La solution est identique, bien qu'il ne s'agisse pas d'une cause d'irrecevabilité, mais d'une impossibilité de jugement du moyen au fond, lorsque le moyen manque en fait comme l'indique l'arrêt de la première Chambre civile du 25 juin 1996 pour lequel le demandeur invoquait le bénéfice de l'article 12 de la CIDE : pourvoi n°95-05080 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

élude la problématique de l'effet direct. Il faut donc éventuellement considérer qu'elle adhère implicitement au raisonnement des juges du fond. En effet, la Haute juridiction se borne à constater que les juges du fond n'ayant pas prononcé la réintégration des squatters dans l'immeuble, le pourvoi qui se limite à critiquer les motifs est irrecevable. L'effet direct de l'article 11 du PIDESC est pourtant improbable, ainsi qu'en atteste l'arrêt rendu le 25 janvier 2005 par la Chambre commerciale³⁵⁰.

110. L'intérêt de ces décisions semble *a priori* bien limité puisque la Haute juridiction, placée dans l'impossibilité d'analyser le moyen au fond³⁵¹, ne statue pas sur la portée de la disposition conventionnelle. Ainsi, il ne peut se déduire de ces arrêts ni admission, ni négation du caractère de l'effet direct du texte invoqué au soutien du pourvoi.

Toutefois cette affirmation est nuancée par la confrontation de certains arrêts, qui sont venus troubler dangereusement le débat, posant la question de l'interprétation *a contrario* des moyens déclarés irrecevables.

Deux décisions soulèvent un problème d'irrecevabilité du moyen, fondé sur une disposition de la CIDE ayant fait l'objet d'une déclaration d'interprétation de la part du gouvernement. Dans les arrêts du 27 novembre 1996³⁵², statuant sur les pourvois formés par les "commandos anti IVG", la Chambre criminelle rejette les moyens fondés sur la CEDH, le PIDCP et la CIDE en deux temps. Tout d'abord, elle contrôle la conventionnalité de la "loi Veil" du 17 janvier 1975 au regard de la CEDH et du PIDCP. Ensuite, elle déclare irrecevable le moyen articulé sur la CIDE, en s'appuyant sur la déclaration interprétative française selon laquelle la convention onusienne ne saurait être interprétée comme faisant obstacle à l'application des dispositions de la législation française relative à l'IVG³⁵³. Sur le fondement de cette déclaration la Cour considère que «... les demandeurs ne sont pas recevables à présenter une exception prise d'une prétendue incompatibilité des textes fondant la poursuite avec cette convention ».

Or, sur ce dernier point, une contradiction s'élève entre la première Chambre civile et la Chambre criminelle. En effet, dans l'un de ses arrêts du 15 juillet 1993³⁵⁴, la première Chambre civile ignore la question de l'exception d'irrecevabilité fondée sur la déclaration française relative à l'article 30 de la CIDE, pour rejeter le pourvoi en s'appuyant sur le défaut d'effet direct du traité onusien. Elle suggère que l'analyse de l'effet direct, bien que relevant

³⁵⁰ Pourvoi n°03-10068, (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

³⁵¹ *A fortiori* lorsqu'il s'agit d'une irrecevabilité du pourvoi en lui-même : Civ. 2^{ème}, 25 octobre 1995, Bull. civ. II, n°253, p 148.

³⁵² Pourvoi n°96-80318 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance ; pourvois n°96-80223 et n°95-85118, publiés au Bull. crim. n°431, p 1245. D'ailleurs, le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel de Dijon (n°96-80223) révélait un moyen fondé sur la CEDH et le PIDCP, déclaré nouveau par la Cour, mais pour lequel cette dernière, sans le déclarer de pur droit, décide néanmoins de procéder au contrôle de conventionnalité.

³⁵³ Solution confirmée par les arrêts de la Chambre criminelle des 2 avril 1997 et 14 octobre 1998, pourvois n°96-82024 et n°97-83877 (inédits titrés), disponibles sur le site internet légifrance.

³⁵⁴ Bull. civ. I, n°259, p 179, arrêt n°1.

de l'interprétation du traité, donc du fond, est prioritaire sur toute autre question, y compris celle relative à la recevabilité du moyen. Poussée à l'extrême, une analyse *a contrario* de cette décision conduirait à estimer que lorsque la Haute juridiction statue sur la recevabilité du moyen fondé sur le traité international, elle admet implicitement l'effet direct des dispositions invoquées.

Il va sans dire que cette interprétation est très hasardeuse. Elle résulte de l'opposition entre décisions émanant de chambres différentes et de l'étude d'une jurisprudence désormais révolue. Toutefois, ces arrêts révèlent les dangers d'une démarche interprétative divergente entre les différentes formations de la Cour de cassation.

111. La motivation des arrêts relatifs à l'effet vertical partiel des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme mérite encore d'être affinée afin que l'interprétation soit certaine. En outre, la Cour de cassation développe, depuis un certain nombre d'années, une jurisprudence appliquant une dimension horizontale de l'effet direct de la CEDH. Elle implique le respect des dispositions conventionnelles entre les personnes privées.

§2- L'effet direct horizontal de la disposition conventionnelle

112. Généralement, l'effet direct des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme se concrétise dans un rapport vertical. Le justiciable cherche à établir une contradiction entre certains droits garantis et le droit interne. Bien que la Cour de cassation tranche les litiges nés entre personnes privées, le problème juridique se nouera autour d'une divergence existant entre les normes édictées par l'Etat ou les actes émanant de ses représentants et la disposition conventionnelle. Cependant, les droits consacrés par les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme doivent également être respectés entre individus. Il est donc possible d'envisager l'application d'une disposition conventionnelle dans un rapport interindividuel³⁵⁵. Le traité est alors appliqué dans les relations entre personnes privées, il joue un effet direct horizontal. Cette dimension de l'effet direct est reconnue à certains droits énoncés par la CEDH (A). Toutefois, la Cour de cassation manie parfois maladroitement le mécanisme (B).

³⁵⁵ COUSSIRAT-COUSTERE (Vincent), *Convention européenne des droits de l'homme et droit interne : primauté et effet direct* in *La Convention européenne des droits de l'homme*, Actes de la journée d'étude du 16-11-1991, sous la direction de Louis-Edmond PETTITI, Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Pierre LAMBERT, Didier DURAND et Marc-André EISSEN, Collection droit et justice, Nemesis, 1992, Bruxelles, p 11 ; SPIELMANN (Dean), *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, 1995, Bruxelles, p 18 ; HEYMANN-DOAT (Arlette), *Le respect des droits de l'homme dans les relations privées* in *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la direction de Catherine TEITGEN-COLLY, Nemesis, Bruylant, 2002, Bruxelles, p 219.

A- L'admission de l'effet direct horizontal de certains droits consacrés par la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

113. La Cour EDH a été la première à identifier l'effet horizontal de certaines dispositions conventionnelles. Cette jurisprudence a pu avoir une influence sur la Cour de cassation qui reconnaît cette dimension à certains droits consacrés par la CEDH. Elle peut également expliquer que la Haute juridiction n'ait jamais recherché l'effet horizontal des dispositions issues d'autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme.

La mise en œuvre de l'effet horizontal ne procède pas toujours du même mécanisme selon que la disposition est appliquée par la Cour EDH ou par la Cour de cassation.

114. L'effet horizontal, dit également réflexe, est d'origine allemande³⁵⁶. Il « vise à assurer l'effectivité des droits protégés, y compris contre les agissements des tiers »³⁵⁷. La Cour EDH a rapidement constaté que les individus pouvaient être victimes d'une violation commise par d'autres particuliers. Elle a, par conséquent, consacré l'application horizontale de certains droits définis par la CEDH. Cette approche soulevait un problème d'imputabilité puisque seuls les Etats peuvent faire l'objet de poursuites devant le juge européen. Il a donc été nécessaire de déterminer comment l'Etat pouvait être tenu responsable des atteintes commises par des individus ou des groupements privés. La Cour a, tout d'abord, considéré que l'Etat peut être débiteur d'une obligation positive, lui imposant de veiller au respect d'une disposition conventionnelle entre les sujets de droit privé³⁵⁸. De part son abstention, il n'a pas su prévenir les atteintes aux droits commises par un particulier. Par la suite, les juges européens ont étendu l'effet horizontal à certaines hypothèses dans lesquelles, de par son action, l'Etat fournit au particulier les moyens de violer un des droits garantis par la CEDH³⁵⁹. L'effet horizontal identifié par la Cour EDH est indirect, puisqu'il s'impose par l'intermédiaire d'une responsabilité de l'Etat, seul poursuivi devant la juridiction strasbourgeoise³⁶⁰.

115. Le mécanisme est sensiblement différent devant les juridictions judiciaires. A l'occasion d'un litige, un individu peut opposer les droits garantis par le traité aux violations commises par un particulier ou un groupement privé³⁶¹. Les dispositions conventionnelles

³⁵⁶ Sur l'effet réflexe « direkte DRITTWIRKUNG » voir : RIGAUX (François), *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 1990, p 674 ; *Le droit successoral des enfants naturels devant le juge international et le juge constitutionnel*, RTDH, 1992, p 215.

³⁵⁷ SUDRE (Frédéric), *GA CourEDH*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris, p 30.

³⁵⁸ SPIELMANN (Dean), *Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention in L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la direction de Frédéric SUDRE, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 133.

³⁵⁹ SUDRE (Frédéric), *Op. Cit.*

³⁶⁰ SPIELMANN (Dean), *Op. Cit.*

³⁶¹ DE FONTBRESSIN (Patrick), *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations* in Liber Amicorum Marc André EISSEN, Bruylant, 1995, Bruxelles, p 157 ; SPIELMANN (Dean), *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, 1995, Bruxelles, p 30.

sont donc appliquées directement entre les particuliers, l'effet direct est alors sollicité³⁶². Cet effet direct horizontal³⁶³ prend aujourd'hui de plus en plus d'envergure dans la jurisprudence interne³⁶⁴, particulièrement celle de la Cour de cassation.

116. La Haute juridiction n'a pas retenu une interprétation globale de l'effet direct horizontal de la CEDH, qui aurait été impossible. Tout comme la Cour EDH, elle recherche si, dans l'affaire soumise à son contrôle, il convient d'appliquer la dimension verticale ou horizontale de la disposition conventionnelle. Ainsi, la détermination de l'effet direct horizontal s'opère selon la méthode partielle.

Enfin, la Cour de cassation n'évoque jamais explicitement les termes d'effet direct horizontal. La mise en œuvre de ce mécanisme est déduite de l'application d'une disposition conventionnelle entre personnes privées. Il n'en demeure pas moins que la Haute juridiction exploite de plus en plus fréquemment cette forme de justiciabilité, dans une pluralité de situations juridiques.

117. Qu'il soit appliqué en matière de responsabilité délictuelle ou contractuelle, en droit civil ou social, l'article 8 de la CEDH demeure le texte le plus exploité par la jurisprudence relative à l'effet direct horizontal de la CEDH. Il bénéficie d'une horizontalité certaine.

La dimension horizontale de cette disposition conventionnelle a été mise en œuvre, pour la première fois, dans un arrêt rendu par la première Chambre civile le 23 octobre 1990³⁶⁵. Cette décision soulève un problème de coordination entre droit au respect de la vie privée et liberté d'information. Le litige opposait une société d'édition et son journaliste, dont les révélations sur l'éducation d'un jeune prince avaient irrités le père. Déboutés en appel, le journaliste et son employeur invoquaient au soutien de leur pourvoi, une violation de l'article 10 de la CEDH. Selon eux, la décision de la juridiction du second degré constituait une ingérence injustifiée au regard du paragraphe 2 de ce texte. En effet, certains droits garantis par la CEDH sont conditionnels. Après avoir été défini, dans un premier paragraphe de la disposition conventionnelle, ils sont limités dans un second par une clause dite "d'ordre public". Ainsi, l'ingérence de l'Etat dans leur exercice est possible, dès lors qu'elle est prévue par la loi, exercée dans un but légitime et nécessaire dans une société démocratique³⁶⁶. Les demandeurs considéraient que la décision, émanant d'un organe de l'Etat, ne remplissait pas ces conditions. Ils réclamaient alors réparation, se plaçant ainsi dans un contexte purement

³⁶² RAYNAUD (Julien), *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, thèse de doctorat présentée sous la direction du Professeur Eric GARAUD, Université de Limoges, Faculté de droit et de sciences économiques, p 60 et suivantes.

³⁶³ DE FONTBRESSIN (Patrick), p 157 ; SPIELMANN (Dean), p 30.

³⁶⁴ LUCAS (Olivier), *La Convention européenne des droits de l'homme et les fondements de la responsabilité civile*, JCP G 2002, I n°111, p 286 ; MOUTEL (Béatrice), *Une lente appropriation de l'effet horizontal in CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD, La documentation française, 2001, Paris, p 162.

³⁶⁵ Bull. civ. n°222, p 158.

³⁶⁶ SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, p 208 et suivantes.

vertical d'application de la Convention. La Cour de cassation leur oppose l'article 8 de la CEDH. Selon elle, en publiant l'article incriminé les demandeurs ont porté atteinte au droit au respect de la vie privée du jeune prince et de ses parents :

« Mais attendu qu'ayant, par une décision légalement justifiée au regard de l'article 9, alinéa 1, du Code civil, estimé que les publications portaient atteinte au respect de la vie privée du Prince X...et de son fils mineur, c'est sans méconnaître l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dont le point 2 prévoit certaines limites à la liberté d'expression et en faisant application de l'article 8-1 de la même Convention, que l'arrêt attaqué a condamné M. Dempster et la société Mail Newspaper PLC à réparer le préjudice subi par les intéressés du fait des publications ; »

L'article 8§1 est exploité dans une dimension horizontale, car il est appliqué à des personnes privées. En violant le droit au respect de la vie privée des défendeurs au pourvoi, les journalistes ont engagé leur responsabilité sur le fondement du droit national, mais également européen. En l'espèce, la disposition conventionnelle est appelée en renfort du droit national. En effet, l'article 9 alinéa 1 du Code civil aurait permis de satisfaire aux exigences de la responsabilité. La juridiction du fond avait d'ailleurs statué sur cet unique fondement. La Cour de cassation, quant à elle, oppose la disposition protectrice de la vie privée au droit à la liberté d'expression également définie par la CEDH. Elle met en balance deux droits d'autorité équivalente protégeant des intérêts contradictoires. Elle démontre sa capacité à faire respecter un équilibre entre les droits et les devoirs des individus³⁶⁷.

118. La Chambre sociale construit également une jurisprudence consacrant l'effet horizontal de l'article 8 dans les relations de travail. La violation de la disposition conventionnelle peut résulter des dispositions du contrat de travail, ainsi qu'en atteste l'arrêt SPILEERS du 12 janvier 1999³⁶⁸, ou du comportement de l'employeur à l'égard de ses salariés. L'arrêt connu sous le nom de NIKON, rendu le 2 octobre 2001³⁶⁹, reflète cette seconde situation. La Haute juridiction élabore une œuvre prétorienne protégeant les salariés sur le fondement de l'article 9 du Code civil, L.120-2 du Code du travail, mais également 8§1 de la CEDH ; le cumul des textes marquant ainsi la force des principes³⁷⁰. En l'espèce, la formation sociale considère que l'employeur ne peut procéder à la lecture d'une

³⁶⁷ Voir également : Chambre mixte, 24 novembre 2000, Bull. crim. n°354, p 1043 ; BICC, 15 janvier 2001, n°527, p 12, avec les conclusions de l'Avocat général LUCAS (M.) ; PA, 3 janvier 2001, n°2, p 13, note DERIEUX (Emmanuel). Sur cette décision voir également DREYER (Emmanuel), *La Cour de cassation et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme* in *Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Tome I, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 677 (particulièrement n°28).

³⁶⁸ Bull. civ. V, n°7, p 4 ; TPS mars 1999, p 10, n°96, note VERKINDT (Yves) ; Droit social 1999, p 287, note RAY (Jean-Emmanuel) ; RTDCiv. 1999, p 395, observations MESTRE (Jacques).

³⁶⁹ D 2002, SC p 2296, observations CARON (Christophe) ; D 2001, jurisprudence p 3148, note GAUTHIER (Pierre-Yves) ; RTDCiv. 2002, p 72, note HAUSER (Jean) ; Semaine sociale Lamy, 2001, n°1046-6, site internet Lamyline reflex, observations LYON-CAEN (Gérard) ; PA 19 mars 2002, p 13, note PETIT (Françoise) ; PA 10 décembre 2001, p 6, note PICCA (Georges) ; JCP E. 2001, p 1918, note PUIGELIER (Catherine).

³⁷⁰ LYON-CAEN (Gérard), Semaine sociale Lamy 2001, n°1046, disponible sur le site internet Lamyline Reflex.

correspondance informatique personnelle, sans violer l'intimité de la vie privée du salarié, alors même que l'usage du matériel de la société à des fins personnelles est interdit. La vie privée au travail, telle que définie par la Cour EDH³⁷¹, est ici transposée par la Chambre sociale mais dans sa dimension intime qui comprend le droit au secret des correspondances. Cette solution est confortée par un arrêt rendu le 12 octobre 2004³⁷².

En revanche, l'employeur n'est pas totalement démuné face aux agissements du salarié. La jurisprudence NIKON, fondée sur le secret des correspondances, ne l'empêche pas de contrôler le disque dur de l'ordinateur d'un salarié, en sa présence ou après que ce dernier ait été dûment appelé. Tels sont les enseignements de l'arrêt rendu par la Chambre sociale le 17 mai 2005³⁷³. En l'espèce, après avoir découvert des photos érotiques dans le tiroir d'un salarié, l'employeur avait procédé au contrôle du disque dur de son outil informatique et avait exploré un fichier personnel. Licencié pour faute grave, le salarié forme pourvoi en cassation et obtient gain de cause sur le fondement des textes précités. Il n'avait pas été informé du contrôle et aucun risque ou évènement particulier ne justifiait l'ouverture des fichiers personnels hors sa présence. La Haute juridiction opère un contrôle de proportionnalité, défini par l'article L. 120-2 du Code du travail³⁷⁴. Cette décision peut être mise en parallèle avec l'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 19 mai 2004³⁷⁵. Cette décision ne s'appuie pas sur l'effet horizontal de la CEDH, mais démontre que la consultation et l'animation de sites pornographiques grâce à l'ordinateur mis à disposition par l'employeur ne peuvent être couvertes par le droit à l'intimité de la vie privée. En agissant de la sorte, le salarié s'expose à une condamnation pour abus de confiance.

Ce contrôle de la proportionnalité d'une atteinte aux droits des personnes résulte de l'article L.120-2 du Code du travail et ressemble au contrôle européen appliqué aux Etats. Il s'intègre dans la mise en œuvre de l'effet direct horizontal afin qu'un équilibre soit trouvé entre la sauvegarde des droits du salarié et les intérêts légitimes de l'employeur. Cet équilibre est recherché par la Chambre sociale dans son arrêt du 26 novembre 2002³⁷⁶. En l'espèce, une

³⁷¹ Sans y faire expressément référence, la Chambre sociale transpose ici la jurisprudence européenne, dégagée dans l'arrêt NIEMIETZ contre Allemagne du 16 décembre 1992, série A, n°251.

³⁷² Bull. civ. V, n°245, p 226 ; Lamy social 2004, n°151, disponible sur le site internet Lamyline Reflex. En revanche, les articles 9 du Code civil et 8 de la CEDH ne permettent pas au salarié d'envoyer des tracts et publications à vocation syndicale, par le biais de la messagerie mise à disposition par l'entreprise, sans avoir préalablement obtenu l'autorisation de l'employeur, à moins que cette autorisation résulte d'un accord d'entreprise : Soc. 25 janvier 2005, Bull. civ. V, n°19, p 15.

³⁷³ Pourvoi n°03-40017 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

³⁷⁴ LIBERI (Yannick), « Variations immatérielles » de l'application de l'article L. 120-2 du Code du travail (commentaire de l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 17 mai 2005, Lamy droit de l'informatique et réseaux 2005, Partie Chronique, disponible sur le site internet Lamyline Reflex.

³⁷⁵ Bull. crim. n°126, p 480.

³⁷⁶ Bull. civ. V, n°352, p 345 ; HAUSER (Jean), RTDCiv. 2003, observations p 58 ; HAUTEFORT (Marie), *Une filature constitue un moyen de preuve illicite*, Jurisprudence sociale Lamy 2002, n°114-2 ; MESTRE (Jacques), *Tout salarié a le droit de mener une double vie privée*, Lamy droit des personnes et de la famille 2005, Chronique : documents disponibles sur le site internet Lamyline Reflex ; RAVANAS (Jacques), *Protection de la vie privée : la preuve illicite d'une relation « défectueuse » de travail*, D2003, Doctrine p 1305.

salariée avait fait l'objet d'une filature, à son insu, par un supérieur hiérarchique. Cette démarche avait permis de rapporter les preuves justifiant un licenciement pour faute grave. La formation sociale de la Haute juridiction constate que le moyen de preuve est illicite en ce qu'il génère une violation du droit au respect de la vie privée de la salariée, insusceptible d'être justifié par les intérêts légitimes de l'employeur, eu égard à son caractère disproportionné. La Cour de cassation casse la décision d'appel au triple visa des articles 9 du Code civil, L.120-2 du Code du travail et 8 de la CEDH.

119. Les clauses contractuelles ne peuvent avoir pour effet de porter atteinte aux dispositions conventionnelles de la CEDH. Grâce à l'effet direct horizontal, la Convention peut être invoquée à l'encontre du contrat privé. En découle une obligation pour le juge de vérifier la compatibilité du contrat au traité. Ce contrôle n'est pas étranger à la jurisprudence de la Cour EDH³⁷⁷, mais sur cette question elle a été précédée par les décisions ambitieuses de la Cour de cassation.

La troisième Chambre civile inaugure cette méthode de régulation des conventions privées à l'occasion d'un arrêt MEL YEIDEI, rendu le 6 mars 1996³⁷⁸. L'office public d'habitation de la ville de Paris poursuivait la résiliation du bail d'une locataire ayant hébergé des membres de sa famille, au motif qu'une clause limitait l'usage des locaux à la preneuse et à ses enfants. La troisième Chambre civile relève d'office une violation de l'article 8 de la CEDH, estimant que les clauses d'un bail d'habitation ne peuvent « *...en vertu de l'article 8.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches,...* ». Cette solution est renforcée par un arrêt du 22 mars 2006³⁷⁹, émanant de la même formation. En l'espèce, un individu poursuivait la fille majeure de sa colocataire afin d'obtenir son expulsion de l'appartement donné à bail. Les juges du fond avaient accueilli sa demande au motif que la cotitulaire du bail ne pouvait lui imposer la présence d'une tierce personne majeure, alors que le contrat prévoyait une clause d'habitation personnelle. La Cour casse la décision en

³⁷⁷ Cour EDH, arrêt VAN KUCK contre Allemagne, 12 juin 2003, Requête n°35968/97, §69 et suivants ; RTDciv. 2004, p 361, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre) ; arrêt PLA et PUNCERNAU contre Andorre, 13 juillet 2004, Requête n°69498/01, §42 et suivants ; AJDA 2004, p 1812, observations FLAUSS (Jean-François) ; RTDciv. 2004, p 804, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre) : arrêts disponible sur le site internet de la Cour EDH.

³⁷⁸ Bull. civ. III, n°60, p 41 ; COLLART-DUTILLEUL (François), DERRUPE (Jean), RD immobilier, 1996, p 620 ; DE LAMY (Bertrand), D 1997, jurisprudence p 167 ; HAUSER (Jean), RTDciv. 1996, p 580. Pour une critique de cette décision voir NGUYEN VAN (Tuong), JCP G, 1997, II, 22764. Certains commentateurs voyaient déjà dans l'arrêt de la troisième Chambre civile du 27 février 1991 une reconnaissance de l'effet horizontal : COUSSIRAT-COUSTERE (Vincent), Op. Cit. p 11, SPIELMANN (Dean), *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, 1995, Bruxelles, p 55. Pourtant, s'il s'agissait bien en l'espèce d'une application de la CEDH entre personnes privées (l'indemnité d'éviction due en cas de non renouvellement du bail commercial), le problème juridique s'articulait autour du contrôle de conventionnalité du décret du 30 septembre 1953 au regard de l'article 1 du protocole 1 de la Convention. Etait donc mis en oeuvre l'effet vertical de la CEDH, confrontant le traité au droit interne : Bull. civ. III, n°67, p 39.

³⁷⁹ Pourvoi n°04-19349 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance ; PA, 26 juillet 2006, n°148, p 18, note GARAUD (Eric).

transcrivant les motifs de l'arrêt fondateur. La solution vaut alors même que la présence d'un tiers au contrat est imposée à l'un des titulaires du bail.

La Cour de cassation³⁸⁰ soumet la liberté contractuelle aux droits de l'Homme. Bien que les contractants puissent définir certaines clauses applicables aux conventions les unissant, cette liberté doit s'exercer dans le respect des droits définis par la CEDH. En intégrant au contrat une clause abusive, le bailleur viole le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la CEDH³⁸¹. De ce fait la clause doit être annulée. Par-delà la reconnaissance d'un effet horizontal direct du droit au respect de la vie privée se dessine la subordination du droit des obligations à la CEDH³⁸².

120. L'article 8 n'est pas le seul texte bénéficiant d'un effet horizontal dans la jurisprudence de la Cour de cassation. La troisième Chambre civile, par un arrêt du 12 juin 2003³⁸³, use de l'article 11 de la CEDH afin de neutraliser une clause contractuelle. La SNC les Marguerites avait inséré, dans un contrat de bail commercial l'unissant à l'EURL ARLATEX, une clause imposant au preneur d'adhérer durant toute la durée de l'engagement et de ses renouvellements à l'association des commerçants du centre commercial où était situé le local objet du contrat. La société ARLATEX décide d'assigner le bailleur en restitution des cotisations arguant de la nullité de la clause litigieuse. Déboutée en appel sur le fondement de la liberté contractuelle, l'EURL forme pourvoi en cassation. Elle obtient gain de cause, devant la Cour de cassation, au visa de l'article 4 de la loi du 1^{er} juillet 1901 et 11 de la CEDH. Cette clause est entachée de nullité absolue. L'arrêt consacre l'effet horizontal de l'article 11, mais dans sa dimension négative telle que reconnue par la Cour EDH³⁸⁴. Ainsi, les contractants ne peuvent nier conventionnellement le droit de s'associer pas plus que celui de ne pas s'associer³⁸⁵.

³⁸⁰ Cette jurisprudence avait néanmoins, semble-t-il, été influencé par une décision de la Cour d'appel de Paris du 28 octobre 1987 : MOUTEL (Béatrice), Op. Cit. p 162.

³⁸¹ MARGUENAUD (Jean-Pierre), *Le juge judiciaire et l'interprétation européenne* in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la direction de Frédéric SUDRE, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 231.

³⁸² MARGUENAUD (Jean-Pierre), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations* in *Le renouvellement des sources des droits et obligations*, journées nationales de l'association Henri CAPITANT, LGDJ, 1997, Paris, p 45 ; également *La Convention européenne des droits de l'homme : approche par le droit privé* in *Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON*, Pedone, 2004, Paris, p 155 et sous la direction du même auteur, *CEDH et droit privé : l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La documentation française, 2001, Paris ; FOYER (Jean), *Le droit civil dominé in Le droit privé français à la fin du Xxème siècle*, Mélanges offerts à Pierre CATALA, Litec, 2001, Paris, p 14.

³⁸³ EURL Arlatex contre SNC Les Marguerites, Arrêt n°698, Pourvoi 02-10.778, site internet de la Cour de cassation ; JCP G 2003, II, 10190, note AUQUE (Françoise) ; RTDCiv. 2003, p 771, observations RAYNARD (Jacques) ; D 2004, jurisprudence p 367, note BENARD (Camille-Marie) ; RDC avril 2004, p 465, observations MARAIS (Astrid).

³⁸⁴ MARGUENAUD (Jean-Pierre), *GA CourEDH*, 3^{ème} édition, Thémis, PUF, 2005, Paris, p 604 et suivantes.

³⁸⁵ RAYNARD (Jacques), RTDCiv. Sources internationales, octobre- décembre 2003, p 771, n°5.

La première Chambre civile, par arrêt du 27 juin 2006³⁸⁶, reconnaît également la dimension horizontale de l'article 11 dans sa dimension négative, en décidant qu'une Cour d'appel ne peut pas imposer aux membres démissionnaires d'une association de s'acquitter, pour l'année en cours, de toutes les "participations financières" indépendantes de la cotisation, alors même que le versement d'une telle somme aurait été prévue par les statuts.

Cet arrêt est à mettre en parallèle avec la décision rendue par la première Chambre civile, le 17 septembre 2003³⁸⁷. Dans cette affaire, était en cause le système de taxation de la SACEM. Le diffuseur des œuvres inscrites à la SACEM est lié à cette dernière par un contrat de représentation. Il ne verse pas une redevance identique selon qu'il est ou non affilié à un groupement professionnel représentatif de sa catégorie. La société JIMMY LOISIR, non membre de ces groupements, ne bénéficiait donc pas de la réduction forfaitaire de 33% qui leur est applicable. Selon elle, pareille différence de tarification emportait violation du droit d'association négatif. Pour la Haute juridiction, cette différenciation n'engendre pas une atteinte à la liberté de ne pas adhérer au syndicat, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une pénalisation et que l'exercice de l'activité n'est pas entravé. Cette décision montre les limites du droit d'association négatif. L'avantage financier octroyé aux membres d'un syndicat n'entraîne pas automatiquement la violation ce droit³⁸⁸.

121. La deuxième Chambre civile, dans un arrêt rendu le 10 mars 2004³⁸⁹, semble reconnaître un effet horizontal à l'article 6§1 de la CEDH. Le contrat emporte violation du droit au procès équitable s'il a pour effet de modifier le régime de la preuve. Les époux P., victimes du vol de leur véhicule, obtiennent une indemnisation de leur assureur. Mais ce dernier, mettant en doute la matérialité des faits, en raison de l'absence de traces d'effraction, décide de poursuivre en justice le remboursement des sommes versées. La juridiction de première instance, bien qu'ayant admis le vol, décide de restreindre la garantie à 70% car le véhicule a, vraisemblablement, été démarré avec sa clé. Les juges du second degré infirment la décision, au motif que le contrat d'assurance unissant les parties prévoyait que l'assuré apporte la preuve de la détérioration du véhicule, puisque « *si les circonstances du vol envisagées par la police sont du domaine du fait juridique dont par principe la preuve est libre, la garantie n'est due, en cas de recours à des techniques plus affinées d'appréhension frauduleuse, que lorsque ces modes opératoires causent des détériorations matérielles figurant au nombre des indices exigés par la police* ». Cet aménagement contractuel de la preuve est condamné par la Cour de cassation qui casse la décision d'appel au double visa de l'article 1315 du Code civil et 6§1 de la CEDH :

³⁸⁶ Pourvoi n°04-20.180 (publié au bulletin), disponible sur le site internet jurisclasser LexisNexis.

³⁸⁷ Bull. civ. I, n°178, p 139.

³⁸⁸ RTDCiv. 2004, p 369, observations RAYNARD (Jacques).

³⁸⁹ Bull. civ. II, n°101, p 86; RTDCiv. 2005, p 133, observations MESTRE (Jacques), FAGES (Bertrand).

« *Qu'en statuant ainsi, alors que la preuve du sinistre, qui est libre, ne pouvait être limitée par le contrat, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* »

Cette décision peut sembler surprenante alors que la possibilité d'aménager le régime de la preuve est admise hormis dans l'hypothèse où une disposition législative impérative prévoit le contraire. En outre, comme l'indique le Professeur DEBET³⁹⁰, les parties avaient donné leur consentement au contrat et pouvaient, au sens de la jurisprudence rendue par la Cour EDH, renoncer à un droit processuel.

Un autre arrêt, rendu par la même formation, le 7 octobre 2004³⁹¹, met pourtant en perspective une probable dimension horizontale de l'article 6, en matière de loyauté de la preuve. Nulle disposition contractuelle n'était en cause, en revanche, le moyen de rapporter la preuve du contrat a été considéré par la deuxième Chambre civile comme contraire à l'article 6. En l'espèce, la Haute juridiction a considéré que la preuve du prêt établie par le biais d'un enregistrement pratiqué à l'insu de l'emprunteur constituait un procédé de preuve déloyal, irrecevable en justice. Elle casse donc la décision d'appel ayant accueilli la preuve, sur le fondement de l'article 6 de la CEDH.

122. Pour l'heure, seul l'article 8 de la Convention bénéficie d'un effet direct horizontal certain. Par extension, il semblerait que les libertés puissent également revêtir cette qualité. Les prémices d'une dimension horizontale du droit au procès équitable se dessinent dans les dernières décisions étudiées, sans qu'aucune certitude ne puisse découler d'une jurisprudence balbutiante. En outre, la Cour de cassation manie parfois maladroitement le mécanisme d'effet direct, obligeant à modérer la portée de certains arrêts.

B- Le maniement maladroit du mécanisme de l'effet direct horizontal

123. Le maniement maladroit du mécanisme de l'effet direct horizontal résulte systématiquement d'une application inappropriée des clauses d'ordre public au contentieux privé. Ces clauses retranscrites dans les seconds paragraphes des droits conditionnels ont été élaborées à l'attention des Etats, afin de leur permettre une ingérence limitée dans les droits conditionnels consacrés par la CEDH. Par conséquent, ces textes n'ont, *a priori*, pas vocation à s'appliquer dans les litiges horizontaux purement privés. Toutefois, la Cour de cassation, à l'occasion de trois arrêts rendus par des formations différentes, a fait surgir les clauses d'ordre public dans des litiges qui imposaient l'application de la CEDH entre personnes privées. Cette immixtion inappropriée de textes réservés aux Etats engendre, tour à tour, trois confusions sur les mécanismes de mise en œuvre de l'effet direct.

³⁹⁰ RDC 2004, p 1080, observations DEBET (Anne).

³⁹¹ Bull. civ. II, n°447, p 380 ; D 2005, jurisprudence p 122, note BONFILS (Philippe) ; RDC avril 2005, p 472, observations DEBET (Anne) ; RTDciv. 2005, p 135, observations MESTRE (Jacques), FAGES (Bertrand).

124. Le premier arrêt, rendu par la Chambre sociale, emporte certainement les conséquences les moins graves puisque le droit interne ultérieurement élaboré évite désormais à la Chambre sociale d’user de la clause d’ordre public. Par conséquent, la solution peut être considérée comme obsolète. Toutefois, elle démontre avec quel empressement la Haute juridiction applique parfois la clause d’ordre public dans un litige qui ne lui est pas adapté.

Comme en matière civile, les clauses du contrat de travail ne peuvent engendrer une violation injustifiée des droits consacrés par la CEDH. La Chambre sociale a donc décidé, à l’instar de la première Chambre civile, d’opérer un contrôle de conformité des conventions privées aux exigences posées par l’article 8 de la CEDH. En effet, par un arrêt du 12 janvier 1999³⁹², la Cour sanctionne l’atteinte à la vie privée découlant de la mise en œuvre du contrat de travail. Monsieur SPILEERS, attaché commercial, avait refusé le jeu d’une clause de mobilité lui imposant un transfert du domicile familial de Paris à Montpellier. L’établissement de sa résidence en cette ville ne suffisait pas à satisfaire aux exigences contractuelles dont la violation constituait, selon la Cour d’appel, une cause réelle et sérieuse de licenciement. La Chambre sociale constate que les juges du second degré n’ont pas vérifié si l’atteinte, portée par l’employeur, au respect du domicile du salarié se trouvait justifiée au regard du bon fonctionnement de l’entreprise. Relevant d’office une violation de l’article 8, la Haute juridiction casse la décision du fond. Cette jurisprudence pourrait s’analyser en une consolidation logique de l’arrêt MEL YEDEI³⁹³, si elle n’ajoutait pas à l’application de l’article 8§1 de la CEDH une transposition implicite surprenante dans un rapport privé contractuel du contrôle de l’ingérence étatique opéré par la Cour EDH³⁹⁴. A la lecture de l’arrêt, l’effet horizontal du traité semble s’appliquer également à la clause d’ordre public insérée dans l’article 8³⁹⁵ :

« Qu’en statuant par ces seuls motifs qui ne justifiaient ni le caractère indispensable pour l’entreprise d’un transfert de domicile, alors que le salarié proposait d’avoir une résidence à Montpellier, ni le caractère proportionné au but recherché de cette atteinte à la liberté de choix du domicile du salarié et alors qu’elle n’explique pas en quoi les attributions de M. Spileers exigeaient une présence permanente à Montpellier, la cour d’appel n’a pas donné de base légale à sa décision ; »

Les motifs de la Cour de cassation révèlent une grande similitude avec la démarche adoptée par la Cour EDH, lorsqu’elle recherche si l’ingérence d’un Etat dans un droit garanti par la

³⁹² Bull. civ. V, n°7, p 4 ; TPS mars 1999, p 10, n°96, note VERKINDT (Yves) ; Droit social 1999, p 287, note RAY (Jean-Emmanuel) ; RTDCiv. 1999, p 395, observations MESTRE (Jacques).

³⁹³ SPIELMANN (Dean), *Effet horizontal de la Convention européenne des droits de l’homme et preuve civile*, RTDH, 2000, p 860.

³⁹⁴ PETTITI (Christophe), *L’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme et la protection du domicile du salarié*, TPS, avril 1999, p 4.

³⁹⁵ GARAUD (Eric), *Clause de mobilité assortie d’une contrainte domiciliaire : la Cour de cassation se réfère à la CEDH pour définir les critères de validité de la stipulation*, RJPF, mai 1999, n°3 ; MARGUENAUD (Jean-Pierre), MOULY (Jean), *Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité*, D 1999, Jurisprudence, p 645.

CEDH est justifiée³⁹⁶. La clause de mobilité aurait été valable si l'employeur avait, comme l'acceptait le salarié, consenti au transfert de résidence. Imposer à un employé une modification de son domicile familial constitue une mesure disproportionnée quant au but recherché. La Cour ne condamne pas les clauses de mobilité³⁹⁷, bien qu'elles constituent une ingérence de l'employeur dans le droit au respect du domicile, mais les soumet aux exigences de l'article 8§2 de la CEDH. Une ingérence peut être justifiée par l'intérêt de l'entreprise.

La pertinence de l'utilisation de ce mécanisme de contrôle est en cause puisque les clauses d'ordre public ont été rédigées à l'attention des Etats. Il est plus raisonnable d'estimer que cette décision permet à la Haute juridiction de pallier la carence du droit interne³⁹⁸. En réalité, à l'époque des faits, l'article L.120-2 du Code du travail³⁹⁹ n'était pas applicable. Il garantit, désormais, des solutions convergentes⁴⁰⁰ sans forcer l'applicabilité des clauses d'ordre public entre personnes privées. Cette interprétation est confortée par plusieurs arrêts précédemment évoqués, rendus au visa de la disposition conventionnelle et de l'article L.120-2 du Code du travail⁴⁰¹.

125. Pourtant toute ambiguïté sur l'application horizontale des clauses d'ordre public n'est pas levée. La Cour de cassation a appliqué les paragraphes 2 à d'autres matières. Telle est la démarche de la troisième Chambre civile, qui retient la clause d'ordre public attachée à la liberté religieuse. Il résulte de cette décision une confusion, puisqu'il est impossible de déterminer quel est l'effet horizontal mis en œuvre par la Haute juridiction.

En effet, la troisième Chambre civile, par un arrêt du 18 décembre 2002⁴⁰², a conclu à la non violation de l'article 9§1 de la CEDH dans une situation où il ne s'agissait pas d'annuler une

³⁹⁶ MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'homme*, connaissance du droit, 3^{ème} édition, Dalloz, 2005, Paris, p 52 et suivantes.

³⁹⁷ VERKINDT (Pierre-Yves), TPS, mars 1999, p 10.

³⁹⁸ Cette solution est défendue par Monsieur l'Avocat général Pierre LYON-CAEN, « *S'abstenir d'invoquer le principe de proportionnalité comme il est suggéré était délicat puisqu'il figure dans la loi de 1992 et le reprenant à son compte, la Cour de cassation ne fait qu'une anticipation tacite, dans le cadre d'une situation transitoire* », LYON CAEN (Pierre), *L'application des traités internationaux relatifs aux droits sociaux par la Cour de cassation* in *Juger les droits sociaux*, colloque organisé par l'Association ADEAGE, le 19 octobre 2000, Les chroniques de l'OMIJ n°2, PULIM, 2004, Limoges, p 63 (spécialement p 69).

³⁹⁹ Défini par la loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 (article 25), JORF du 1^{er} janvier 1993. Ce texte envisage la proportionnalité des atteintes : « *Nul ne peut apporter aux droits de personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ».

⁴⁰⁰ En effet, par un arrêt du 2 octobre 2001, la Chambre sociale, considère, au visa de l'article L.120-2 du Code du travail et 9 du Code civil, que « *...le salarié n'est tenu ni d'accepter de travailler à son domicile, ni d'y installer ses dossiers et ses instruments de travail* ; ». Toutefois, il ne s'agissait pas en l'espèce d'une clause contractuelle, mais d'une modification unilatérale du contrat de travail imposant au salarié de travailler à domicile et autorisant, selon la Haute juridiction, le salarié « *à prendre acte d'une rupture du contrat s'analysant en un licenciement* » ; Bull. civ. V, n°292, p 234 ; RAY (Jean-Emmanuel), *La légitime censure des télé-travaux forcés*, Droit social 2001, p 1039.

⁴⁰¹ Soc. 2 octobre 2001 ; 26 novembre 2002 ; 17 mai 2005, Op. Cit.

⁴⁰² Bull. civ. III, n°262, p 227 ; GARAUD (Eric), *La liberté religieuse du locataire : une donnée normalement extérieure au contrat de bail mais incorporable à celui-ci*, RJPF avril 2003, n°4, p 9 ; AJDI mars 2003, jurisprudence p 182, avec l'Avis de l'Avocat général GUERIN (Olivier) et la note de ROUQUET (Yves) ;

clause contractuelle contraire au droit à la liberté religieuse, mais d'imposer une obligation qui n'aurait pas été expressément prévue par le contrat⁴⁰³. En l'espèce, les locataires invoquaient la liberté de pensée de conscience et de religion à l'encontre de leur bailleuse car cette dernière, en installant un système de digicode et de carte magnétique à l'entrée des immeubles, leur imposait de transgresser, en période de sabbat, les obligations religieuses prohibant l'utilisation de matériel électrique. Sur le fondement de la liberté religieuse, ils avaient obtenu gain de cause en appel. La Haute juridiction casse la décision, décidant « ... *que les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;* »

A cette motivation discutable qui conduirait à penser que la liberté religieuse ne peut intégrer le champ contractuel que par le biais des dispositions insérées dans le contrat, s'ajoute une interrogation sur la portée du visa. La Haute juridiction vise, outre certaines dispositions du droit interne, le paragraphe 1 de l'article 9, mais également la clause d'ordre public. La référence au premier texte semble logique puisque la Cour refuse de considérer que la bailleuse a violé la liberté religieuse de ses locataires. Toutefois, l'utilisation de l'article 9§2 est plus surprenante. Elle peut s'analyser sous deux perspectives, selon que la troisième Chambre civile a considéré que ce texte jouait un effet horizontal direct ou un effet horizontal indirect. Dans la première perspective, elle assimilerait l'individu à l'Etat. Ainsi, chacun pourrait s'ingérer dans les droits d'autrui, dès lors que l'atteinte en résultant serait justifiée par la loi, nécessaire dans une société démocratique et proportionnée au but légitime poursuivi. La solution se rattacherait à celle retenue dans l'arrêt SPILLEERS. Or, la jurisprudence ultérieure démontre que ce raisonnement se justifiait par la carence juridique ayant précédé l'entrée en vigueur de l'article L.120-2 du Code du travail. Il est désormais abandonné par la formation sociale de la Haute juridiction et il est difficilement concevable d'appliquer aux particuliers des dispositions élaborées à l'égard des ingérences étatiques. La seconde perspective conduirait à analyser la référence à l'article 9§2 à l'aune de l'effet horizontal indirect. C'est alors un contrôle de proportionnalité identique à celui opéré par la Cour EDH auquel se serait livré la Haute juridiction, vérifiant s'il convenait de mettre à la charge de l'Etat une obligation positive « *d'imposer au bailleur une nouvelle prestation consistant à équiper l'ensemble immobilier d'un système de fermeture supplémentaire* »⁴⁰⁴.

Cette décision peut, toutefois, être tempérée par un arrêt rendu le 8 juin 2006⁴⁰⁵. Dans cette affaire, la troisième Chambre civile retient une motivation la replaçant dans une logique d'effet direct horizontal. En l'espèce, des copropriétaires se plaignaient car l'un d'entre eux,

RTDCiv. 2003, p 290, observations MESTRE (Jacques), FAGES (Bertrand) et p 383, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre) ; RDC octobre 2003, p 220, observations MARAIS (Astrid).

⁴⁰³ GARAUD (Eric), Op. Cit.

⁴⁰⁴ RTDCiv. 2003, p 383, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre).

⁴⁰⁵ Pourvoi n°05-14774 (Publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

avait, à l'occasion d'une fête religieuse, érigé une construction végétale sur son balcon. Le syndic de copropriété, après résolution de l'assemblée générale, avait assigné ces propriétaires afin que la cabane soit retirée. Les juridictions du fond avaient accédé à la demande. Les défendeurs forment en cassation, arguant d'une violation de la liberté religieuse. La Haute juridiction rejette le pourvoi. Sans citer expressément la disposition conventionnelle d'où procède sa motivation, elle décide que la liberté religieuse « *pour fondamentale qu'elle soit* » ne peut « *avoir pour effet de rendre licites les violations des dispositions d'un règlement de copropriété* ». Le litige est purement horizontal, puisque la limitation à la liberté résulte d'un acte juridique privé élaboré entre propriétaires. La Cour ne réemploie pas le paragraphe 2 de l'article 9, mais jauge, avec équité, la limite dans laquelle la liberté doit s'exprimer afin de ne pas nuire à autrui.

126. Enfin une troisième décision mérite d'être signalée, puisque en voulant neutraliser l'application d'une clause d'ordre public entre personnes privées, la Haute juridiction parvient à faire jouer un effet direct vertical à la disposition conventionnelle.

La société AUTOFINA refusait de fournir au Comité d'établissement Pierre BENITE, ainsi que lui imposait le Code du travail, certaines informations relatives à l'emploi des travailleurs handicapés. Pour ce faire, elle invoquait l'article 9 du Code civil et 8 de la CEDH, estimant qu'une telle communication emportait violation du droit au respect de la vie privée de ses salariés. En l'espèce, il revenait à la Cour de cassation de faire jouer l'effet horizontal indirect de l'article 8 et d'opérer le contrôle de proportionnalité de l'ingérence habituellement effectué par la Cour EDH. En effet, l'Etat s'ingère dans le droit au respect de la vie en autorisant une personne privée (le Comité d'établissement) à bénéficier d'informations portant sur la vie privée d'autres individus (les salariés handicapés). Par conséquent, il convient de vérifier si cette action positive est justifiée au regard du paragraphe 2 de l'article 8. Or, elle est prévue par la loi (articles L.323-8-5 et R.323-9 du Code du travail), poursuit le but légitime d'amélioration des conditions de travail d'une catégorie de salariés et ne semble pas disproportionnée puisque les informations collectées ne permettent pas à la personne privée, bénéficiaire de l'information, d'avoir accès au dossier médical du travailleur⁴⁰⁶.

Cette mise en œuvre de l'effet horizontal indirect par les juridictions internes, lorsque l'ingérence procède d'une action positive de l'Etat, revient finalement à contrôler la conventionnalité de la loi interne et par conséquent à faire jouer un effet direct vertical à la disposition conventionnelle. La Cour de cassation aurait pu constater la conventionnalité du droit interne et imposer à l'employeur de communiquer les informations convoitées. En outre, l'intérêt à agir de l'employeur est mal défini, puisque seuls les salariés handicapés pouvaient légitimement se prévaloir de l'ingérence, autorisée par l'Etat au bénéfice du Comité

⁴⁰⁶ MOULY (Jean), MARGUENAUD (Jean-Pierre), *Vie privée des salariés handicapés et information du comité d'entreprise : contresens sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, note relative à l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 10 juin 2004, D 2005, jurisprudence p 469 (plus spécialement p 471).

d'établissement, dans leur droit au respect de la vie privée. Ils auraient ainsi pu contester la conventionnalité du droit interne sur le fondement de l'article 55 de la Constitution.

Pourtant, la deuxième Chambre civile le 10 juin 2004⁴⁰⁷ décide d'accueillir le pourvoi de l'employeur. Elle estime que la divulgation des informations au bénéfice du Comité d'établissement emporte violation de l'article 8. Selon elle, seule l'autorité publique peut s'ingérer dans la vie privée, sur le fondement de la clause d'ordre publique définie par l'article 8 de la CEDH. Elle refuse de faire jouer un effet direct horizontal au paragraphe 2 de l'article 8, se plaçant ainsi dans une démarche purement interindividuelle. Ce raisonnement est respectueux du traité mais la solution emporte une conséquence sur le caractère conditionnel du droit au respect de la vie privée. En effet, la Cour de cassation paraît considérer qu'aucune ingérence privée dans un droit conditionnel n'est autorisée. Ainsi que le remarquent les Professeurs MOULY et MARGUENAUD, cette interprétation transformerait le droit au respect de la vie privée en droit intangible dès lors qu'il s'exerce dans un rapport interindividuel⁴⁰⁸. Aucune analyse de la proportionnalité de l'atteinte ne serait envisageable, à tout le moins si elle n'est pas prévue par la loi, comme en droit du travail par l'intermédiaire de l'article L.120-2 du Code du travail.

Cette dernière décision démontre combien il est délicat de distinguer quelle dimension de l'effet direct doit être mise en œuvre, puisque les litiges déferés devant les Chambres civiles de la Cour de cassation ne confrontent, le plus souvent, que des intérêts privés. Afin de distinguer entre les différentes dimensions de l'effet direct, il est possible de différencier deux situations juridiques. Dans les litiges lors desquels l'ingérence ou l'atteinte à un droit par une personne privée est rendue possible par la violation d'une obligation négative, c'est-à-dire une action positive de l'Etat, alors seul l'effet direct vertical semble pouvoir être appliqué. Dans ce cas, le support juridique autorisant l'ingérence au bénéfice de la personne privée (comme une loi ou un acte réglementaire la permettant) devra faire l'objet d'un contrôle de conventionnalité au regard des exigences posées par les dispositions conventionnelles.

L'arrêt rendu par la troisième Chambre civile le 22 mars 2006⁴⁰⁹ illustre le raisonnement. Le litige oppose deux personnes privées, unies par un bail rural. Le bailleur refuse le renouvellement. Le preneur soulève une violation de l'article 8 de la CEDH. *A priori*, l'effet horizontal du droit au respect de la vie devrait être mis en œuvre. Il n'en est rien, puisque l'ingérence du bailleur est permise par le code rural. En effet, l'article L.411-64 du Code rural précise que le renouvellement du bail peut être refusé au preneur ayant atteint l'âge de la retraite. Le locataire indique que le congé lui impose de cesser son activité avant qu'il puisse liquider sa retraite à taux plein. Cette situation emporte, selon lui, violation de l'article 8§1 de

⁴⁰⁷ Bull. civ. II, n°292, p 246.

⁴⁰⁸ Op. Cit. spécialement p 470.

⁴⁰⁹ Civ. 3^{ème}, 22 mars 2006, pourvoi n°05-12.487 (Publié au Bulletin), disponible sur le site internet Jurisclasseur, Lexis Nexis.

la CEDH. La Cour de cassation rejette le pourvoi, car le droit national, conforme au traité, permet au bailleur de donner son congé si le preneur a atteint l'âge de la retraite, peu importe que ce dernier puisse bénéficier d'une retraite à taux plein. La Haute juridiction ne fait pas jouer un effet direct horizontal à l'article 8, mais bien vertical puisque l'immixtion dans le droit au respect de la vie privée procède de la loi interne. La Cour effectue implicitement un contrôle de conformité de la loi interne au traité.

Cet arrêt s'inscrit dans une démarche identique à celle retenue par la même formation, le 18 mai 2005⁴¹⁰, au sujet du non renouvellement des baux commerciaux. La Cour décide que le fait de dénier le bénéfice du droit au renouvellement à des époux séparés de biens, car un seul des preneurs est inscrit au registre du commerce, ne constitue pas une atteinte à la propriété commerciale, sur le fondement de l'article 1 du protocole additionnel 1. En effet, ce droit au non renouvellement réservé au bailleur, sur le fondement du Code de commerce, constitue certes une ingérence dans le droit au respect des biens, mais elle est justifiée, car réalisant un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux de la personne. La Cour procède ici à un contrôle de conventionnalité de la loi, faisant jouer un effet direct vertical à la disposition conventionnelle.

En revanche, si l'ingérence d'une personne privée procède de son action personnelle ou d'un acte juridique privé, indépendamment de tout encouragement étatique, alors l'effet direct horizontal doit être retenu. La Cour devra néanmoins rechercher un équilibre entre les différents intérêts privés opposés.

⁴¹⁰ Civ. 3^{ème}, 18 mai 2005, pourvoi n°04-11.349 ; Revue de jurisprudence commerciale, 2005, p 321, note AUQUE (Françoise) ; RTDCiv. 2005, p 619, observations REVET (Thierry).

Conclusion du Chapitre I

127. La jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'effet direct a considérablement évolué ces deux dernières années. La première Chambre civile a opéré un revirement attendu à l'égard de la CIDE, la Chambre commerciale retient une approche partielle en faveur de l'effet direct du PIDESC. Les arrêts sont plus explicites et garantissent une interprétation aisée des solutions retenues. Toutefois, bien que ces décisions démontrent une convergence des différentes formations de la Haute juridiction en faveur de l'approche partielle de l'effet direct, cette dernière mérite encore d'être confirmée. Les regards se tournent désormais vers la Chambre sociale, qui n'a pas encore eu l'occasion de rétablir la CIDE dans la voie de la justiciabilité. En outre, trop de décisions sont implicites à l'égard de l'effet direct et sujettes à interprétations diverses. Si le contrôle de conventionnalité fournit un indicateur satisfaisant, il ne remplace pas les bienfaits d'une motivation explicite à l'égard du mécanisme de justiciabilité.

128. Au terme de ces premiers développements, le statut favorable de la CEDH, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, peut déjà être constaté. Son effet direct ne soulève aucune difficulté, plus encore, il prospère désormais sur un plan vertical et horizontal. Si la jurisprudence appliquant certaines dispositions conventionnelles dans des rapports interindividuels peut encore d'être développée, elle propage l'aura du texte et stimule son invocation. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de cassation révèle un maniement parfois maladroit du mécanisme. Une certaine confusion règne entre effet direct vertical ou horizontal. La mise en œuvre des clauses d'ordre public, dans des litiges purement privés, atteste d'une confusion de la Cour de cassation entre toutes les dimensions de l'effet direct.

129. Il est probable que la jurisprudence négatrice de l'effet direct de la CIDE a eu d'énormes répercussions sur l'attitude du justiciable. Ce dernier, confronté à une violation de ses droits de l'Homme, préfère la certitude de l'argument européen aux conjectures de la justiciabilité d'un autre traité qui pourrait, pourtant, s'avérer plus protecteur. Ainsi, la CEDH est fréquemment invoquée alors que les autres textes sont délaissés ou soulevés de manière additive, sans conviction ni arguments. Afin de remédier à cet appauvrissement de la protection des droits de l'Homme, il faut promouvoir tous les traités⁴¹¹. Cette promotion passe par leur accession à la justiciabilité. L'effet direct est le plus sûr moyen d'y parvenir et la Haute juridiction doit construire une jurisprudence très didactique, qui guidera le justiciable.

130. Pour d'aboutir à cet ambitieux objectif, la Cour de cassation doit raisonner par étapes successives. Après avoir constaté l'applicabilité théorique du traité, qui suppose la vérification

⁴¹¹ BOISSON (Jacques L.), *Vers un enseignement universel des droits de l'homme* in *Les droits de l'homme à l'aube du 21^{ème} siècle*, Karel VASAK amicorum liber, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 485.

de la ratification, de la publication et des différentes réserves ou déclarations ayant pu être émises par l'Etat, la Haute juridiction devrait envisager l'effet direct. La première phase de son raisonnement la conduirait à abandonner définitivement l'approche globaliste, pour s'en tenir à une interprétation de la disposition conventionnelle soulevée par le demandeur ou qu'elle souhaite appliquer d'office. Cette analyse de l'effet direct doit être rationalisée afin de prendre en compte la spécificité des droits de l'Homme. Le chemin vers cette rationalisation passera vraisemblablement par la reconnaissance d'une présomption simple d'effet direct applicable aux dispositions conventionnelles créatrices de droits de l'Homme.

Chapitre II

Pour une rationalisation de la jurisprudence relative à l'effet direct

131. La reconnaissance de l'effet direct d'une disposition conventionnelle issue d'un traité international protecteur des droits de l'Homme relève du pouvoir d'interprétation du juge⁴¹². Ce pouvoir lui appartient, en propre, au sens de la jurisprudence de la Cour EDH⁴¹³. Au sommet de l'ordre judiciaire, la Cour de cassation est gardienne de l'unité du droit⁴¹⁴. Or, ses décisions sur cette notion fondamentale à l'égard de la justiciabilité du traité sont encore trop confuses pour mener à bien cette mission. Demeurent des zones d'ombres et des incertitudes sur l'effet direct de bon nombre de dispositions conventionnelles.

132. Afin de consolider la jurisprudence récente, qui semble converger vers une approche partielle de l'effet direct, la Cour de cassation pourrait s'appuyer sur les rigoureuses conditions de ce mécanisme de justiciabilité, tout en tenant compte de la spécificité des droits consacrés par les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Or, cette spécificité suggère une inversion de la règle selon laquelle l'effet direct reste une exception⁴¹⁵. Cette approche consacrerait une présomption d'effet direct (Section I), que la Cour de cassation pourrait mettre en œuvre à l'égard de chaque disposition conventionnelle soulevée à l'occasion du pourvoi (Section II).

Section I– La définition de la présomption d'effet direct fondée sur la spécificité des traités internationaux protecteurs des droits de l'homme

133. L'admission d'une présomption d'effet direct en faveur des dispositions conventionnelles issues des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme ne constitue pas une idée nouvelle en doctrine. Au contraire, de nombreux auteurs considèrent

⁴¹² ALLAND (Denis), *L'applicabilité directe du droit international considéré du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?* RGDIP, 1998, Vol I, p 203 (plus spécialement p 219).

⁴¹³ Arrêt BEAUMARTIN contre France du 24 novembre 1994, Série A, n°296 B ; arrêt CHEVROL contre France du 12 février 2003, RTDCiv. 2003, note LIBCHABER (Remy), p 572.

⁴¹⁴ ATIAS (Christian), CHEVREAU (José), BACHELLIER (Xavier), *La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit* in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La documentation française, 1994, Paris, p 73.

⁴¹⁵ Ce qui a pour effet de présumer que le traité international n'engendre des obligations qu'entre les Etats parties et les Organisations internationales et par conséquent qu'il n'est pas d'effet direct : DUBOUIS (Louis), *La portée des instruments internationaux de protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique français* in *Les droits de l'homme dans le droit national en France et en Norvège*, Édition Eivind SMITH, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1990, p 131 ; LACHAUME (Jean-François), *Droit international et juge judiciaire*, Répertoire international Dalloz, n°85 ; SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, n°138, p 194.

que ces textes bénéficient d'une telle présomption⁴¹⁶. Ainsi, selon le Professeur SUDRE, « *la règle internationale protectrice des droits de l'homme n'est pas une règle internationale comme les autres : elle n'est pas soumise au principe de réciprocité et elle bénéficie d'une présomption d'applicabilité directe* »⁴¹⁷. Une fois cette certitude énoncée, il convient de la justifier au regard du droit international public qui présume traditionnellement l'absence d'effet direct des traités internationaux.

134. Afin de parvenir à cette justification, il est possible de tirer avantage de l'exemple communautaire. Outre le régime particulier des règlements dont le traité constate lui-même l'applicabilité directe⁴¹⁸ *per se*⁴¹⁹, la juridiction communautaire a, depuis longtemps, développé une jurisprudence favorable à l'admission de l'effet direct du droit originaire et dans une certaine mesure du droit dérivé⁴²⁰. Bouleversant la solution classique du droit international, elle semble prôner une présomption d'effet direct dans son arrêt VAN GEND et LOOS⁴²¹. Au soutien de cette présomption, la CJCE avance la spécificité du droit communautaire et s'appuie plus particulièrement sur la place qu'il accorde à l'individu⁴²²

⁴¹⁶ ALLAND (Denis), *L'applicabilité directe du droit international considéré du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?* RGDIP, 1998, Vol I, p 203 (plus spécialement p 219) ; CHABERT (Cyril), *Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant*, JCP G, 2003, I, 129, p 761 (spécialement p 763) ; *Un traité bien mieux traité*, note relative aux arrêts de la première Chambre civile du 18 mai 2005 et du 14 juin 2005, JCP G, II, 10115, p 1577 ; CLAES (Erik), VANDAELE (Arne), *L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie axée sur les droits de l'homme*, RBDI 2001/2, p 411 (spécialement p 443) ; OLINGA (Alain-Didier), *L'applicabilité directe de la Convention internationale sur les droits de l'enfant devant le juge français*, RTDH, 1995, p 679 ; SCIOTTI-LAM (Claudia), *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, Bruxelles (spécialement n°609 et 700 et suivants) ; VERHOEVEN (Joe), *La notion d'applicabilité directe du droit international*, RBDI, 1980, vol II, p 243 (spécialement p 263).

⁴¹⁷ SUDRE (Frédéric), *La dimension internationale et européenne des droits et libertés fondamentaux in Droit et libertés fondamentaux*, ouvrage sous la direction de CABRILLAC (Rémy), FRISON-ROCHE (Marie-Anne), REVET (Thierry), 4^{ème} édition, Dalloz, 1997, Paris, p 37 (spécialement p 41).

⁴¹⁸ Article 189 alinéa 2 devenu 249 CE.

⁴¹⁹ SIMON (Denys), *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} édition, PUF, 2001, Paris, n°315.

⁴²⁰ ISSAC (Guy), BLANQUET (Marc), *Droit communautaire général*, 8^{ème} édition, Armand Colin, 2001, Paris, p 188 et suivantes ; SIMON (Denys), *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} édition, PUF, 2001, Paris, n°310 et suivants, du même auteur, *Le fondement de l'autonomie du droit communautaire in Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, SFDI, Pedone, 2000, Paris, p 207 et plus spécialement p 237 et suivantes ; RODRIGUEZ IGLESIAS (Gil Carlos), *La recherche d'un droit commun aux Etats membres de l'Union européenne. L'application des principes généraux du droit communautaire. Introduction in Les principes communs d'une justice des Etats membres de l'Union européenne*, Cour de cassation, colloque des 4 et 5 décembre 2000, La documentation française, 2001, Paris, p 219.

⁴²¹ GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.), *Réflexions sur l'application directe du droit des communautés européennes dans l'ordre juridique interne des Etats membres*, Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques de l'Académie royale de Belgique, Tome LXV, 1979, p 543 ; du même auteur, *La règle d'application directe*, RBDI, vol 15, 1980, p 345 ; ISSAC (Guy), BLANQUET (Marc), *Droit communautaire général*, 8^{ème} édition, Armand Colin, 2001, Paris, p 188 et suivantes ; CAHIER (Philippe) : Préface consacrée à l'ouvrage de PETROVIC (Drâzen), *L'effet direct des accords internationaux de la communauté européenne : à la recherche d'un concept*, PUF, 2000, Paris ; CLAPIE (Michel), *Institutions européennes*, Champs Université, Flammarion, 2003, Paris, p 314 : l'auteur indique que la reconnaissance de l'effet direct semble être de principe, dénier cet effet devenant l'exception dans la jurisprudence de la CJCE.

⁴²² CJCE 5 février 1983, Arrêt VAN GEND et LOOS, 26/62, Rec., I. Ainsi, la CJCE indique : « *attendu que l'objectif du traité C.E.E. qui est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté, implique que ce traité constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des*

dans le « *nouvel ordre juridique international* » créé par les Communautés. Elle justifie, selon cette juridiction, la reconnaissance de droits entrant dans le « *patrimoine juridique* »⁴²³ des justiciables. Cette spécificité du droit communautaire engendre une différence avec le droit international classique puisque l'intention des parties aux traités de créer des droits individuels à destination des particuliers est présumée⁴²⁴. L'influence de la jurisprudence de la CJCE sur l'évolution de la doctrine relative à l'effet direct et son impact sur les solutions internationales⁴²⁵ ou internes⁴²⁶ pourrait se propager aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, au nom de leur propre spécificité.

135. En effet, les droits de l'Homme font de l'individu la « *finalité* » du droit⁴²⁷. Les traités internationaux les garantissant ont été élaborés en considération de l'Homme et par conséquent, selon le Professeur COMBACAU, « *il est difficile de ne pas déceler l'intention des parties de créer des droits au profit de leurs sujets* »⁴²⁸. Ainsi, la démonstration élaborée par la CJCE à l'égard du droit communautaire serait transposable aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme⁴²⁹. L'intention des parties de créer des droits directement applicables aux individus, qui n'est jamais exprimée *expressis verbis*, pourrait être présumée. Or, cette intention constitue le premier critère, dit subjectif, de l'effet direct. Présumer que le critère subjectif est réalisé imposerait simplement à la Cour de cassation de rechercher si la

obligations mutuelles entre les Etats contractant...qu'il faut conclure de cet état de chose que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les Etats membres, mais également les ressortissants ; que partant, le droit communautaire, indépendant de la législation des Etats membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique ». Relativement à cet arrêt voir : BOULOUIS (Jean), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^{ème} édition, Montchrestien, 1997, Paris, p 259 et suivantes ; GAUTRON (Jean-Claude), *Droit européen*, 11^{ème} édition, Mementos Dalloz, 2004, Paris, p 176 et suivantes.

⁴²³ CJCE 5 février 1983, Arrêt VAN GEND et LOOS, 26/62, Rec., I, Op. Cit.

⁴²⁴ GAUTRON (Jean-Claude), *Droit européen*, 11^{ème} édition, Mementos Dalloz, 2004, Paris, p 177 ; ISSAC (Guy), BLANQUET (Marc), *Droit communautaire général*, 8^{ème} édition, Armand Colin, 2001, Paris, p 190.

⁴²⁵ GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.), Op. Cit. p 345.

⁴²⁶ LOUIS (Jean Victor), VANDERSANDEN (Georges), WAELBROECK (Denis), WAELBROEK (Michel), *La Cour de justice et les actes des institutions* in Commentaires Mégret, Le droit de la CEE, n°10, référence à vérifier ; LE TALLEC (Georges), *La Cour de cassation et le droit communautaire* in *L'Europe et le droit*, Mélanges hommage à Jean BOULOUIS, Dalloz, 1991, Paris, p 363 ; GREVISSE (Fernand), BONICHOT (Jean-Claude), *Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres* in *L'Europe et le droit*, Mélanges hommage à Jean BOULOUIS, Dalloz, 1991, Paris, p 297 ; ABRAHAM (Ronny), *Les normes du droit communautaire et du droit international devant le juge administratif français* in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, SFDI, Pedone, 2000, Paris, p 283 ; VEROUGSTRAETE (Ivan), *La recherche d'un droit commun aux Etats membre de l'union européenne. L'application des principes généraux du droit communautaire. II- L'impact des principes généraux du droit communautaire sur les règles de fond. Situation en Belgique, France et Luxembourg* in *Les principes communs d'une justice des Etats membres de l'Union européenne*, Cour de cassation, colloque des 4 et 5 décembre 2000, La documentation française, 2001, Paris, p 259.

⁴²⁷ COHEN-JONATHAN (Gérard), *L'évolution du droit international des droits de l'homme* in Mélanges offerts à Hubert THIERRY, *L'évolution du droit international*, Pedone, 1998, Paris, p 107 (plus spécialement p 108).

⁴²⁸ COMBACAU (Jean), *Le droit des traités*, Que sais-je ? PUF, 1991, Paris, p 75.

⁴²⁹ Particulièrement, certains auteurs considèrent, qu'à l'instar du droit communautaire, la CEDH a créé un ordre juridique autonome : voir COSTA (Jean-Paul), *La Cour européenne des droits de l'Homme : vers un ordre juridique européen ?* et KISS (Alexandre), *La Convention européenne des droits de l'Homme a-t-elle créé un ordre juridique autonome ?* in Mélanges Louis-Edmond PETTITI, Nemesis, Bruylant, 1999, Bruxelles, p 197 et 493.

qualité de la norme permet son effet direct. En d'autres termes, la Haute juridiction devrait vérifier que la disposition conventionnelle invoquée est suffisamment claire, inconditionnelle et précise (autoexécutoire) pour créer un droit directement applicable. Si ce second critère, dit objectif, venait à faire défaut alors la Cour de cassation pourrait renverser la présomption. En effet, il ne faut pas céder à la tentation d'admettre un effet direct de plein droit⁴³⁰, la présomption ne peut être que simple. Par conséquent, si la volonté des Etats de reconnaître des droits aux individus doit être présumée (§1), l'effet direct sera dénié à la disposition conventionnelle défectueuse (§2).

§1- La volonté présumée des Etats de reconnaître des droits au bénéfice des individus

136. En droit international classique, la réalisation du critère subjectif de l'effet direct doit être vérifiée. Dans une démarche traditionnelle, la Cour de cassation, confrontée à un traité, doit démontrer que l'Etat partie a eu la volonté de créer des droits directement applicables aux individus. Il n'est pas certain que ce raisonnement soit adapté aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. S'il tire toute sa « *validité* » et sa « *force juridique* » du droit international public traditionnel⁴³¹, le droit international des droits de l'Homme a progressivement conquis son autonomie⁴³². Cette autonomie impose de présumer que le critère subjectif de l'effet direct est réalisé au bénéfice des traités consacrant ces droits essentiels. Toutefois, les fondements de cette présomption (A), sont ignorés par la Cour de cassation, qui s'appuie sur ce seul critère afin de nier l'effet direct. Sa jurisprudence demeure donc inadaptée à la spécificité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme (B).

A- Les fondements de la présomption

137. Les droits de l'Homme se sont émancipés du droit international classique. Leur spécificité découle du caractère objectif qui les caractérise. Ce caractère justifie que la volonté des Etats de créer des droits au bénéfice des individus soit présumée (1), puisqu'il est impossible de l'interpréter à la simple lecture des traités (2).

⁴³⁰ COMBACAU (Jean), Op. Cit. p 75 ; FLAUSS (Jean-François), *Sources internationales du droit administratif français*, Jurisclasseur Administratif, Fascicule 104-1, 1993, p 12.

⁴³¹ COHEN-JONATHAN (Gérard), *Les droits de l'homme et l'évolution du droit international* in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, Paris, p 611 (plus spécialement p 613).

⁴³² COHEN-JONATHAN, *Prolégomènes sur l'internationalisation des droits de l'homme* in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 309 (plus spécialement p 321 et suivantes).

1- Le caractère objectif des droits de l'homme

138. Les droits de l'Homme, qui procèdent de « *l'identité de la personne humaine* », sont irrévocables et bénéficient, par conséquent, d'un caractère objectif⁴³³. Les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme ne sont pas des traités traditionnels. Le régime ordinairement établi, par le droit international, à l'égard d'obligations purement interétatiques ne peut leur être appliqué. Pour le Professeur DUBOUIS, ces traités s'imposent « *non à titre de contrepartie des droits consentis par les autres Etats signataires, mais à raison des engagements pris à l'égard des personnes bénéficiaires* »⁴³⁴.

Les droits consacrés doivent entrer dans le patrimoine juridique des individus. Ces derniers pourront s'en prévaloir notamment par la voie de la justiciabilité. Cette justiciabilité est rendue possible par l'effet direct, dont l'une des conditions impose de déterminer la volonté des Etats de créer des droits au bénéfice des individus. Puisque l'individu est la finalité des droits de l'Homme, la volonté des Etats de leur reconnaître des droits, en élaborant des textes contraignants, semble incontestable.

139. Cette analyse est renforcée par les interprétations des organes supranationaux de contrôle chargés de veiller au respect des obligations conventionnelles. Selon eux, la volonté des Etats de créer des droits à destination des individus ne peut être remise en cause. Pour démontrer cette intention, ils s'appuient sur le caractère objectif des droits de l'Homme.

Dès 1961, la Commission européenne des droits de l'homme (ci-après Commission EDH) affirme qu'en ratifiant la CEDH « *...Les Etats n'ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs..., les obligations souscrites par les Etats contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger des droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des Etats contractants plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers* »⁴³⁵.

Elle est rejointe par la Cour EDH qui affirme, dans son arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, que la CEDH « *à la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre Etats contractants..., elle crée des obligations objectives qui aux termes de son Préambule, bénéficient d'une "garantie" collective* »⁴³⁶.

⁴³³ SUDRE (Frédéric), *La Convention européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} édition, Que sais-je ? PUF, 2004, Paris, p 12.

⁴³⁴ DUBOUIS (Louis), *La portée des instruments internationaux de protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique français* in *Les droits de l'homme dans le droit national en France et en Norvège*, Édition Eivind SMITH, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1990, p 131 (plus spécialement p 139).

⁴³⁵ Décision Autriche contre Italie du 11 janvier 1961, requête n°788/60, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

⁴³⁶ Requête n°5310/71, §239, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

Le CDH, à l'occasion de son observation générale numéro 24, relative aux questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du PIDCP ou de ses protocoles facultatifs⁴³⁷, analyse la portée des instruments internationaux protecteurs de droits de l'Homme. Selon lui, ils « *...ne constituent pas un réseau d'échange d'obligations interétatiques. Ils visent à reconnaître des droits aux individus* »⁴³⁸.

De même, le CDESC affirme, dans son observation générale numéro 9⁴³⁹, touchant à l'application du PIDESC au niveau national que « *d'une manière générale, les normes internationales contraignantes relatives aux droits de l'homme devraient s'appliquer directement et immédiatement dans le cadre du système juridique interne de chaque Etat partie, et permettre ainsi aux personnes de demander aux tribunaux nationaux d'assurer le respect de leurs droits...* »⁴⁴⁰. Cette interprétation est appuyée par l'observation générale numéro 3, relative à la nature des obligations des Etats parties (article 2§1 du PIDESC), lors de laquelle le CDESC affirme « *Il serait difficile de suggérer que les dispositions indiquées ne sont pas, étant donné leur nature, applicables en elles-mêmes et par elles-mêmes* »⁴⁴¹.

140. La convergence des interprétations fournies par les organes supranationaux de contrôle devrait conduire la Cour de cassation à considérer que le caractère objectif des droits de l'Homme emporte présomption de volonté des Etats de reconnaître des droits au bénéfice des individus. Ainsi, le critère subjectif de l'effet direct serait réalisé *de facto* pour les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Cette approche éviterait à la Haute juridiction de rechercher au sein du texte international les indices d'une telle volonté, qu'elle ne peut découvrir puisqu'elle est implicite.

2- L'interprétation impossible de la volonté des parties

141. Les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme ne précisent pas leur vocation à être appliqués par les juridictions internes. Si tel était le cas, l'idée même de présomption n'aurait pas de sens.

Par conséquent, les juridictions nationales peuvent s'engager dans une démarche d'interprétation du traité afin de dégager l'intention des Etats de créer des droits au bénéfice des individus. Toutefois, cette quête d'indices de la volonté semble aléatoire.

142. Tout d'abord, cette intention non formulée n'est jamais explicitement niée. Au contraire, toutes les velléités consistant à exclure l'effet direct de certains traités internationaux protecteurs des droits de l'homme ont échoué.

⁴³⁷ HRI/GEN/1/Rev.5, p 154. Disponible sur le site internet de l'ONU.

⁴³⁸ Plus spécialement p 159 §17.

⁴³⁹ HRI/GEN/1/Rev.5, p 57. Disponible sur le site internet de l'ONU.

⁴⁴⁰ §4.

⁴⁴¹ 51^{ème} session, document E/1991/23 ; disponible sur le site internet de l'ONU.

Certaines tentatives d'inclusion de dispositions conventionnelles négatrices de l'effet direct sont restées infructueuses. S'agissant du PIDESC, le CDESC affirme qu'au moment de l'élaboration du traité «...*les tentatives visant à y inclure une clause tendant à rendre ces droits "non applicables de manière directe" ont été fermement rejetées*»⁴⁴². La délégation allemande a également esquissé une suggestion de clause négatrice de l'effet direct de la CSE, mais s'est heurtée à la résistance de certains pays membres du Conseil de l'Europe⁴⁴³.

Par conséquent, si la simple lecture du traité ne permet pas de dégager la volonté des Etats de créer des droits et obligations au bénéfice des individus, elle ne justifie pas la négation de l'effet direct sur ce même fondement. Au contraire, le CDESC affirme qu'«...*il est particulièrement important d'éviter toute présomption de non-application directe des normes du Pacte*»⁴⁴⁴.

143. Ensuite, l'indice rédactionnel caractérisant l'intention des Etats de créer des droits au bénéfice des individus peut être remis en cause. La doctrine estime traditionnellement que les termes «*toute personne a droit*» suggèrent que les parties ont entendu créer des droits directement applicables aux individus, alors que la formule «*les Etats s'engagent*» n'imposerait d'obligations qu'à la charge des Etats parties. Ces derniers devraient alors tout mettre en œuvre afin de garantir, en droit interne, les objectifs définis par les traités⁴⁴⁵. Il s'agirait alors non de droits créés au bénéfice de l'Homme, mais d'obligations de moyen mises à la charge des Parties au traité.

Cet indice rédactionnel n'est pas satisfaisant car il semble délicat de déduire d'une simple formulation la volonté des Etats de nier l'effet direct d'un traité. Ainsi, Madame SCIOTTI-LAM, dans son étude exhaustive, remarque que les parties ne se prononçant pas sur le caractère d'effet direct, il est impossible de tirer d'une simple formulation la négation de l'effet direct. Elle remarque, par ailleurs, que les rapports explicatifs, annexes ou travaux préparatoires sont sujets à de multiples interprétations et ne constituent pas de solides arguments permettant de contester la justiciabilité des normes. Quant à la terminologie employée, ce critère est très insatisfaisant, surtout lorsqu'il aboutit à tirer de certaines

⁴⁴² Observation générale n°9, HRI/GEN/1/Rev.5, p 57. Disponible sur le site internet de l'ONU.

⁴⁴³ SCIOTTI (Claudia), *L'applicabilité de la Charte sociale européenne dans l'ordre juridique des Etats contractants* in *Droits sociaux et droits européens. Bilan et perspectives de la protection normative*, sous la direction de Jean-François FLAUSS, Droit et justice n°39, Nemesis, Bruylant, 2002, Bruxelles, p 175 ; BLECKMANN (Albert), *Interprétation et application en droit interne de la Charte sociale européenne, notamment du droit de grève*, Cahiers de droit européen, 1967, p 389 (plus spécialement p 407).

⁴⁴⁴ §11.

⁴⁴⁵ MAYER (Pierre), *L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'homme* in *Libertés et droits fondamentaux : introduction, textes et commentaires*, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY et Claude LUCAS DE LEYSSAC, Le seuil, 1996, Paris, p 250 ; VELU Jacques, *Les effets directs des engagements internationaux relatifs aux droits de l'homme*, RBDI, 1980, p 293 (plus spécialement p 298 et suivantes). Pour une critique de ce critère rédactionnel : SCIOTTI-LAM (Claudia), *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 383 et suivantes. Selon le Professeur ALLAND, le critère rédactionnel ne peut être qu'un indice. ALLAND (Denis), *L'applicabilité directe du droit international considéré du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?* RGDIP, 1998, Vol I, p 203.

dispositions conventionnelles l'absence d'effet direct du traité dans sa globalité. Face à cette impossibilité de démontrer assurément l'intention des parties, l'auteur prône l'abandon pur et simple du critère subjectif de l'effet direct en matière de traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme⁴⁴⁶ et propose de reconnaître une présomption en faveur de l'applicabilité directe⁴⁴⁷.

144. Enfin, l'admission de la présomption est facilitée par l'existence de recours individuels ou collectifs devant des organes supranationaux de contrôle. En effet, le droit international des droits de l'Homme propose des recours permettant de faire constater les violations, par les Etats, des droits garantis. Or, il semble délicat de considérer que les Etats parties n'auraient pas eu la volonté de créer des droits à destination des individus, alors qu'ils leur permettent de les faire valoir par la voie de recours internationaux.

145. La présomption de réalisation du critère subjectif de l'effet direct permet au juge national de s'affranchir d'une interprétation trop délicate et aléatoire de la volonté des Etats. La Cour de cassation ne devrait donc pas s'interroger sur l'intention des parties de créer des droits au bénéfice des individus. Paradoxalement, l'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation démontre que la Haute juridiction ne semble s'appuyer que sur ce critère afin de nier l'effet direct des traités ou des dispositions conventionnelles.

B- L'inadéquation de la jurisprudence actuelle à la spécificité des droits de l'Homme

146. Toutes les décisions négatives de l'effet direct, rendues par la juridiction du droit, paraissent s'appuyer sur le seul critère de la volonté des Etats. Il faut alors constater que la Haute juridiction n'a pas élaboré une jurisprudence spécifique aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Au contraire, recherchant dans la formulation du traité l'intention de l'Etat, elle délaisse totalement le critère objectif de l'effet direct, ne s'attache pas à évaluer la qualité de la norme.

147. Tout d'abord, la jurisprudence relative à la CIDE, niant l'effet direct du traité pris dans sa globalité, se fonde sur ce seul critère subjectif. La formulation employée par la première Chambre civile, dans l'arrêt LEJEUNE, en atteste : « ..., *cette convention qui ne crée des obligations qu'à la charge des Etats parties, n'étant pas directement applicable en droit interne* »⁴⁴⁸. La Cour s'appuie sur l'indice rédactionnel traditionnellement représentatif de la volonté des Etats.

⁴⁴⁶ SCIOTTI-LAM (Claudia), *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 407.

⁴⁴⁷ SCIOTTI-LAM (Claudia), Op. Cit. p 413.

⁴⁴⁸ Civ. 1^{re}, 10 mars 1993, Bull. civ. I, n°103, p 69. Solution transposée à l'identique dans l'arrêt du 2 juin 1993, Bull. civ. I, n°195, p 135.

Devant la faiblesse de sa motivation, la formation civile va, dans sa jurisprudence ultérieure rechercher un ancrage plus net de la volonté des parties. Elle pense le trouver avec l'article 4 de la CIDE « ..., conformément à l'article 4 de celle-ci, ses dispositions ne créent d'obligations qu'à la charge des Etats, de sorte qu'elles ne peuvent être directement invoquées par les juridictions nationales »⁴⁴⁹. Par cette motivation, la Haute juridiction rajoute à l'incohérence de sa jurisprudence. En effet, sa décision aboutit à faire produire des effets différents à des clauses similaires. Ainsi, la négation de l'effet direct du PIDCP n'a jamais été envisagée par la première Chambre civile, pas plus que par la Chambre sociale. Pourtant, l'article 2§2 du traité onusien relatif aux droits civils et politiques est similaire à la disposition conventionnelle issue du texte protecteur des droits de l'enfant.

Cette référence exclusive au critère subjectif est concevable dans le cadre d'une analyse globale du traité. En effet, seule une volonté des Etats parties peut conduire à la négation de l'effet direct de l'ensemble du texte. La Cour aurait alors dû s'attacher à motiver plus complètement sa décision, car son laconisme tend à démontrer qu'elle ne dispose pas d'arguments pertinents en faveur d'une telle solution.

148. Par ailleurs, alors même que la Haute juridiction ne s'inscrit pas dans une démarche globale d'analyse de l'effet direct, procédant à l'interprétation d'une seule disposition conventionnelle, elle s'appuie encore sur le critère subjectif. Dans son arrêt du 18 juin 1997, la Chambre criminelle décide que l'article 37 de la CIDE « ...ne crée d'obligation qu'à la charge des Etats »⁴⁵⁰. Ici encore, l'indice rédactionnel prend le pas sur toute autre forme d'interprétation. La solution est encore trop elliptique et se justifie difficilement. Si l'effet direct de l'article 37 du traité onusien peut être contesté, il serait plus adéquat d'envisager telle solution en se fondant sur le critère objectif, la qualité de la norme. Si la volonté des Etats peut suggérer une négation globale de l'effet direct du traité, elle semble plus inappropriée à justifier une interprétation de chaque disposition prise individuellement. Dans cette démarche, le caractère autoexécutoire de la norme sera à déterminer, puisqu'il est délicat de rechercher une intention des parties distincte pour chaque disposition conventionnelle.

149. L'arrêt rendu par la Chambre commerciale, le 25 janvier 2005⁴⁵¹, sur l'absence d'effet direct de l'article 11 du PIDESC, tempère ces affirmations puisque la Haute juridiction se contente de constater l'absence d'effet direct du texte. Elle ne motive pas la solution. Il est impossible de déterminer le critère ayant présidé à la négation.

150. Plus généralement, l'interprétation des arrêts relatifs à l'effet direct est rendue malaisée par la motivation elliptique. Or, le caractère elliptique découle de ce que La Haute juridiction s'appuie sur un critère subjectif dont le maniement est extrêmement délicat. Il

⁴⁴⁹ Civ 1^{re}, 15 juillet 1993 (2 arrêts), Bull. civ. I, n°259, p 179. Solution également retenue par la Chambre sociale, 13 juillet 1994, Bull. civ. V, n°236, p 161.

⁴⁵⁰ Bull. crim. n°244, p 806.

⁴⁵¹ Bull. civ. IV, n°16, p 15.

conduit à rechercher une intention non formulée, dont un simple éclairage pourrait potentiellement s'appuyer sur un indice rédactionnel très contesté. La tâche de la Haute juridiction serait amplement simplifiée si elle acceptait de prendre en compte le caractère objectif des droits de l'Homme. Elle pourrait ainsi présumer la volonté des Etats de créer des droits aux bénéfices des individus. Cette approche lui interdirait, certes, de nier l'effet direct du traité pris dans sa globalité, mais ne lui imposerait pourtant pas de reconnaître systématiquement le caractère autoexécutoire de toutes les dispositions conventionnelles. En effet, la présomption simple céderait lorsque la norme serait défectueuse.

§2 – La défectuosité de la norme seul fondement du renversement de la présomption

151. La condition objective de l'effet direct tient à la qualité de la norme. Afin d'être directement appliquée, la disposition conventionnelle devra revêtir certaines qualités de clarté, de précision et de complétude⁴⁵². La norme sera alors justiciable, l'Etat n'aura pas à prendre de mesures complémentaires d'exécution⁴⁵³. Dans le cas contraire, il faudra considérer que l'intervention législative est nécessaire, le texte ne posant, le plus souvent, que des objectifs programmatoires⁴⁵⁴. Selon le Professeur BECHILLON, il faut distinguer entre les engagements internationaux traditionnels et les Conventions visant à doter les individus d'une garantie juridique, de droits fondamentaux. Pour ces dernières, les personnes « *...sont donc nécessairement les destinataires naturels et immédiats d'un tel traité. Par là, sauf à admettre l'éventuelle nécessité de pallier tel grave défaut de précision ou de capacité auto-exécutoire affectant une de ses dispositions ponctuelles, il faut se rendre à la raison : le refus de conférer son applicabilité directe à une convention de protection des droits de l'homme relève, en son principe, d'une contradiction dans les termes* »⁴⁵⁵.

152. Le juge de cassation, lors de son interprétation de l'effet direct, doit s'attacher à la qualité de chaque disposition prise isolément. Cette analyse impose l'abandon définitif de la méthode globale. La recherche de la clarté, de la précision et de la complétude ne peut être effectuée qu'à l'égard de chaque texte. Si l'examen de la norme devait aboutir à sa négation, cette dernière ne pourrait résulter que d'une défectuosité du texte, qui nécessite des mesures complémentaires d'exécution⁴⁵⁶. Ce critère objectif de l'effet direct a fait l'objet de nombreux

⁴⁵² BRIBOSIA (Hervé), *Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue dans l'ordre juridique belge*, RBDI, 1996, p 33.

⁴⁵³ WASCHMANN (Patrick), *Les droits de l'homme*, 4^{ème} édition, Connaissance du droit, Dalloz 2002, p 125.

⁴⁵⁴ ALIPRANTIS (Nikitas), *Les droits sociaux sont justiciables*, Droit social février 2006, p 158.

⁴⁵⁵ DE BECHILLON (Denys), *De quelques incidences du contrôle de conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution)*, RFDA 1998, p 225 (spécialement p 230).

⁴⁵⁶ Cette analyse est partagée puis dépassée par le Commissaire du gouvernement Ronny ABRAHAM, qui considère de la conception moniste de la Constitution française présume l'effet direct de tous les traités. Mais cette présomption cède si le texte international ne garantit pas de droits au profit des particuliers et si les dispositions conventionnelles invoquées ne sont pas autoexécutoires : ABRAHAM (Ronny), *Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant*, Conclusions sur CE, Section, 23 avril 1997, GIDTI, RFDA, 1997, jurisprudence, p 585 (plus spécialement p 589 et suivantes).

travaux et doit être correctement défini (A) afin d'être mis en œuvre dans le contentieux spécifiquement dévolu à la Cour de cassation (B).

A- La définition du critère objectif de l'effet direct

153. Les exigences posées par le critère objectif de l'effet direct sont rigoureuses. En réalité, elles se dédoublent.

D'une part, la disposition conventionnelle doit être applicable de manière autonome, sans nécessiter de mesures complémentaires d'exécution. Pour ce faire, elle doit être claire, précise et complète. Ces trois caractéristiques découlent particulièrement de la jurisprudence de la CJCE⁴⁵⁷. Si la norme revêt ces qualités, elle sera considérée comme autoexécutoire ou *self executing*. Dans un raisonnement évinçant le critère de la volonté des Etats, la qualité de la norme conditionnera son effet direct.

D'autre part, la doctrine classique ajoute une exigence pour que la norme puisse être justiciable par la voie de l'effet direct. Selon elle, seule la disposition créatrice d'un droit subjectif est directement applicable. En réalité, cette exigence est une résurgence du critère subjectif de l'effet direct⁴⁵⁸. En effet, ce critère suppose que la volonté des Etats de créer des droits au bénéfice des individus soit démontrée. En présumant cette volonté, le raisonnement fait l'économie d'une recherche de l'intention des Etats, mais n'exclut pas que le texte soit créateur d'un droit à destination des individus.

Par conséquent, le critère objectif, définissant la qualité de la norme, imposerait de démontrer qu'elle est créatrice d'un droit subjectif suffisamment clair, complet et précis pour être directement appliqué. Le critère objectif de l'effet direct est donc doublement conditionné.

154. Le raisonnement transposé aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme devient paradoxal. D'une part, la reconnaissance de l'effet direct est simplifiée par la présomption. D'autre part, elle est re-verrouillée puisque le juge doit démontrer que la disposition est créatrice d'un droit subjectif né au bénéfice des individus. Cette contradiction conduit une partie de la doctrine, désireuse d'élargir l'effet direct à une multitude de dispositions conventionnelles, à tenter d'assouplir les exigences du critère objectif.

155. Si les caractéristiques de clarté, précision et complétude de la disposition conventionnelle fondent pour chacun l'effet direct, il faut distinguer entre l'approche

⁴⁵⁷ Ces exigences se retrouvent particulièrement dans la jurisprudence de la CJCE : arrêt COMITATO DI COORDINAMENTO CJCE, 23 février 1994, C-236/92, qui emploie la formule « *dispositions claires et suffisamment précises* ».

⁴⁵⁸ Cette exigence est parfois associée au critère subjectif de l'effet direct : CLAES (Erik), VANDAELE (Arne), *L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie axée sur les droits de l'homme*, RBDI 2001/2, p 411.

imposant que le texte définisse un droit subjectif au bénéfice de l'individu (1) et celle proposant un assouplissement du critère objectif de l'effet direct sur ce point (2).

1- La création de droits subjectifs en faveur des individus

156. Déjà, dans l'affaire de la compétence des tribunaux du Danzig, la CPIJ évoquait les « *droits et obligations pour les individus* »⁴⁵⁹ que les juridictions nationales pouvaient appliquer directement. Par la suite, la CJCE, dans ses définitions de l'effet direct, a confirmé cette exigence. Dans son arrêt VAN GEND et LOOS⁴⁶⁰, elle déduit de l'ancien article 12 du traité CE « *des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder* ». Elle précise dans son arrêt SIMMENTHAL⁴⁶¹ que les dispositions des traités fondateurs du droit communautaire sont « *...une source immédiate de droits et d'obligations pour tous ceux qu'elles concernent, qu'il s'agisse des Etats membres ou des particuliers qui sont parties à des rapports juridiques relevant du droit communautaire ; que cet effet concerne également tout juge qui, saisi dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un Etat membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire* ».

157. Cette référence récurrente aux droits des individus renvoie à la notion de droits subjectifs⁴⁶². Elle se retrouve dans toutes les définitions fondatrices relatives à l'effet direct des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Ainsi, selon Jacques VELU, produit des effets directs « *la norme claire d'un traité, juridiquement complète, qui impose aux Etats contractants soit de s'abstenir, soit d'agir de manière déterminée et qui est susceptible d'être invoquée comme source d'un droit propre par les personnes relevant de la juridiction de ces Etats ou de soumettre ces personnes à des obligations* »⁴⁶³. Le professeur VERHOEVEN affirme que « *..., l'applicabilité directe peut être entendue de l'aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités (juridictionnelles) de l'Etat où cette règle est en vigueur* »⁴⁶⁴. Dépassant la simple catégorie des traités protecteurs des droits de l'Homme, Ronny ABRAHAM déduit de la conception moniste de la Constitution française, une présomption d'effet direct des traités internationaux,

⁴⁵⁹ CPIJ, 3 mars 1928, avis consultatif n°15, Série B, n°15, p 18.

⁴⁶⁰ CJCE 5 février 1983, Arrêt VAN GEND et LOOS, 26/62, Rec., I.

⁴⁶¹ CJCE 9 mars 1978, affaire 106/77, recueil 609.

⁴⁶² LOUIS (Jean Victor), VANDERSANDEN (Georges), WAELBROECK (Denis), WAELBROECK (Michel), *La Cour de justice et les actes des institutions* in Commentaires Mégret, Le droit de la CEE, n°10, p 543 (plus spécialement p 544) ; DRAZEN (Petrovic), *L'effet direct des accords internationaux de la communauté européenne : à la recherche d'un concept*, PUF, 2000, Paris, p 14.

⁴⁶³ VELU Jacques, *Les effets directs des engagements internationaux relatifs aux droits de l'homme*, RBDI, 1980, p 293 (spécialement p 294).

⁴⁶⁴ VERHOEVEN (Joe), *La notion d'applicabilité directe du droit international*, RBDI, 1980, p 243.

ces derniers créant « ...des droits subjectifs dont les particuliers peuvent se prévaloir devant le juge national »⁴⁶⁵.

158. Si les traités internationaux sont sources du droit objectif interne, les droits de l'Homme sont eux créateurs de droits subjectifs⁴⁶⁶. Ils relèvent, selon le Professeur AUBERT, de la catégorie des droits extrapatrimoniaux et sont « *des prérogatives inhérentes à l'être humain et inviolables* »⁴⁶⁷. A ces droits subjectifs doivent être ajoutées les libertés consacrées dans les traités internationaux protecteurs des droits de l'homme. Il est très difficile de distinguer entre ces deux catégories. Les libertés trouvent, selon le Professeur TERRE, « *leur prolongement dans les droits subjectifs* »⁴⁶⁸. Il convient donc de leur appliquer le même régime sous la bannière unique des droits de l'Homme consacrés au plan international.

159. Toutefois, exiger d'une disposition conventionnelle qu'elle crée un droit subjectif dépasse incontestablement la simple clarté, précision et complétude découlant du critère objectif de l'effet direct. Ces conditions cumulées peuvent conduire le juge à nier trop facilement le caractère d'effet direct des dispositions conventionnelles. Ainsi, trop de droits ne parviendraient pas à la justiciabilité. Pour cela, de nombreux auteurs proposent de revenir sur les exigences du critère objectif.

2- Les propositions doctrinales en faveur de l'assouplissement du critère objectif

160. Alors que se dégage une volonté croissante de faciliter la justiciabilité des droits de l'Homme consacrés par les traités internationaux, notamment par le biais de la présomption d'effet direct, les exigences posées par le critère objectif du mécanisme seraient trop rigoureuses. Elles faciliteraient la tâche du juge inscrit dans une démarche négatrice de l'effet direct. Pour cette raison, de nombreux auteurs ont élaboré de pertinentes théories qui conduisent à revisiter la condition objective de l'effet direct dans le but de l'assouplir et d'admettre l'effet direct du plus grand nombre de dispositions conventionnelles.

161. Certaines théories doctrinales conduisent à remettre en cause l'exigence de création d'un droit subjectif. La réflexion de Madame SCIOTTI-LAM va en ce sens. L'auteur souhaite « *lever les barrières que certains juges internes placent de façon abusive au nom de l'applicabilité directe sur la voie de l'applicabilité des traités relatifs aux droits de l'homme* »

⁴⁶⁵ ABRAHAM (Ronny), *Les effet juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant*, Conclusions sur CE, Section, 23 avril 1997, GIDTI, RFDA, 1997, jurisprudence, p 585 (spécialement p 589). L'auteur avançait également l'exigence de création d'un droit, comme condition de l'application directe de la CEDH : ABRAHAM (Ronny), *L'applicabilité directe de la Convention devant la juridiction administrative*, RUDH, 1991, p 275.

⁴⁶⁶ Définis comme les « *prérogatives individuelles que les personnes ont vocation à puiser dans le corps de règles qui constitue le droit objectif* » : AUBERT (Jean-Luc), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 10^{ème} édition mise à jour, Armand COLLIN, 2004, Paris, n°2.

⁴⁶⁷ AUBERT (Jean-Luc), Op. Cit. n°201.

⁴⁶⁸ TERRE (François), *Introduction générale au droit*, 6^{ème} édition, Précis Dalloz, 2003, Paris, n°157.

en droit interne »⁴⁶⁹. Elle considère alors que « l'élément supplémentaire, selon lequel une norme conventionnelle est directement applicable si elle crée des droits et/ou des obligations dans le chef des particuliers...paraît réduire de façon excessive les possibilités pour une norme conventionnelle d'être directement applicable. En effet, il interdit notamment d'envisager qu'un juge applique directement une norme conventionnelle pour annuler ou écarter une norme interne contraire au traité en dehors de la reconnaissance d'un droit subjectif à un individu ». Aussi elle propose d'abandonner cette définition et de « ...qualifier une norme conventionnelle de "directement applicable" lorsqu'elle peut être appliquée par le juge sans qu'il soit nécessaire d'adopter des mesures d'exécution complémentaires ou précisant cette norme »⁴⁷⁰. Cette démarche « implique que la norme conventionnelle ne doit pas forcément créer des droits et/ou des obligations dans le chef des particuliers mais qu'elle peut notamment se limiter à créer des obligations pour les Etats parties, à compléter le droit interne, à permettre l'exclusion d'une norme interne contraire ou encore à se substituer au droit interne »⁴⁷¹.

Hervé BRIBIOSA va encore plus loin puisque, selon lui, l'absence de caractère autoexécutoire de la disposition conventionnelle n'interdit pas d'en admettre l'effet direct. Il faut, pour cela, établir une distinction entre les « effets directs subjectifs » et les « effets directs objectifs »⁴⁷². Les premiers se rattachent au caractère *self executing* des dispositions conventionnelles et exigent la création d'un droit au bénéfice des particuliers. Les seconds permettent l'applicabilité des dispositions conventionnelles obligeant simplement les Etats à mettre leur législation en concordance, par la voie d'une transposition. En effet, selon l'auteur, ces textes seraient « source de légalité interne ». Ainsi, « les individus pourraient à ce titre, dans le cadre de procédures appropriées, requérir le refus d'application, voire l'annulation de la règle étatique qui ne serait pas conforme à ladite disposition du traité. Ils pourraient également tenter une action en réparation du dommage causé par la violation par une autorité publique de la légalité objective »⁴⁷³. Selon Erik CLAES et Arne VANDELE, il conviendrait d'aboutir à un concept graduel d'effet direct qui se substituerait à la « vision minimaliste » de l'effet direct⁴⁷⁴.

162. La conception commune de ces auteurs se rattache à l'obligation du juge de statuer sur le fondement des dispositions conventionnelles. Ils cherchent à combattre l'idée selon laquelle certains droits de l'Homme ne seraient pas justiciables et tentent, par une manipulation des critères de l'effet direct, d'aboutir à une justiciabilité étendue des droits consacrés au plan

⁴⁶⁹ SCIOTTI-LAM (Claudia), *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, Bruxelles, n°559.

⁴⁷⁰ SCIOTTI-LAM (Claudia), Op. Cit. n°566.

⁴⁷¹ SCIOTTI-LAM (Claudia), Op. Cit. n°748.

⁴⁷² BRIBOSIA (Hervé), *Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue dans l'ordre juridique belge*, RBDI, 1996, p 33 (spécialement p 47).

⁴⁷³ BRIBOSIA (Hervé), Op. Cit.

⁴⁷⁴ CLAES (Erik), VANDELE (Arne), *L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie axée sur les droits de l'homme*, RBDI 2001/2, p 411 (spécialement p 439 et suivantes).

international. Pour ce faire, le juge est engagé à reconnaître les droits subjectifs dégagés par le traité, mais également à évincer, exclure ou annuler une règle interne qui ne serait pas conforme à une disposition conventionnelle. Il est vrai qu'il convient de replacer la notion d'effet direct dans une démarche imposant aux juges de tenir compte du droit positif interne auquel les traités sont intégrés. Cependant, il faut également envisager les compétences du juge au regard du contentieux qui lui est dévolu. Or, le contentieux que la Cour de cassation doit trancher peut rendre délicate la mise en œuvre de ces théories progressistes.

B- La pertinence du critère objectif classique de l'effet direct dans le contentieux de la Cour de cassation

163. Toutes les théories évoquées se rattachent aux pouvoirs du juge. Par conséquent, elles se heurtent à la distinction entre contentieux de la légalité et contentieux subjectif. En fonction du type de contentieux qu'il lui reviendra de trancher, la compétence du juge variera et par conséquent, il ne pourra pas mettre en œuvre toutes les potentialités découvertes par l'assouplissement du critère objectif de l'effet direct.

164. Le contentieux objectif est un contentieux mettant en cause la légalité⁴⁷⁵. Il engage le juge à trancher une prétention portant sur un droit objectif. Ce contentieux ne vise pas un intérêt personnel, mais conduit à préserver l'intérêt général⁴⁷⁶. Il s'exerce devant les juridictions administratives, dans le cadre du contrôle de la légalité, particulièrement le recours pour excès de pouvoir. Il aboutit à l'annulation des actes administratifs, qui aura un effet *erga omnes*⁴⁷⁷. Ainsi, le justiciable peut simplement arguer de la contrariété entre une disposition conventionnelle et le texte interne afin d'aboutir à la neutralisation de ce dernier. Peu importe que la norme internationale ne soit pas créatrice d'un droit subjectif, puisque l'intérêt propre à agir du demandeur est secondaire, même si indirectement il protège son intérêt personnel⁴⁷⁸. Ce contentieux est parfaitement adapté à une réception des assouplissements du critère objectif de l'effet direct. Le juge administratif peut évincer, exclure ou annuler une norme interne qui serait contraire aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, sans qu'il soit nécessaire de lui substituer une disposition conventionnelle créatrice d'un droit subjectif. Il devient donc naturel de lire, sous la plume du Professeur TIGROUDJA, que « ..., *l'approche subjective de l'effet direct n'habilitant le particulier à se prévaloir d'une disposition internationale que lorsqu'elle crée des droits à*

⁴⁷⁵ RIVIER (Marie-Claire), *Contentieux* in *Dictionnaire de la justice*, sous la direction de Loïc CADIET, PUF, 2004, Paris, p 227.

⁴⁷⁶ JEULAND (Emmanuel), *Droit processuel*, LGDJ, système droit, 2003, Paris, p 61 et suivantes.

⁴⁷⁷ PACTEAU (Bernard), *Contentieux administratif*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, p 31 ; DEBBASCH (Charles), RICCI (Jean-Claude), *Contentieux administratif*, 7^{ème} édition, Dalloz, 1999, Paris, p 264 et suivantes, 608 et suivantes.

⁴⁷⁸ PERROT (Roger), *Institutions judiciaires*, 4^{ème} édition, 2004, Paris, p 429 et suivantes.

son profit ne laisse pas de surprendre eu égard au caractère objectif du contentieux de la légalité dans le cadre duquel s'est posée cette question »⁴⁷⁹.

165. Les choses sont sensiblement différentes dans le cadre du contentieux subjectif dévolu à la Cour de cassation (1), encore qu'il faille certainement nuancer le propos puisque le contentieux de la légalité relève désormais des compétences de la Chambre criminelle, particulièrement depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal (2).

1- Le critère objectif de l'effet direct dans le contentieux subjectif dévolu à la Cour de cassation

166. Le contentieux dévolu à la Cour de cassation est subjectif. Il met en cause des intérêts privés directs et individuels. Il porte sur des droits subjectifs que les parties souhaitent défendre ou faire valoir. La notion d'intérêt personnel à agir est donc très marquée dans le contentieux soumis à la juridiction du droit⁴⁸⁰. De la capacité du justiciable à faire valoir cet intérêt, découlant d'un droit subjectif, dépendra finalement la recevabilité de l'affaire.

167. Cette spécificité n'est pas sans répercussion sur l'approche du critère objectif de l'effet direct. En effet, l'exigence de création de droits et obligations à destination des individus semble ressurgir avec vigueur et les pouvoirs du juge judiciaire à l'égard de l'application de la norme seront amoindris en comparaison de ceux dégagés dans le cadre du contentieux de la légalité.

Cette distinction n'a pas échappé aux auteurs prônant l'assouplissement du critère objectif de l'effet direct. Ainsi, selon Messieurs CLAES et VANDAELE : *« la question de savoir si de la disposition d'un traité naissent des droits subjectifs, reste certes pertinente d'un point de vue de la procédure (mais uniquement à ce niveau). Pour les cours et tribunaux du pouvoir judiciaire – entendu au sens strict du terme – il demeure en effet nécessaire que le plaignant invoque la violation d'un droit subjectif pour que l'affaire soit recevable... »⁴⁸¹*. Par conséquent Madame SCIOTTI-LAM constate que *« ..., l'exigence de la condition de l'existence d'un droit subjectif ne résulte pas du fait que le juge est en présence de l'invocation d'une norme conventionnelle mais du fait que, dans un certain nombre de contentieux, une requête n'est recevable que si le requérant agit pour la protection d'un droit subjectif... Comme le Conseil d'Etat peut être saisi d'un contentieux objectif, il bénéficie d'une marge d'application directe d'une norme conventionnelle plus large que celle des tribunaux judiciaire... dans le cas où une règle de droit interne serait invoquée devant un*

⁴⁷⁹ TIGROUDJA (Hélène), Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux, RFDA janvier – février 2003, p 154.

⁴⁸⁰ JEULAND (Emmanuel), Op. Cit. ; PERROT (Roger), Op. Cit.

⁴⁸¹ CLAES (Erik), VANDAELE (Arne), *L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie axée sur les droits de l'homme*, RBDI 2001/2, p 411 (spécialement p 428).

tribunal judiciaire alors qu'elle ne crée pas de droit subjectif, celui-ci devra également se déclarer incompétent »⁴⁸².

168. En effet, le contentieux dévolu à la Cour de cassation impose de revenir à une approche classique du critère objectif de l'effet direct. La disposition conventionnelle, outre, sa clarté, sa précision et sa complétude doit être créatrice d'un droit subjectif. Seule cette condition permettra au juge de l'appliquer. En outre, dans le cadre du contrôle de conventionnalité imposé par la mise en œuvre de la primauté⁴⁸³, la juridiction suprême de l'ordre judiciaire ne peut se contenter d'écarter la loi entachée d'inconventionnalité, mais doit lui substituer une disposition conventionnelle créatrice d'un droit subjectif. D'ailleurs, il s'agit d'un contrôle incident et le texte interne sera simplement écarté dans l'espèce soumise au juge⁴⁸⁴, qui ne pourra en aucun cas l'annuler.

169. Si la disposition conventionnelle n'était pas créatrice d'un droit subjectif, le juge de cassation évinçant la norme interne aboutirait à un déni de justice sauf à trouver dans son arsenal juridique un droit lui permettant de trancher le litige. Ces hypothèses semblent suffisamment spécifiques pour ne pas engendrer une redéfinition du critère objectif de l'effet direct. Il paraît, dans ces cas, plus pertinent d'envisager des formes alternatives de justiciabilité, permettant de se dégager des critères de l'effet direct⁴⁸⁵.

Plus généralement, si le justiciable en appelle aux droits de l'Homme afin de faire valoir sa cause, il y a tout lieu de penser qu'il ne trouve pas, en droit national, les moyens de la garantir. Dans le cas contraire, le juge n'aurait pas besoin de la disposition conventionnelle afin de trancher la cause et il n'y aurait plus lieu d'évoquer la question de l'effet direct. En effet, quand bien même la norme interne serait contraire au traité, en présence d'un autre droit apte à trancher le litige, le juge ne procéderait pas au contrôle de conventionnalité, devenu sans intérêt pour le justiciable.

170. Cependant, certains auteurs constatent un « *rapprochement du contentieux objectif tendant à la défense de la norme* » sans qu'un droit subjectif puisse être constaté, lorsqu'une liberté fondamentale fait l'objet d'une violation⁴⁸⁶. Encore faut-il, au moins, qu'un préjudice ait été personnellement subi par le demandeur et que la liberté puisse servir de fondement à la décision de la Cour. Elle doit donc être suffisamment précise. En vérité, les libertés définies

⁴⁸² SCIOTTI-LAM (Claudia), Op. Cit. n°600.

⁴⁸³ DE BECHILLON (Denys), *De quelques incidences du contrôle de conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution)*, RFDA 1998, p 225.

⁴⁸⁴ DESPORTES (Frédéric), *La protection, par les juridictions judiciaires, des droits et libertés proclamés par la convention européenne des droits de l'homme*, BICC n°573, 15 mars 2003, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

⁴⁸⁵ Certaines hypothèses d'exclusion sont pourtant envisageables, mais méritent d'être appréhendées sur un autre fondement que celui de l'effet direct : Cf. infra, cette partie, TII, CI, SI : l'invocabilité d'exclusion.

⁴⁸⁶ GUINCHARD (Serge) BANDRAC (Monique), S. DELISCOSTOPOULOS (Constantin), S. DELISCOSTOPOULOS (Ioannis), DOUCHY-LOUDOT (Mélina), FERRAND (Frédérique), LAGARDE (Xavier), MAGNIER (Véronique), RUIZ FABRI (Hélène), SINOPOLI (Laurence), SOREL (Jean-Marc), *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2005, Paris, n°670.

dans les traités internationaux, souvent protecteurs des droits civils et politiques, revêtent cette qualité et sont, depuis longtemps, reconnues d'effet direct. Cette similitude des contentieux ne permet pas, néanmoins, de gommer le caractère simplement incident du contrôle de conventionnalité.

171. Ainsi, la Cour de cassation doit trouver appui sur un droit subjectif afin d'appliquer la disposition conventionnelle protectrice des droits de l'Homme. Cette dernière complètera ou se substituera au droit interne, mais ne pourra que rarement servir sa seule éviction. Le critère objectif classique de l'effet direct révèle donc toute sa pertinence dans le contentieux dévolu à la Haute juridiction. Il faut toutefois préciser que l'examen de la légalité relève de la compétence de la Chambre criminelle. Par conséquent, les assouplissements envisagés à l'égard du critère objectif de l'effet direct, par la doctrine, pourraient être employés par la formation répressive de la Haute juridiction.

2- Le critère objectif de l'effet direct dans le contentieux de la légalité dévolu à la Chambre criminelle

172. Selon l'article 111-5 du NCP « *Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis* ». Par ce texte, le législateur clarifie la compétence de la formation répressive de la Haute juridiction dans le contentieux de la légalité. La solution n'est pas nouvelle, mais étend les effets d'une jurisprudence AVRANCHES et DESMARET, du 5 juillet 1951, par laquelle le Tribunal des conflits avait dégagé de l'article R. 26-15 du Code pénal, un principe permettant au juge répressif d'apprécier la légalité d'un règlement définissant une peine contraventionnelle, avant de condamner un individu. Elle éteint également les divergences nées entre cette juridiction et la Chambre criminelle, qui, depuis un arrêt du 21 décembre 1961, considérait que la compétence du juge pénal s'étendait au contrôle de la légalité des actes administratifs tant réglementaires qu'individuels⁴⁸⁷.

173. Cette exception d'illégalité est préjudicielle. Elle doit être invoquée par les parties avant toute défense au fond, mais le juge pénal peut également déclarer d'office l'illégalité de l'acte réglementaire. Depuis l'entrée en vigueur du NCP, les juridictions répressives peuvent interpréter et apprécier la légalité de tous les actes administratifs, qu'ils fondent les poursuites ou soient invoqués en défense. En outre, le texte impose que de cet examen dépende l'issue du procès pénal. La décision ne disposera, cependant, que de l'autorité relative de la chose jugée, distinguant concrètement les effets du contentieux de la légalité devant le juge pénal et devant le juge administratif.

⁴⁸⁷ Sur le contrôle de légalité voir DESPORTES (Frédéric), LE GUNEHHEC (Francis), *Droit pénal général*, 12^{ème} édition, Economica, 2005, Paris, p 230 et suivantes.

174. Malgré cette différence, une assimilation des contentieux de la légalité peut être avancée au regard du critère objectif de l'effet direct. En effet, la solution du juge a pour effet d'écartier l'acte illégal du procès en cours. Il ne semble pas impératif que cette éviction engendre une substitution au bénéfice d'un droit subjectif. Le juge pénal pourrait pratiquer un examen de la légalité – conventionnalité – de l'acte administratif et l'évincer sur le fondement d'une disposition conventionnelle non créatrice d'un droit subjectif de l'Homme. Dans le cadre du contentieux de la légalité déféré devant la Chambre criminelle, l'assouplissement des exigences posées par le critère objectif de l'effet direct serait donc possible. Le texte interne serait écarté en dehors de la reconnaissance d'un droit subjectif et l'effet direct de la disposition conventionnelle non créatrice de droits ou d'obligations à l'égard de l'individu serait envisageable.

175. La Chambre criminelle procède d'ores et déjà à l'éviction d'acte administratif contraire aux droits de l'Homme. Cependant, ce contrôle s'opère à l'égard des dispositions conventionnelles issues de la CEDH et donc déjà reconnues d'effet direct et créatrices de droits subjectifs. Avant l'entrée en vigueur du NCP, elle a considéré, dans un arrêt du 1^{er} février 1990⁴⁸⁸, que l'article R.362-4 du Code des communes ne pouvait être appliqué au soutien d'une poursuite. Afin d'asseoir sa décision, la Cour se fonde sur les articles 8 de la DDHC, 4 du Code pénal, mais également 6§3 et 7 de la CEDH. La formation répressive a également considéré, dans un arrêt du 26 mars 1996⁴⁸⁹, qu'il convenait de vérifier la compatibilité d'un arrêté d'expulsion au regard de l'article 8 de la CEDH, sur le fondement de l'article 111-5 du NCP. Dans ces décisions, la Haute juridiction procède d'office au contrôle de la légalité.

Le Tribunal de Grande instance de Rennes a décidé qu'un arrêté préfectoral ne pouvait servir de base licite à une poursuite pénale, en se fondant sur la non-conformité du texte à l'article 9 de la CIDE. Il prend soin de préciser que, contrairement à la solution dégagée par la Cour de cassation, l'article 4 du traité ne conditionne pas l'effet direct des dispositions conventionnelles « *suffisamment complètes et précises pour se dispenser de textes d'accompagnement de droit interne* »⁴⁹⁰. Le Tribunal se rattache donc au critère objectif de l'effet direct sans rechercher si le texte est fondateur d'un droit subjectif.

176. Le recours aux dispositions européennes ne sert que l'éviction de l'acte administratif contesté. Le fait qu'elles soient créatrices de droits subjectifs est donc sans incidence sur la solution du litige. Seule la non-conformité du texte national importe. Il serait donc possible de faire jouer un effet direct aux dispositions conventionnelles non créatrices de droits subjectifs.

⁴⁸⁸ Bull. crim. n°56, p 153. Solution confirmée par plusieurs arrêts ultérieurs : Crim. 22 mars 1990, pourvoi n°89-83561 (inédit titré) ; 17 juillet 1990, pourvoi n°90-82374 (inédit titré), arrêts disponibles sur le site internet Légifrance ; également Crim. 29 octobre 1991, Bull. crim. n°386, p 967.

⁴⁸⁹ Bull. crim. n°133, p 382. Voir également Crim. 3 juin 1998, Bull. crim. n°182, p 492.

⁴⁹⁰ TGI Rennes, 13 juin 1994, RDSS 1994, p 503, note MONEGER (Françoise).

D'ailleurs, dépassant le pur contentieux de la légalité, la solution serait transposable à l'éviction d'une loi définissant une infraction ou une sanction pénale contraire à ces mêmes dispositions conventionnelles. En pareille hypothèse, la simple éviction du droit national apporterait la solution du procès, interdisant la poursuite ou le prononcé de la peine.

177. L'ultime question qu'il convient, alors, de se poser se rattache à l'opportunité de placer sous la bannière de l'effet direct cette forme de justiciabilité des dispositions conventionnelles issues des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. En effet, les exigences posées par le critère objectif de l'effet direct seraient plus ou moins souples selon que le contentieux relève du subjectif ou de la légalité. Par conséquent, les mêmes dispositions conventionnelles pourraient être, dans un cas, dénuées d'effet direct et reconnues d'effet direct dans l'autre. Ainsi, selon la formation de la Haute juridiction et le type de contentieux, les solutions relatives à l'effet direct d'une même disposition conventionnelle divergeraient. Alors que l'immense confusion régnant autour de la notion d'effet direct est loin d'être dissipée, cette dissonance des solutions, certes fondée sur une interprétation des critères de l'effet direct, pourrait contribuer à compliquer plus encore le débat. L'ambiguïté des raisonnements pourrait même être amplifiée par le contentieux administratif, qui n'est pas systématiquement objectif, les mêmes causes produisant les mêmes effets.

178. Il est sans doute préférable de ne pas trop malmener le critère objectif de l'effet direct, mais de conserver les exigences définies par une jurisprudence internationale fondatrice et une doctrine internationaliste classique. Il semble opportun de considérer que le texte doit créer des droits et obligations à l'attention des individus afin d'être reconnu d'effet direct.

Cette démarche pourrait être contestée en raison des limites qu'elle impose à la justiciabilité des droits de l'Homme. Cependant, la critique est infondée si les juridictions nationales recherchent des méthodes alternatives ou complémentaires assurant cette justiciabilité⁴⁹¹. En outre, cette dernière est déjà facilitée par la présomption d'effet direct que la Cour de cassation pourra mettre en œuvre dans sa jurisprudence.

Section II – La mise en œuvre de la présomption d'effet direct dans la jurisprudence de la Cour de cassation

179. Dès lors qu'une présomption d'effet direct est posée à l'égard du traité, seule la défectuosité de la norme en permettra le renversement à l'égard de la disposition conventionnelle soulevée. Dans les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme se rencontrent les deux catégories de textes, immédiatement créateurs de droit et d'obligations ou simplement programmatiques. Il revient donc au juge de distinguer, en s'appuyant sur le

⁴⁹¹ Cette partie, Titre II.

critère objectif, si la disposition conventionnelle invoquée est, ou non, d'effet direct⁴⁹². Cette interprétation ne peut donc s'effectuer que dans le cadre d'une approche partielle de l'effet direct. L'admission d'une présomption d'effet direct s'accompagne nécessairement d'une analyse disposition par disposition de cette justiciabilité. Toute méthode globale doit être abandonnée. Cette démarche garantira la mise en œuvre formelle de la présomption d'effet direct dans la jurisprudence de la Cour de cassation (§1) et permettra au juge du droit de déterminer les dispositions conventionnelles revêtant cette qualité (§2).

§1 – La mise en œuvre formelle de la présomption

180. Pour Monsieur CHABERT, la jurisprudence de la Cour de cassation reconnaît déjà une présomption d'applicabilité directe aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme⁴⁹³. Il démontre la mise en œuvre de cette présomption par la simple application des dispositions conventionnelles, en particulier issues de la CEDH et du PIDCP. S'il est possible de déduire de cette application un effet direct de la norme invoquée au soutien du pourvoi, il semble plus périlleux de conclure à une présomption d'effet direct dont bénéficieraient les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. En réalité, pour mettre en œuvre cette présomption dans sa jurisprudence, la Haute juridiction pourrait définitivement marquer son attachement à l'approche partielle. Chaque disposition invoquée ferait l'objet d'un examen motivé (A) et la Haute juridiction devrait faire l'unité en son sein (B).

A- L'approche partielle motivée de l'effet direct

181. La présomption simple d'effet direct suppose que les parties ont entendu créer des droits et obligations au bénéfice des individus. Elle ne pourra donc être renversée que si la disposition conventionnelle est défectueuse, insusceptible de créer un droit et/ou nécessitant des mesures complémentaires d'exécution. Lors de son interprétation de la norme, le juge ne devra pas rechercher l'intention des parties, mais se contentera de vérifier que la disposition conventionnelle est autoexécutoire et créatrice d'un droit subjectif. Si une de ces qualités vient à faire défaut, la Haute juridiction rejettera l'effet direct de la disposition conventionnelle. Elle devra alors motiver efficacement sa solution. Or, l'ensemble des décisions relatives à l'effet direct révèle une absence de motivation ou une motivation lacunaire essentiellement centrée sur l'intention des parties.

182. La problématique envisagée par l'imprécision de la jurisprudence concernant l'effet direct des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme n'est en réalité qu'une

⁴⁹² SCIOTTI-LAM (Claudia), *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, Bruxelles, n°756, p 445.

⁴⁹³ CHABERT (Cyril), *Un traité bien mieux traité*, note relative aux arrêts de la Première Chambre civile du 18 mai 2005 et du 14 juin 2005, JCP G. II, 10115, p 1577 (plus spécialement p 1578).

illustration du débat sur la motivation des décisions de justice⁴⁹⁴ et plus particulièrement des arrêts de la Cour de cassation⁴⁹⁵. En effet, comme n'importe quelle juridiction, la Cour de cassation est tenue de motiver ses décisions, tout en s'abstenant de rendre des arrêts de règlement⁴⁹⁶. Les caractéristiques communes de ses arrêts, sous réserve des spécificités de chaque chambre⁴⁹⁷, sont la brièveté et le laconisme. Comme l'indique le Conseiller honoraire à la Cour de cassation Yves CHARTIER, afin de motiver ses décisions, la Cour de cassation va partir « *d'une affirmation pour en déduire les conséquences juridiques au regard de la décision qui lui est soumise* »⁴⁹⁸. Cette brièveté si caractéristique se justifierait par une volonté de rigueur, levant ainsi toute incertitude sur l'interprétation du droit⁴⁹⁹. En tant qu'interprète de la loi, la Cour disposerait d'un pouvoir normatif, ne la plaçant pas au niveau des autres juridictions⁵⁰⁰. Cependant, la concision des décisions peut devenir elle-même source d'ambiguïté lorsqu'elle ne permet pas de déduire le raisonnement emprunté par les magistrats⁵⁰¹ et la réelle teneur de la décision⁵⁰².

Tel est le cas de la jurisprudence relative à l'effet direct des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Il serait donc opportun, pour la Haute juridiction, de développer une argumentation allant au-delà de la simple déduction des conséquences découlant d'une affirmation de départ.

⁴⁹⁴ PERELMAN (Ch.), FORIERS (P.), *La motivation des décisions de justice*, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant, 1978, Bruxelles, passim ; ASSOCIATION Henri CAPITANT (Travaux), *La motivation*, TIII, Limoges 1998, LGDJ, 2000, Paris, passim.

⁴⁹⁵ VOULET (Jacques), *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation*, JCP 1970, I, n°2305 ; TOUFFAIT (Adolphe), TUNC (André), *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation*, RTDCiv. 1974, p 32.

⁴⁹⁶ Article 5 du Code civil.

⁴⁹⁷ La Chambre criminelle, par exemple, retranscrit *in extenso* le ou les moyens.

⁴⁹⁸ CHARTIER (Yves), *La Cour de cassation*, 2^{ème} édition, Connaissance du droit, Dalloz, 2001, p 95.

⁴⁹⁹ HEBRAUD (Pierre), *Le juge et la jurisprudence* in Mélanges offerts à Paul COUZINET, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, Toulouse, p 329 et plus spécialement p 347 et suivantes.

⁵⁰⁰ GIUDICELLI-DELAGE (Geneviève), *La motivation des décisions de justice*, Thèse de doctorat, Tome II, Université de Poitiers, p 628 et suivantes.

⁵⁰¹ Parlant de certains arrêts de cassation de la Cour de cassation monsieur PERDRIAU indique : « ...la recherche de formules lapidaires et le souci de « faire court » rendent parfois malaisée la compréhension de la cause et la portée de la cassation.

La Cour régulatrice se plait à affirmer à l'instar du législateur, davantage qu'à convaincre ou, simplement qu'à expliquer, et cela au contraire de plusieurs Cours suprêmes étrangères qui n'hésitent pas à donner à leurs décisions l'allure de consultations et à les « bourrer de références ».

On peut néanmoins regretter que, sans être pour autant prolixes, certains arrêts ne soient pas plus explicites et aient besoins d'être interprétés, éventuellement à la lumière des moyens, au risque de malentendus de la part, non seulement des praticiens du droit et des commentateurs, mais aussi et surtout des juridictions de renvoi et des justiciables » : PERDRIAU (André), *Les arrêts brevissimes de la Cour de cassation*, JCP 1996, I, n°3943.

Le professeur LEROY est encore plus explicite puisqu'il reproche à la Cour de cassation outre ses « motivations sibyllines », ses « citations de textes tronquées », de se laisser aller parfois à « une absence totale de motivation » : LEROY (Jacques), *La force du principe de motivation in La motivation*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, TIII, Limoges 1998, LGDJ, 2000, Paris, p 35.

⁵⁰² La France a d'ailleurs été condamnée dans l'affaire HIGGINS et autres du 19 février 1998 sur le fondement de l'article 6 de la CEDH, en raison d'un défaut de motivation de la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation. Pour un commentaire de cet arrêt, voir MARGUENAUD (Jean-Pierre), Observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, HIGGINS contre France, du 19 février 1998, RTDCiv. 1998, p 516.

183. A de rares exceptions près⁵⁰³, les pourvois déferés à la Cour de cassation n'abordent pas directement le problème juridique de l'effet direct. Une violation du droit consacré est soulevée au soutien du pourvoi. Il semblerait, alors, que la Haute juridiction n'ait pas à se prononcer sur la question de l'effet direct, surtout si elle décide d'appliquer le texte. En pareille hypothèse, l'effet direct de la disposition conventionnelle est sous-entendu par son application. Toutefois, en motivant plus clairement sa décision, la Cour ne s'éloignerait pas de la règle selon laquelle elle ne doit envisager que le moyen, tout le moyen, rien que le moyen.

184. La seconde hypothèse est encore plus choquante puisqu'un attendu lapidaire nie l'effet direct par l'intermédiaire d'une argumentation trop lacunaire. La Haute juridiction constate l'absence du critère subjectif de l'effet direct. Elle se limite à cette affirmation sans exposer les motifs lui permettant d'aboutir à une telle conclusion.

185. Ainsi, quelle que soit la position de la Haute juridiction à l'égard de l'effet direct, il s'avère impossible de déterminer les éléments ayant présidé à son admission ou à sa négation. La motivation de la Cour régulatrice ne respecte pas sa fonction primordiale de « *justification rationnelle de la décision* »⁵⁰⁴.

186. Cependant, on ne saurait croire que la Cour statue sur cette question déterminante sans s'appuyer sur des indices fiables. Or, c'est précisément ces indices que la Haute juridiction pourrait clairement exposer dans ses motivations afin de rendre la jurisprudence relative à l'effet direct parfaitement accessible et cohérente.

La motivation des décisions relatives à l'effet direct est essentielle, car elle est transposable et présente nécessairement un caractère de stabilité. Ainsi, la Haute juridiction peut parvenir, rapidement, à élaborer une jurisprudence parfaitement lisible qui servira de guide au justiciable.

Tout d'abord, la Haute juridiction doit se décider définitivement en faveur de la méthode partielle, qui lui permettra de mettre en œuvre la présomption d'effet direct. Ensuite, elle pourra justifier sa solution au regard de chaque disposition invoquée.

⁵⁰³ A titre d'exemple dans l'arrêt de la troisième Chambre civile du 1^{er} mars 1995, la ville de Paris, demanderesse au pourvoi, reprochait à la Cour d'appel d'avoir, sur le fondement de l'article 11 du PIDESC, permis à des squatters de bénéficier d'un délai de six mois pour quitter les lieux injustement occupés, et par ricochet d'avoir reconnu un droit à la réintégration de ces personnes expulsées en application d'une ordonnance de référé. La Cour d'appel avait donc admis l'effet direct du traité onusien. La Cour de cassation rejette ce moyen inopérant : « *Mais attendu que l'arrêt s'étant borné, dans son dispositif, à donner aux occupants un délai de six mois sans ordonner leur réintégration, le moyen qui ne critique que les motifs est irrecevable* ». Pourvoi n°93-19429, cédérom juridique Lamy. En l'espèce, la Haute juridiction par le biais de l'irrecevabilité du moyen ne s'engage pas sur le terrain de l'effet direct du traité pourtant explicitement abordé par le pourvoi. Il faudrait s'interroger sur le caractère implicite du dispositif de cette décision : sur cette question voir PERDRIAU (André), *Les dispositifs implicites des jugements*, JCP 1988, I, n°3352.

⁵⁰⁴ ANCEL (J.P.), *La rédaction de la décision de justice en France in Juges et jugements : l'Europe plurielle. L'élaboration de la décision de justice en droit comparé*, Colloque organisé par l'Institut de droit comparé de Paris et l'École de la magistrature, les 5 et 6 mai 1997, Société de législation comparée, 1998, Paris, p 91 et plus spécialement p 98.

187. Il ne paraît pas, dans une première approche, essentiel de spécifier le caractère d'effet direct des dispositions conventionnelles appliquées. Toutefois, les sous-entendus négligent l'œuvre pédagogique de la jurisprudence et pour emprunter les termes du Professeur Christian MOULY, « *l'importance de l'explication* »⁵⁰⁵.

En effet, le juriste saurait tirer enseignement de chaque arrêt rendu par la Cour à l'égard de la disposition visée. C'est, sans doute, dans cette démarche que s'est inscrite la première Chambre civile, à l'occasion des revirements relatifs à la CIDE. Alors que, dans une première décision, elle ne prend pas soin de spécifier l'effet direct de l'article 3§1⁵⁰⁶, le visant simplement au soutien de la cassation, elle signifie, dans un arrêt ultérieur, le caractère d'effet direct de la disposition conventionnelle⁵⁰⁷, puis de l'article 7 de la CIDE⁵⁰⁸. Elle offre ainsi aux demandeurs la possibilité de s'appuyer, dans chaque pourvoi, sur les textes justiciables. Le raisonnement permettant au juge de déduire l'effet direct est transposable, sous réserve que, dans le litige soumis au contrôle de la Cour de cassation, le mécanisme de justiciabilité à retenir soit l'effet direct.⁵⁰⁹

La jurisprudence bénéficie donc d'un caractère de fixité car, une fois admis l'effet direct d'une disposition conventionnelle, aucune réfutation de la solution de principe ne paraît probable. Dans ses arrêts ultérieurs, la première Chambre civile ne sera plus tenue de réaffirmer le caractère d'effet direct des dispositions déjà interprétées. La solution initiale fera œuvre de précédent et l'examen ne portera que sur la prétendue violation du droit de l'Homme.

Bien que la Haute juridiction ne statue que dans l'espèce soumise à son contrôle et non par voie de règlement⁵¹⁰, il n'en reste pas moins que son influence sur l'interprétation du droit reste incontestable⁵¹¹. La question de l'effet direct, dès lors qu'elle est tranchée par une

⁵⁰⁵ MOULY (Christian) : intervention au colloque *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, 6^{ème} partie, *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, La documentation française, 1994, Paris, p 123, Voir plus spécialement p 132, l'auteur indique : « *Pour se faire comprendre, il est nécessaire de s'expliquer. L'explication sur les raisons de choisir une solution plus qu'une autre et l'examen détaillé des arguments rejetés comme des arguments retenus permettrait à la Cour de Cassation d'insérer ses solutions dans le corpus juridique. Le juriste raisonnant essentiellement par analogie, seul l'arrêt motivé peut servir de référence et faire fonction de précédent. La Cour de Cassation doit pour cela en donner les fondements et la fonction par une motivation détaillée, longue, parfois redondante et digressive. Seule cette motivation permet de mesurer la portée d'une solution, de la distinguer de celles qui en sont divergentes et de l'utiliser par analogie à bon escient*».

⁵⁰⁶ Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, Bull. civ. I, n°212, p 180.

⁵⁰⁷ Civ. 1^{re}, 14 juin 2005, Bull. civ. I, n°245, p 207.

⁵⁰⁸ Civ. 1^{re}, 7 avril 2006, Pourvois n° 01-11.285 et 01-11.286.

⁵⁰⁹ Ainsi, certains textes d'effet direct peuvent, dans certaines hypothèses, emprunter d'autres mécanismes de justiciabilité : Cette partie, TII, CI, Section 2, §2, A.

⁵¹⁰ CHARTIER (Yves), *La Cour de cassation*, 2^{ème} édition, Connaissance du droit, Dalloz, 2001, p 114.

⁵¹¹ Ainsi que l'indique le Professeur AUBERT : « *...notre système judiciaire tend à assurer l'unité de l'interprétation jurisprudentielle – l'institution de la Cour de cassation en apporte la preuve – unité somme toute conforme au principe de l'égalité des citoyens devant la loi. Aussi bien les juges – tous les juges – s'ils sont effectivement investis – chacun – de la mission de dire le droit, doivent-ils faire preuve de mesure et de prudence dans l'exercice de cette fonction, et tenir compte de cet idéal recherché de l'unité de la jurisprudence. Ils doivent en particulier, reconnaître l'autorité que la loi confère à la Cour de cassation et savoir s'incliner devant sa doctrine : lorsque, sur une question débattue, cette Haute juridiction s'est clairement et fermement prononcée –*

motivation efficace et complète l'est pour le cas d'espèce mais également pour l'avenir. La décision motivée permettra « *l'anticipation rationnelle d'une solution dans des circonstances analogues* »⁵¹². Si l'analyse de l'effet direct est complète, rien ne justifiera un revirement de jurisprudence, dans la mesure où la disposition visée, hors le cas d'une dénonciation du traité, ne sera pas remise en question ni modifiée. Après avoir statué sur l'effet direct de l'article invoqué, la Haute juridiction, dans les contentieux à venir, se contentera de contrôler la conventionnalité du droit interne ou de la décision contestée, sans s'interroger à nouveau sur la capacité du texte à créer un droit directement applicable.

La solution vaut également lorsque l'effet direct de la disposition conventionnelle est nié, mais ici la simple affirmation de la négation ne peut être suffisante. La Haute juridiction doit motiver la négation en énonçant les indices qui l'ont conduite à considérer que le texte n'était pas autoexécutoire et/ou créateur d'un droit subjectif. La solution fera également œuvre de précédent.

188. D'une manière plus générale, la justification de la décision admettant ou niant l'effet direct peut conduire à un raisonnement par analogie, permettant au justiciable de tirer les conséquences des solutions de principe au regard d'autres dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme. Ainsi, l'issue des pourvois deviendra plus prévisible et permettra de développer une argumentation plus nourrie et surtout plus efficace. Particulièrement, une telle évolution de la jurisprudence relative à l'effet direct garantira une promotion véritable de tous les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. En effet, la capacité du justiciable à exploiter les motifs des arrêts de Cour de cassation le poussera à rechercher les textes fondateurs de droits d'effet direct, plutôt que de se limiter à une invocation systématique de la CEDH.

189. Enfin, la mise en œuvre de la présomption, outre la motivation de la décision, impose à la Cour de cassation d'aboutir à une jurisprudence unitaire, garantissant l'identité des solutions quelle que soit la formation saisie.

B- L'unicité de la jurisprudence relative à l'effet direct

190. La mise en œuvre de la présomption d'effet direct des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme ne permettra d'élaborer une jurisprudence cohérente que dans la mesure où la juridiction du droit trouve une unité en son sein. Aujourd'hui, la diversité

par la voie d'une Chambre mixte ou de l'Assemblée plénière, notamment – le juge du fond doit s'incliner – au moins pendant un temps – et faire sienne l'interprétation ainsi consacrée.» : AUBERT (Jean-Luc), Pour les rébellions constructives in La jurisprudence aujourd'hui : libres propos sur une institution controversée, RTDCiv. 1992, p 338.

⁵¹² SEVERIN (Evelyne), JEAMMAUD (Antoine), *Concevoir l'espace jurisprudentiel*, RTDCiv. 1993, p 91 (plus spécialement p 92).

des méthodes d'interprétation de l'effet direct ne garantit pas la lisibilité de la jurisprudence et l'issue du litige dépend de la formation devant laquelle il sera déféré.

191. Une étude générale des décisions démontre que la méthode partielle n'est pas acquise au sein de toutes les chambres. Le contentieux de la CIDE peut encore illustrer le propos. En effet, il est représentatif d'un échec dans la cohérence d'application d'un traité protecteur des droits de l'Homme. D'une part, il existait, relativement à la question de l'effet direct, une résistance des juges du fond⁵¹³ à la jurisprudence développée par la première Chambre civile. Cette divergence a conduit certaines juridictions à interroger la Haute juridiction qui a affirmé la constance de sa décision⁵¹⁴. D'autre part, la jurisprudence développée par la première Chambre civile, puis par la Chambre sociale, ne s'avérait pas concorder avec la solution retenue par la Chambre criminelle. Aux résistances des juges du fond s'ajoutait donc une divergence de méthode entre trois des différentes formations de la Cour.

Durant treize ans, aucune position tranchée n'a été fournie et des conséquences désastreuses ont pu en résulter. Pendant cette longue période d'incertitude, le justiciable pouvait considérer que les droits consacrés par le traité seraient appliqués ou déniés selon la formation saisie. Il a fallu attendre les arrêts rendus par la première Chambre civile, en mai et juin 2005⁵¹⁵, pour constater la consécration d'un revirement attendu. L'approche partielle de la première Chambre civile permet de reconnaître l'effet direct de certains droits consacrés par le traité. Aujourd'hui encore, aucune solution de principe n'est établie, puisque la Chambre sociale n'est pas revenue sur la jurisprudence négatrice de l'effet direct du traité pris dans sa globalité.

192. Dès lors, la juridiction suprême de l'ordre judiciaire échoue dans sa principale mission d'unification de l'interprétation de la règle de droit⁵¹⁶. Comme l'indique Monsieur

⁵¹³ Pour une liste non exhaustive, voir par exemple : GEOFFROY et DESGUE, note sous CA Rennes, 16 mars 1993, D 1995, jurisprudence p 113 (relativement à l'article 12 de la CIDE) ; MONEGER (Françoise), note sous TGI Rennes, 13 juin 1994, RDSS 1994, p 581 (relativement à l'article 12 de la CIDE) ; LABEE (Xavier), note sous TGI Lille, 28 juillet 1997, D 1998, jurisprudence, p 213 (relativement à l'article 7 de la CIDE) ; LARRIBAU-TERNEYRE, note sous CA Pau, 12 décembre 1994, D. 1995, jurisprudence p 544 (relativement à l'article 20 de la CIDE) ; MUIR-WATT (Hororia), note sous CA Paris, 10 juin 1997, RCDIP 1997, p 705 (relativement à l'article 21 de la CIDE).

⁵¹⁴ En effet, sont retranscrites, dans le bulletin d'information de la Cour de cassation, les questions posées par les juges du fond. En l'espèce, la Cour d'appel de Versailles interroge la Cour de cassation sur la pérennisation de la décision LEJEUNE rendue par la 1^{ère} Chambre civile le 10 mars 1993. A cette question la Haute juridiction répond que cette jurisprudence doit être considérée comme constante : BICC, 1996, n°429, site internet de la Cour de cassation.

⁵¹⁵ 1^{ère} civ. 18 mai 2005, pourvoi n°02-20.613, arrêt n°891 et 14 juin 2005, pourvoi n°04-16.942, arrêt n°1094 : disponibles sur le site internet de la Cour de cassation.

⁵¹⁶ Ainsi que l'indique le Professeur ATIAS : « *Par son existence même, la Cour de Cassation, juge du droit, gardienne de l'unité du droit, en témoigne. Dans l'image doctrinale de la Cour, la fonction unificatrice vient au premier rang. Gardienne de l'unité du droit, elle combat les divergences d'interprétation ou d'application des règles* » : ATIAS (Christian), *La Cour de cassation gardienne de l'unité du droit* in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, Paris, 1993, p 73.

BACHELLIER, « *Comment la Cour de Cassation pourrait-elle prétendre veiller à l'unification du droit si elle n'est pas capable de réaliser elle-même son unité interne ?* »⁵¹⁷.

Le Conseiller MASSIP s'exprimant sur la jurisprudence relative à la CIDE remarquait : « *Une modification de la position prise ne pourrait guère venir que d'une hypothétique décision de la chambre mixte ou de l'Assemblée plénière* »⁵¹⁸. Hypothétique ne semble pourtant pas être le terme le plus adéquat, constatation faite de ce que les circonstances entourant ce contentieux privilégiaient le règlement des litiges par l'une des formations exceptionnelles de la Cour de cassation. En effet, en vertu de l'article L. 131-2 du COJ, lorsqu'une question a reçu ou peut recevoir une solution divergente selon la chambre saisie, le renvoi devant une Chambre mixte peut être ordonné. Selon ce même texte, l'existence de divergences entre les juridictions du fond ou entre les juges du fond et la Cour de cassation, lorsque l'affaire pose une question de principe, peut pousser le Premier Président de la Cour à saisir l'Assemblée plénière⁵¹⁹. Tout porte donc à considérer que le règlement définitif du contentieux relatif à l'effet direct de la CIDE constitue un acte manqué. La saisine d'une Chambre mixte ou de l'Assemblée plénière aurait conduit à éclairer considérablement la question, en unifiant la jurisprudence de la Cour de cassation et en transmettant un message fort à destination des juridictions du fond sur une question déterminante d'interprétation d'une règle de droit international. D'ailleurs, l'opportunité d'une telle saisine est encore contemporaine, malgré les récents revirements opérés par la première Chambre civile, puisqu'un doute subsiste quant à la position qu'adoptera la Chambre sociale.

193. Si la jurisprudence récente démontre une préférence envers la méthode partielle, sa mise en œuvre diffère encore selon les traités et selon les formations de la Haute juridiction. Une approche implicite ou explicite de la question de l'effet direct peut être retenue. Aujourd'hui, les difficultés liées à l'application des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme sont relativement sérieuses. Seule la CEDH fait l'objet d'une jurisprudence étoffée. L'application d'autres textes n'en est qu'à ses balbutiements. Les pourvois fondés sur ces traités vont aller croissant, surtout à la lumière des développements récents relatifs à la CIDE. La Cour se trouvera, à l'avenir, fréquemment confrontée au problème de l'effet direct et il est primordial qu'elle s'exprime d'une seule voix sur cette question d'interprétation. Il est préférable, en cas de désaccord entre les différentes chambres de la juridiction suprême, que son Premier président saisisse, au plus vite, les formations exceptionnelles afin d'enrayer un processus inexorable de divergences, évitant, par-là même, que le contentieux relatif à la

⁵¹⁷ BACHELLIER (Xavier), *La Cour de cassation gardienne de l'unité du droit* in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, Paris, 1993, p 91.

⁵¹⁸ MASSIP (Jacques), *L'application par la Cour de cassation des conventions internationales récentes relatives à l'enfance*, PA 3 mai 1995, n°53, p 214.

⁵¹⁹ Sur ces questions, voir : VINCENT (Jean), GUINCHARD (Serge), MONTAGNIER (Gabriel), VARIMARD (André), *Institutions judiciaires*, 8^{ème} édition, Dalloz, 2005, Paris, n°415 – 417 ; KERNALEGUEN (Francis), *Institutions judiciaires*, 2^{ème} édition, Litec, 1999, Paris, n°253.

CIDE ne se reproduise, à l'avenir, à l'égard d'autres traités internationaux protecteurs des droits de l'homme. Le rapport annuel de la Cour de cassation pourrait également lui permettre de s'exprimer sur les mécanismes d'interprétation employés.

194. La Haute juridiction peut harmoniser ses méthodes et statuer de manière convergente quelle que soit la formation saisie. Pour cela, elle doit mettre en œuvre des méthodes d'interprétation des dispositions conventionnelles qui lui permettront de déterminer leur effet direct.

§2- La détermination des dispositions d'effet direct

195. L'interprétation globale pourrait ressurgir sous une autre forme. Elle ne serait plus attachée au traité international protecteur des droits de l'Homme, mais à la génération de ces droits. En effet, de nombreuses dispositions conventionnelles sont considérées comme dénuées d'effet direct parce qu'elles se rattachent à une catégorie de droits dits de la « seconde génération »⁵²⁰. Il s'agit des droits économiques, sociaux et culturels. La Cour de cassation pourrait considérer que ces textes ne revêtent pas les caractéristiques de textes d'effet direct, raisonnant non traité par traité, mais catégorie par catégorie. Cette approche est erronée, d'une part, parce que les droits économiques, sociaux et culturels ont été consacrés avant les droits civils et politiques⁵²¹, d'autre part, parce qu'elle interdit la justiciabilité d'un trop grand nombre de droit de l'Homme. En effet, les générations de droits de l'Homme se succèdent⁵²², au fur et à mesure que se développe la société, sans pour autant perdre leur caractère objectif.

196. En outre, l'interprétation de chaque disposition conventionnelle doit conduire la Cour de cassation à rechercher la plénitude de leur effet direct. Par plénitude, il faut entendre le cumul de l'effet direct vertical et de l'effet direct horizontal. Le contentieux dévolu à la Haute juridiction oppose des personnes et des intérêts privés, par conséquent, la dimension

⁵²⁰ BOSSUYT (Marc), *La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels*, RDH 1975, Vol VIII-4, p 783 (spécialement p 794).

⁵²¹ Ainsi, les droits économiques et sociaux sont les premiers consacrés sous l'égide de l'OIT. Les droits civils et politiques ne sont définis qu'après la deuxième guerre mondiale : VALTICOS (Nicolas), *Universalité et relativité des droits de l'homme* in Mélanges en l'honneur de Louis-Edmond PETTITI, Bruylant, 1998, Bruxelles. Cette prééminence des droits sociaux de l'homme s'explique par les répercussions du premier conflit mondial, qui mirent en exergue les revendications des travailleurs. Au contraire, les atrocités commises par le régime nazi durant la seconde guerre mondiale révélèrent la nécessité de garantir efficacement les droits civils et politiques : VALTICOS (Nicolas), *Nations, Etats, régions et communauté universelle : niveaux et étapes de la protection des droits de l'homme* in *Humanité et droit international*, Mélanges René-Jean DUPUY, Pedone, 1991, Paris p 339.

⁵²² YOUSOUFI (Abderrahmane), *Réflexion sur l'apport de la troisième génération des droits de l'homme*, p 427 et BENAR (Georges), *Vers des droits de l'homme de la quatrième dimension. Essai de classification et de hiérarchisation des droits de l'homme*, p 75, in *Les droits de l'homme à l'aube du 21^{ème} siècle*, Karel VASAK amicorum liber, Bruylant, 1998, Bruxelles ; également, MARCUS HELMONS (Silvio), *La quatrième génération des droits de l'homme* in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges en l'honneur de Pierre LAMBERT, Bruylant 2000, Bruxelles.

horizontale a une importance tout aussi considérable que la dimension verticale de l'effet direct.

197. Afin de parvenir à une véritable rationalisation de sa jurisprudence, la Cour de cassation va devoir emprunter le chemin qui lui permettra de dépasser le clivage générationnel des droits de l'Homme (A) tout en recherchant la plénitude de l'effet direct de chaque disposition conventionnelle (B).

A- Le dépassement du clivage entre les générations des droits de l'Homme

198. De nombreuses théories doctrinales conduisent à démontrer que les droits économiques, sociaux et culturels sont justiciables, notamment grâce au mécanisme de l'effet direct. Certaines peuvent être transposées au contentieux dévolu à la Cour de cassation (A). En outre, la jurisprudence développée par la Haute juridiction à l'égard de certaines conventions OIT rassure sur la justiciabilité des droits de l'Homme dits de la seconde génération (B).

1- Les apports théoriques transposables dans le contentieux de la Cour de cassation

199. La dénomination de droits programmatoires ou à réalisation progressive est employée couramment par la doctrine⁵²³. Le plus souvent, sont évoqués, sous ces vocables, les droits économiques, sociaux et culturels, considérés comme révélant l'obligation positive pour l'Etat de réaliser, du mieux qu'il le peut, les objectifs posés par le traité international⁵²⁴. Sont alors retenus les termes de « *droits créances* » pour cette « *seconde génération de droits de l'homme* »⁵²⁵. L'interrogation sur la justiciabilité de ces droits est encore bien réelle. En effet, alors que les droits civils et politiques créateurs de droits subjectifs, seraient directement applicables par le juge interne, les droits sociaux, n'ayant pas acquis ce caractère⁵²⁶, ne pourraient être consacrés que par l'intervention étatique, seule capable de concrétiser les objectifs posés par le traité. Ils ne seraient donc pas soumis au contrôle du juge⁵²⁷, car ces dispositions conventionnelles ne seraient pas autosuffisantes.

⁵²³ JACOBS (Nicolas), *La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels*, RBDI, 1999, I p 19.

⁵²⁴ BOSSUYT (Marc), *La distinction juridique entre droits civils et politiques et droits économiques, sociaux et culturels*, RDH, Vol. VIII, 4, 1975, p 783 (voir plus spécialement p 789 et suivantes).

⁵²⁵ CAPITANT (David), *A propos de la protection des droits économiques et sociaux en France* in *Les droits individuels et le juge en Europe*, Mélanges en l'honneur de Michel FROMONT, PU de Strasbourg, 2001, Strasbourg, p 127.

⁵²⁶ BOSSUYT (Marc), *La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels*, RDH 1975, Vol VIII-4, p 783 (spécialement p 794).

⁵²⁷ IMBERT (Pierre-Henri), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels*, Revue du droit public et de la science politique, 1989, volume I, p 739 ; DECAUX (Emmanuel), *La*

Ce raisonnement s'approche d'une démarche globale qui n'est désormais plus fondée sur un traité pour lequel les parties n'auraient pas eu la volonté de créer des droits à destination des individus, mais sur la nature des droits consacrés.

200. Cette distinction rigoureuse entre générations de droits de l'Homme n'est pas satisfaisante. Tout d'abord, la cohérence impose de raisonner disposition par disposition et non catégorie par catégorie. Ainsi, tout droit social, économique ou culturel n'est pas nécessairement programmatore, *a fortiori* s'il s'est réalisé dans l'ordre juridique de l'Etat partie au traité ; tout comme le caractère programmatore du droit n'est pas synonyme de son absence de justiciabilité⁵²⁸. Par ailleurs, l'appartenance à une catégorie des droits de l'Homme ne conditionne pas l'effet direct⁵²⁹. D'autant qu'une convergence semble se dessiner entre les différentes générations, estompant du même coup le classement en catégories de droits de l'Homme⁵³⁰.

201. Refusant de distinguer entre les différentes générations des droits de l'Homme, le Professeur Asbjorn EIDE considère que toutes les dispositions conventionnelles peuvent engendrer, dans le chef des Etats, trois obligations : celles d'appliquer, de respecter et de protéger⁵³¹. Cette division tripartite des obligations a également été consacrée par le CDESC dans son observation générale numéro 12, relative au droit à une nourriture suffisante, tel que défini par l'article 11 du PIDESC⁵³².

réforme du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels in *Droit et justice*, Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS, Pedone, 1999, Paris, p 405.

⁵²⁸ Cf. infra cette partie, Titre II.

⁵²⁹ TOMASEVSKI (Katarina), *justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels*, Revue de la Commission internationale des juristes, édition spéciale *Droits économiques, sociaux et culturels et le rôle des juristes*, Bangalore, Octobre 1995-Décembre 1995, n°55, p 223.

⁵³⁰ DE SCHUTTER (Olivier), *Les générations des droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux* in *juger les droits sociaux*, colloque organisé par l'Association ADEAGE, le 19 octobre 2000, Chroniques de l'OMIJ n°2, PULIM, 2004, Limoges, p 13 et suivantes.

⁵³¹ KUMADO (Kofi), *La surveillance des droits économiques, sociaux et culturels*, Revue de la Commission internationale des juristes, édition spéciale *Droits économiques, sociaux et culturels et le rôle des juristes*, Bangalore, Octobre 1995-Décembre 1995, n°55, p 111 (plus spécialement p 114). Ce triptyque a notamment été appréhendé par le CDESC dans son observation générale n°12 relative au droit à une nourriture suffisante, site internet de l'ONU, document E/C.12/1999/5, n°15.

⁵³² Observation générale n°12 du 12 mai 1999, E/C.12/1999/5, disponible sur le site internet de l'ONU : §15 : « Comme tous les autres droits de l'homme, le droit à une nourriture suffisante impose aux États parties trois sortes ou niveaux d'obligation : les obligations de respecter et de protéger ce droit et de lui donner effet. Cette dernière obligation comprend en fait l'obligation de prêter assistance et celle de distribuer des vivres. L'obligation qu'ont les États parties de respecter le droit de toute personne d'avoir accès à une nourriture suffisante leur impose de s'abstenir de prendre des mesures qui aient pour effet de priver quiconque de cet accès. Leur obligation de protéger ce droit leur impose de veiller à ce que des entreprises ou des particuliers ne privent pas des individus de l'accès à une nourriture suffisante. L'obligation qu'a l'État de donner effet à ce droit (en faciliter l'exercice) signifie qu'il doit prendre les devants de manière à renforcer l'accès de la population aux ressources et aux moyens d'assurer sa subsistance, y compris la sécurité alimentaire, ainsi que l'utilisation desdits ressources et moyens. Enfin, chaque fois qu'un individu ou un groupe se trouve, pour des raisons indépendantes de sa volonté, dans l'impossibilité d'exercer son droit à une nourriture suffisante par les moyens dont il dispose, l'État a l'obligation de faire le nécessaire pour donner effet directement à ce droit (distribuer des vivres). Il a la même obligation envers les victimes de catastrophes, naturelles ou autres. »

Si la première obligation ne semble pas relever de la compétence du juge, puisqu'elle se rattache essentiellement à l'obligation de réalisation progressive, en revanche les obligations de respecter et de protéger révèlent la capacité du juge à garantir la justiciabilité du droit.

202. Comme le remarque le Professeur DE SCHUTTER, l'obligation de respecter, qui impose à l'Etat de ne pas « *s'immiscer dans l'exercice d'un droit garanti* » et l'obligation de protéger qui implique pour la partie contractante de ne pas « *tolérer des atteintes de la part d'autres particuliers* », sont parfaitement justiciables, quelle que soit la catégorie des droits de l'Homme⁵³³. Dans ces hypothèses, le droit réalisé doit être préservé contre les différentes atteintes qui pourraient lui être portées. Ainsi, un droit réalisé perd son caractère programmatique et entre dans le patrimoine des individus, revêtant les critères d'une norme d'effet direct. Il reviendra au juge judiciaire de le respecter et de le protéger, sans tenir compte de son origine générationnelle, ni de la formulation initialement employée par la disposition conventionnelle.

203. Les droits considérés comme simplement programmatiques ne semblent pas inexorablement réduits à la négation de leur effet direct. Au contraire, la position semble s'inverser si le droit vient à se réaliser dans la législation de l'Etat partie au traité. L'objectif programmatique se transforme en droit subjectif par l'intermédiaire de l'intervention étatique. La Haute juridiction peut garantir l'application du droit devenu d'effet direct. De même, par une application de l'effet direct horizontal, le juge de cassation est en mesure de protéger le droit des atteintes pouvant y être portées par les particuliers. Mais dans ces deux hypothèses, le juge n'est pas tenu de faire appel au traité afin de motiver sa décision, puisqu'il existe dans le droit interne les moyens de satisfaire aux obligations internationales. En revanche, si le législateur venait à limiter, au-delà de ce qui est envisagé par le traité, un droit réalisé, il reviendrait, *in fine*, au juge judiciaire d'évincer la législation interne en s'appuyant sur la disposition conventionnelle, lui faisant ainsi produire un effet direct.

204. De la même manière, si par sa législation interne, l'Etat venait à autoriser une atteinte à un droit réalisé, il reviendrait au juge de faire jouer la théorie de non-rétrogradation⁵³⁴, afin d'évincer la législation interne en s'appuyant sur la disposition conventionnelle.

En effet, l'obligation de non-rétrogradation peut également imposer à la Cour de cassation un contrôle dans la mise en œuvre des droits programmatiques. La progressivité des droits impose parfois aux Etats parties d'avancer par paliers successifs, chaque législation devant contribuer à réaliser graduellement l'objectif posé par la disposition conventionnelle. Mais, il semble incompatible avec la progressivité de revenir sur les avancées réalisées depuis la

⁵³³ DE SCHUTTER (Olivier), Op. Cit.

⁵³⁴ SCIOTTI-LAM (Claudia), *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, Bruxelles, n°826 et suivants.

ratification du traité⁵³⁵. Cette obligation dite de *standstill*, interdisant la régression, a été dégagée par le CDESC lors de son observation générale numéro 3, relative à la nature des obligations des Etats parties découlant de l'article 2§1 du PIDESC. Selon le Comité, au regard de la disposition conventionnelle, « *toute mesure délibérément régressive dans ce domaine doit impérativement être examinée avec le plus grand soin...* »⁵³⁶. L'obligation de *standstill* doit permettre également la justiciabilité des droits programmatoires mais semble se rattacher plus particulièrement au contrôle de légalité. Elle a pourtant été envisagée par les juridictions judiciaires belges⁵³⁷.

205. La Cour de cassation, bien que le caractère elliptique de sa jurisprudence ne permette pas de tirer de rigoureuses conclusions, ne semble pas s'être émancipée de la distinction existant entre les différentes générations de droits. Les justifications de cette approche sont à rechercher dans les critères de l'effet direct et, plus précisément, dans la volonté des parties contractantes de créer des droits, directement applicables, au bénéfice des particuliers. Cette volonté se révèle déterminante, dans l'approche de l'effet direct, au sein de la Cour de cassation. Or, l'interprétation de cette volonté, stimule, dans l'opinion commune, l'opposition traditionnelle entre droits civils et politiques justiciables et droits économiques, sociaux et culturels, exclus du débat judiciaire⁵³⁸.

206. La crainte de reconnaître l'effet direct de droits économiques, sociaux et culturels peut expliquer la négation globale de l'effet direct de la CIDE, puisque le traité onusien garantissant les droits de l'enfant consacre aussi bien des droits civils et politiques, qu'économiques, sociaux et culturels. Cette distinction pourrait également laisser craindre un rejet de l'effet direct de la CSE⁵³⁹. Elle révèle, une nouvelle fois, les inconvénients soulevés par la mise en œuvre du critère subjectif de l'effet direct à l'égard des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Elle démontre, également, l'impérativité de s'en détacher, afin de se concentrer plus efficacement sur le caractère autoexécutoire des diverses dispositions conventionnelles, qui n'engendre pas une approche générationnelle des droits de l'Homme.

⁵³⁵ SCIOTTI-LAM (Claudia), *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, Bruxelles, n°826.

⁵³⁶ Site internet de l'ONU, document E/1991/23, §9.

⁵³⁷ Sur la jurisprudence Belge, voir DE SCHUTTER (Olivier), VAN DROOGHENBROECK (Sébastien), *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Larcier, 1999, Bruxelles, I.12, p 113 (Cour de cassation, Première Chambre civile, 20 décembre 1990).

⁵³⁸ BOSSUYT (Marc), *La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels*, RDH 1975, Vol VIII-4, p 783 ; JACOBS (Nicolas), *La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels*, RBDI, 1999, I p 19.

⁵³⁹ Sur la question de l'article 20 de la Partie III, voir SCIOTTI (Claudia), *L'applicabilité de la Charte sociale européenne dans l'ordre juridique des Etats contractants* in *Droits sociaux et droits européens. Bilan et prospective de la protection normative*, Colloque du 19 octobre 2001, sous la direction de Jean-François FLAUSS, collection Droit et justice n°39, Menesis, Bruylant, 2002, Bruxelles, p 175 (plus spécialement p 192 et suivantes).

207. Aux auteurs qui considèrent que les droits de l'Homme économiques, sociaux et culturels ne produisent pas d'effet direct⁵⁴⁰ ou ne peuvent s'appliquer dans les relations interindividuelles⁵⁴¹, s'opposent désormais ceux qui découvrent au sein des traités des dispositions conventionnelles justiciables sur ce fondement⁵⁴². En particulier, Monsieur Alain CARILLON distingue entre les droits insuffisamment précis dans leur rédaction et les dispositions pouvant jouer un effet direct, car elles définissent notamment des minimums conventionnels qu'il convient de respecter⁵⁴³. Il est rejoint sur ce point par le Professeur ALIPRANTIS qui remarque que les droits sociaux définissent un noyau, un contenu minimum de « *création immédiate* » et « *directement justiciable* »⁵⁴⁴. Il déborde même l'argument en affirmant, que « ...le fait d'être un simple principe n'exclut en aucune façon le fait d'être une règle de droit, de même il n'exclut pas le fait d'être un droit subjectif »⁵⁴⁵.

208. La réalité tend à démontrer qu'au sein de tous les traités protecteurs des droits de l'Homme, y compris ceux consacrant des droits économiques, sociaux et culturels, il existe des dispositions *self executing*, alors que d'autres sont purement programmatiques. Une brève analyse du droit comparé permet de constater que certaines juridictions étrangères ont admis l'effet direct de quelques dispositions de la Charte sociale européenne⁵⁴⁶ et/ou du PIDESC⁵⁴⁷. De telles solutions n'ont pas été consacrées par la Cour de cassation française pas plus que par le Conseil d'Etat⁵⁴⁸.

Toutefois, la jurisprudence développée à l'égard de l'effet direct de certaines dispositions conventionnelles issues de conventions OIT permet d'envisager avec plus de sérénité la

⁵⁴⁰ Et plus largement ne sont pas justiciables : à propos du PIDESC, LAMBERT (Pierre), *La mise en œuvre juridictionnelle des droits économiques, sociaux et culturels* in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, sous la direction de Rusen ERGEC, Bruylant, 1995, Bruxelles, p 107 (plus spécialement p 115).

⁵⁴¹ A propos de la CSE : LYON-CAEN (Pierre), *L'application des traités internationaux relatifs aux droits sociaux par la Cour de cassation* in *Juger les droits sociaux*, colloque organisé par l'Association ADEAGE, le 19 octobre 2000, Les chroniques de l'OMIJ n°2, PULIM, 2004, Limoges, p 63 (spécialement p 64).

⁵⁴² SCIOTTI-LAM (Claudia), Op. Cit. n°821 et suivants ; également BLECKMANN (Albert), *Interprétation et application en droit interne de la Charte sociale européenne, notamment du droit de grève*, Cahiers de droit européen, 1967, p 388 (plus spécialement p 403 et suivantes).

⁵⁴³ CARILLON (Alain), *Les sources européennes des droits de l'homme salarié*, Thèse de doctorat sous la direction du Professeur Jean-Pierre MARGUENAUD, soutenue à Limoges, le 18 octobre 2004.

⁵⁴⁴ ALIPRANTIS (Nikitas), *Les droits sociaux sont justiciables*, Droit social février 2006, p 158 (plus spécialement p 161).

⁵⁴⁵ ALIPRANTIS (Nikitas), Op. Cit. p 160.

⁵⁴⁶ BONNECHERE (Michèle), *Charte sociale et droits nationaux* in *La Charte sociale européenne*, collection rencontres européennes, Bruylant, 2001, Bruxelles, p 107 et plus spécialement p 116 ; MIKKOLA (Matti), *La nature et le contrôle des droits sociaux de l'homme* in CONSEIL de L'EUROPE, *L'établissement des premiers rapports nationaux sur l'application de la Charte sociale européenne*, Actes de la réunion multilatérale organisée par le secrétariat de la Direction générale des droits de l'homme, DG II, Droits de l'homme, Cahiers de la Charte sociale – n°10, Conseil de l'Europe, 2001, Strasbourg, p 21.

⁵⁴⁷ DE SCHUTTER (Olivier), VAN DROOGHENBROECK (Sébastien), *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Larcier, 1999, Bruxelles, arrêts Henri du CE Belge du 22 mars 1995, II, n°13, p 389 et Syndicat progressiste pour le personnel de la gendarmerie du 15 juillet 1993, III, n°10, p 517.

⁵⁴⁸ SCIOTTI-LAM (Claudia), Op. Cit. n°815 ; TIGROUDJA (Hélène), *Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux*, RFDA janvier – février 2003, p 154.

justiciabilité des traités internationaux protecteurs des droits économiques, sociaux et culturels de l'Homme.

2- Les perspectives générées par la jurisprudence rendue à l'égard des Conventions OIT

209. « *L'admission des droits sociaux au rang de droits de l'homme* » résulte de divers traités, qui jusqu'à une période récente demeuraient en retrait du considérable travail normatif fourni par l'OIT⁵⁴⁹. Il semble alors pertinent de s'inspirer de la jurisprudence rendue par la Cour de cassation à l'égard des conventions OIT, afin d'imaginer les développements jurisprudentiels qui pourront résulter des textes protecteurs des droits économiques, sociaux et culturels de l'Homme. Cette comparaison est d'autant plus satisfaisante qu'il est bien difficile de ne pas identifier, dans certaines de ces conventions, les marques de droits sociaux qui pourraient se révéler de l'Homme.

210. Si la plupart des conventions OIT ne dégagent d'obligations qu'à l'égard des gouvernements, il demeure que bon nombre de dispositions conventionnelles revêtent les caractéristiques de normes d'effet direct⁵⁵⁰. Or, deux arrêts de la Cour de cassation identifient une justiciabilité de certaines de ces dispositions par une application directe implicite et un troisième renforce cette certitude par une décision explicite.

Le premier, rendu par la Chambre sociale le 4 février 1987⁵⁵¹, est intéressant car la Haute juridiction casse la décision d'appel sur le fondement de l'article 3 de la Convention OIT numéro 3 du 28 novembre 1919, texte relatif à la protection de la maternité. En effet, la Cour d'appel avait mal interprété et appliqué la disposition conventionnelle. En censurant cette décision sur le fondement de la disposition conventionnelle, la Cour de cassation reconnaît l'effet direct du droit au congé maternité tel que défini par la Convention OIT. Certes, ce texte se rattache plus aux droits du travail qu'aux droits de l'Homme, mais renseigne efficacement sur la justiciabilité des conventions internationales protectrices des droits sociaux et présuppose un effet direct équivalent de certains droits de l'Homme.

Cette conclusion se vérifie dans le deuxième arrêt, rendu par la Chambre mixte le 10 avril 1998⁵⁵². A la suite d'une action intentée par divers syndicats professionnels, le Front national

⁵⁴⁹ MOULY (Jean), *Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'homme* in *Juger les droits sociaux*, colloque organisé par l'association ADEAGE le 19 octobre 2001, Les chroniques de l'OMIJ n°2, PULIM, 2004, Limoges, p 119 (spécialement p 125 et suivantes) ; également paru à la revue *Droit social*, septembre/octobre 2002, p 799 (spécialement p 802 et suivantes).

⁵⁵⁰ JEAMMAUD (Antoine), *Sur l'applicabilité en France des conventions internationales du travail*, *Droit social*, mai 1986, n°5, p 399 (plus spécialement p 403) ; DUBOUIS (Louis), *La portée des instruments internationaux de protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique français* in *Les droits de l'homme dans le droit national en France et en Norvège*, Édition Eivind SMITH, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1990, p 131 (plus spécialement p 143).

⁵⁵¹ Bull. Civ. V, n°66, p 42.

⁵⁵² Bull. Chambre Mixte n°2, p 5.

de la police ne pouvait plus se prévaloir de la qualité de syndicat, ni utiliser la dénomination le rattachant au parti politique du même nom. Considérant qu'une telle interdiction équivalait à la dissolution de la structure, il avait formé pourvoi en cassation, arguant d'une violation de la liberté syndicale telle que consacrée par l'article 6 du préambule de la Constitution de 1946, 11 de la CEDH et 2 de la Convention internationale du travail numéro 87, du 9 juillet 1948, relative à la liberté syndicale et à la protection du syndicat. Son pourvoi est rejeté, car la Chambre mixte considère que la liberté syndicale ne s'oppose pas à ce que les personnes disposant de la qualité à agir puissent contester la qualité de syndicat à un groupement professionnel, lorsque ce dernier ne respecte pas les conditions de constitution d'un syndicat posée par l'article L.411.2 du Code du travail ou lorsque son objet n'est pas la défense des intérêts des personnes visées par ses statuts, tel que l'impose l'article L.411.1 du même Code. La Haute juridiction confronte donc le droit national à la liberté syndicale, tel que défini par les conventions internationales, faisant jouer à ces dernières un effet direct implicite. Cet arrêt n'aurait qu'un intérêt limité s'il ne se référait pas à une liberté également garantie par les traités protecteurs droits économiques, sociaux et culturels. En effet, le PIDESC (article 8§1 a et c) et la CSE révisée (article 5) consacrent les mêmes droits. D'ailleurs, le texte onusien prévoit dans le paragraphe 3 de l'article 8, que l'application du traité protecteur des droits de l'Homme ne pourra entraver l'exercice la liberté syndicale telle que définie par la Convention OIT numéro 87. Il faut alors considérer que rien ne s'oppose à ce que ces dispositions conventionnelles soient également reconnues d'effet direct par la Haute juridiction.

La dernière décision est instructive, car elle aborde explicitement la question de l'effet direct des conventions OIT, démontrant que la démarche partielle est également employée à leur égard. Cet arrêt est rendu par la Chambre sociale le 29 mars 2006⁵⁵³. En l'espèce, la Cour était amenée à se prononcer sur la compatibilité du licenciement sans préavis des salariés ayant une ancienneté inférieure à six mois au regard de la Convention OIT du 22 juin 1982, relative au licenciement. Selon l'article 11 de ce texte, le travailleur qui va être licencié a droit à un préavis d'une durée raisonnable ou à une indemnité s'y substituant. Toutefois, l'article 2§2 b) permet à l'Etat d'exclure du champ d'application de la Convention les travailleurs dont la période d'ancienneté, fixée par la loi et présentant un caractère raisonnable, ne serait pas atteinte. La question se posait alors de savoir si la durée de six mois requise par la loi française était raisonnable. Ainsi que le précise la Chambre sociale dans un communiqué⁵⁵⁴, la question du contrôle de conventionnalité ne peut être abordée que si l'effet direct de la Convention OIT est admis. Pour cette raison, la formation sociale de la Haute juridiction reconnaît préalablement que les articles 1^{er}, 2§2 b) et 11 de la Convention n°158 sont d'application directe en France. Par ricochet, la Cour peut procéder au contrôle de conventionnalité et décide que le délai de six mois est raisonnable au sens de l'article 2§2b).

⁵⁵³ Pourvoi n°04-46.499 (publié au bulletin), disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

⁵⁵⁴ Disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

Cette décision démontre que la Chambre sociale procède à une analyse de l'effet direct des conventions OIT disposition par disposition, méthode qui sera transposable aux traités internationaux protecteurs des droits économiques, sociaux et culturels de l'Homme.

211. L'approche partielle est donc applicable à toutes les générations de droits de l'Homme. Il revient, alors, à la Cour de cassation de rechercher la plénitude de l'effet direct, afin d'appliquer, en fonction du litige soumis à son contrôle, soit un effet direct vertical, soit un effet direct horizontal.

B- La recherche de la plénitude de l'effet direct des dispositions conventionnelles

212. Le contentieux dont la Cour de cassation est saisie va la conduire à exploiter les deux dimensions de l'effet direct. Les litiges entre personnes privées engageant une discussion autour d'une disposition conventionnelle protectrice des droits de l'Homme ne se limitent pas à mettre en exergue l'inadéquation d'une norme étatique, mais s'appuient de plus en plus fréquemment sur la violation d'un droit de l'Homme imputable à une personne privée. Or, seules certaines dispositions de la CEDH bénéficient d'une plénitude de l'effet direct. Cette prédilection du traité européen à faire intervenir le mécanisme de justiciabilité dans toutes ses dimensions découle de la jurisprudence de la Cour EDH. Toutefois, la Haute juridiction peut découvrir dans certaines dispositions conventionnelles, issues d'autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, une vocation à l'horizontalité.

213. En préalable, il faut préciser que si toutes les dispositions conventionnelles susceptibles de jouer un effet direct horizontal ont vocation à revêtir un effet direct vertical, la réciproque n'est pas vraie. Certains droits ne sont opposables qu'à l'Etat. Par conséquent, après avoir déterminé l'effet direct vertical (A), le juge de cassation, pourra, en fonction de litige soumis à son contrôle, vérifier si la disposition conventionnelle peut s'appliquer entre personnes privées (B).

1- La détermination des dispositions conventionnelles d'effet direct vertical

214. Certains auteurs ont tenté d'élaborer des guides d'interprétation à destination du juge. Monsieur OLINGA propose une application croisée de trois critères qui permet une classification des articles de la CIDE en trois catégories. Selon lui, le juge doit, tout d'abord, prendre en considération le destinataire formellement désigné par la disposition. Ensuite, la précision de l'obligation juridique pesant sur l'Etat peut être envisagée sur une échelle de cinq paliers comportant les abstentions, les obligations positives, les dispositions mixtes, les obligations plus souples et les « *brumes* ». Enfin, les droits véritablement conférés à l'enfant seront distingués également par paliers, allant des prérogatives précises pouvant être

défendues en justice, aux droits conditionnés par l'adoption de mesures d'accompagnement internes, aux dispositions simplement programmatoires, pour finir par les textes non créateurs de droit ou ne s'adressant pas à l'enfant. Le croisement de ces trois critères permet à l'auteur de classer les dispositions conventionnelles en trois groupes rassemblant les droits certainement d'effet direct, les dispositions au seuil de l'effet direct et enfin les textes non directement applicables⁵⁵⁵.

Cette méthode est assez contraignante, car elle impose au juge saisi d'une disposition conventionnelle de procéder au classement de l'ensemble des normes afin de déterminer si le texte soumis à son contrôle entre, par comparaison aux autres, dans telle ou telle catégorie. En outre, le système de croisement des critères est extrêmement restrictif puisque l'auteur ne retient, dans la CIDE, que huit droits indéniablement d'effet direct⁵⁵⁶. Par ailleurs, cinq droits sont au seuil de l'effet direct⁵⁵⁷. Parmi ceux là, il est surprenant de rencontrer le droit à la vie, dont le caractère autoexécutoire ne semble pas pouvoir faire de doute. D'ailleurs, les limites de ce classement sont révélées par la jurisprudence même puisque les articles 3 et 12 entrent dans cette deuxième catégorie alors que la première Chambre civile admet leur effet direct.

215. Selon Cyril CHABERT⁵⁵⁸ et Guillemette MEUNIER⁵⁵⁹, il serait possible de calquer la jurisprudence relative à l'effet direct de la CIDE sur celle développée à l'égard de la CEDH et du PIDCP. Cette démarche d'identification des droits est pertinente, si elle ne conduit pas à limiter l'effet direct aux droits civils et politiques. En effet, la CIDE crée des droits économiques, sociaux et culturels dont il importe de rechercher l'effet direct. Or, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, rares sont les décisions apportant un éclairage sur la justiciabilité de ces dispositions conventionnelles. Par conséquent, le raisonnement comparatif peut être opéré, mais reste insuffisant. La jurisprudence novatrice de la première Chambre civile pourrait, à l'avenir, conduire à reconnaître l'effet direct de certains droits économiques, sociaux et culturels de la CIDE. Dans ce cas, c'est précisément la convention onusienne qui pourrait se transformer en traité référant au bénéfice d'autres textes.

216. Le Professeur ALLAND détermine l'effet direct des dispositions conventionnelles par « *la technique du faisceau d'indices* ». Il invite l'interprète à prendre en considération la précision de la disposition, son objet (conférer des droits ou imposer des obligations aux

⁵⁵⁵ OLINGA (Alain-Didier), *L'applicabilité directe de la Convention internationale sur les droits de l'enfant devant le juge français*, RTDH, 1995, p 678.

⁵⁵⁶ Articles 1 (relatif au champ d'application *ratione personae* de la CIDE), 7 (droit de l'enfant à connaître ses origines), 9 (droit de l'enfant à ne pas être séparé de ses parents), 13 (droit de l'enfant à la liberté d'expression), 14 (droit de l'enfant à la liberté de pensée de conscience et de religion), 15 (droit de l'enfant à la liberté d'association et de réunion pacifique), 16 (droit au respect de la vie privée de l'enfant), 30 (droit à la vie culturelle de l'enfant appartenant à une minorité).

⁵⁵⁷ Article 3 et 12 de la CIDE, ainsi que 2 (principe de non-discrimination), article 6 (droit à la vie de l'enfant) et 8 (droit de l'enfant à préserver son identité).

⁵⁵⁸ CHABERT (Cyril), *Un traité bien mieux traité*, note relative aux arrêts de la Première Chambre civile du 18 mai 2005 et du 14 juin 2005, JCP G. II, 10115, p 1577 (plus spécialement p 1579).

⁵⁵⁹ MEUNIER (Guillemette), *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties*, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2002, Paris, p 122.

Etats), sa perfection (elle ne nécessite pas de mesures nationales complémentaires) et le vocabulaire employé qui permet de considérer l'intention des parties⁵⁶⁰. Cette méthode semble plus aisée à mettre en œuvre, car elle n'impose pas d'analyser toutes les dispositions conventionnelles. En revanche, l'un des indices retenus est la formulation. Dans une conception traditionnelle de l'effet direct, il se rattache directement à la condition subjective. Cet indice pourrait alors être évincé dans la mesure où la présomption d'effet direct présuppose la réalisation du critère subjectif, puisque les Etats sont présumés avoir eu l'intention de créer des droits et obligations au bénéfice des individus.

217. Pourtant, la terminologie employée par les auteurs du traité ne doit pas être totalement négligée. Au contraire, elle peut être pertinemment exploitée au titre du critère objectif de l'effet direct. En effet, la formulation employée par les rédacteurs a nécessairement une répercussion sur le caractère précis et complet de la norme et surtout sur sa capacité à créer des droits à destination des individus. Les normes engageant les Etats à prendre des mesures progressives ne peuvent être considérées comme autoexécutoires et se voir conférer le caractère de normes d'effet direct. En revanche, il ne faut pas être tenté de nier l'effet direct dès lors que la disposition conventionnelle débute par une référence à l'Etat. Peu importe que l'obligation incombe à un Etat, dès lors qu'elle crée un droit suffisamment précis et complet, ne nécessitant pas de mesures complémentaires d'exécution. En outre, les juridictions nationales émanent de l'Etat et endossent la responsabilité de respecter les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme.

218. Ainsi, au-delà des différentes méthodologies élaborées en doctrine, il semble pertinent de laisser une marge d'appréciation au juge qui interprète le traité. La simple lecture de la disposition conventionnelle lui permettra le plus souvent d'apprécier sa qualité, sans qu'il soit véritablement nécessaire de mettre en œuvre une méthode d'interprétation particulière.

L'article 7 de la CIDE selon lequel « *L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* », semble incontestablement créer un droit subjectif immédiatement disponible dans le chef de l'enfant.

En revanche, l'article 11 précisant que « *les Etats parties prennent des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger. A cette fin, les Etats parties favorisent la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants* », impose à l'Etat une obligation positive. Ce droit est à réalisation progressive et ne devrait pas bénéficier d'un effet direct lui permettant d'être invoqué devant les juridictions judiciaires.

⁵⁶⁰ ALLAND (Denis), *L'applicabilité directe du droit international considéré du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?* RGDIP, 1998, Vol I, p 203 (spécialement p 221).

219. Afin de déterminer s'il convient de reconnaître l'effet direct, le juge ne devrait pas raisonner à l'égard de la disposition conventionnelle prise dans sa globalité. En effet, un article unique peut définir une kyrielle de droits. Dans ce cas, le juge peut scinder le texte. Au sein d'un même article, certains droits peuvent remplir les conditions requises par le mécanisme de l'effet direct, alors que d'autres mesures sont à réalisation progressive. L'article 13 du PIDESC fournit un parfait exemple. Ce texte définit le droit de toute personne à l'enseignement. Il impose aux Etats parties de s'assurer du plein exercice de ce droit. *A priori*, il devrait être dénué d'effet direct. Toutefois, il convient d'affiner le raisonnement. L'article 13 du PIDESC est un texte très complet qui se divise en 2 paragraphes. Le premier définit le droit à l'éducation et le second énonce les différentes obligations qu'il engendre pour l'Etat. Afin de respecter leurs obligations conventionnelles, les Etats parties doivent disposer d'un enseignement primaire « *obligatoire et accessible gratuitement à tous* » (article 13§2a). Il ne fait aucun doute que cette partie de la disposition conventionnelle constitue un droit immédiatement exigible par les individus et donc d'effet direct. En revanche, « *L'enseignement secondaire, sous ses différentes formes, y compris l'enseignement secondaire technique et professionnel, doit être généralisé et rendu accessible à tous par tous moyens appropriés et notamment par l'instauration progressive de la gratuité* » (article 13§b). Cette partie de la disposition conventionnelle ne peut pas être considérée d'effet direct, car elle suggère une intervention progressive de l'Etat afin de réaliser les objectifs de généralisation et de gratuité de cet enseignement.

220. Par ailleurs, il faut inviter le juge à rendre son interprétation du critère objectif de l'effet direct cohérente sur deux points.

Tout d'abord, les mêmes droits de l'Homme sont garantis par plusieurs traités. Bien que la formulation employée soit différente selon les dispositions, il semble inconcevable de considérer qu'un droit identique puisse être reconnu ou dénué d'effet direct selon son origine conventionnelle. Le droit à la liberté de réunion et d'association est garanti par l'article 11 de la CEDH, il comprend également le droit de fonder et de s'affilier à des syndicats. La Cour de cassation lui fait produire un effet direct. Or, l'article 5 de la Partie II de la CSE définit le droit syndical. La terminologie employée est distincte : « *en vue de garantir ou de promouvoir la liberté pour les travailleurs et les employeurs de constituer des organisations locales, nationales ou internationales, pour la protection de leurs intérêts économiques et sociaux et d'adhérer à ces organisations, les Parties s'engagent à ce que leur législation nationale ne porte pas atteinte à cette liberté* ». Elle pourrait laisser supposer que les Etats ont simplement l'obligation positive de prévoir une législation protectrice de la liberté syndicale. Mais cette interprétation semble erronée. Au contraire, le texte est d'effet direct et la primauté découlant de l'article 55 de la Constitution française permettra d'évincer tout texte contraire à la liberté syndicale. Cette disposition conventionnelle impose au juge judiciaire de s'assurer que le droit interne infraconstitutionnel est conforme au traité.

221. Ces guides d'interprétation doivent permettre de définir un raisonnement garantissant l'accès à l'effet direct d'un nombre plus important de dispositions conventionnelles. Toutefois, l'approche du mécanisme de justiciabilité peut varier dans un litige purement interindividuel. Dans cette hypothèse, le juge de cassation devra rechercher si la disposition conventionnelle a vocation à jouer un effet direct horizontal.

2- La détermination des dispositions conventionnelles d'effet direct horizontal

222. En préalable à toute détermination des dispositions conventionnelles susceptibles de bénéficier d'un effet direct horizontal, il paraît primordial de définir les litiges qui relèvent précisément de ce mécanisme de justiciabilité.

Des auteurs ont analysé l'effet horizontal « ...comme une extension de l'opposabilité des droits de l'Homme aux rapports interindividuels. Le domaine des rapports entre personnes privées se voit alors investi par les droits fondamentaux, qui, naturellement trouvent à s'y appliquer et doivent y être respectés. La construction ouvre un champ supplémentaire aux droits de l'individu mais emporte pour lui des obligations nouvelles de respect, autrefois conçues comme étant l'apanage du seul Etat »⁵⁶¹.

223. L'élaboration des droits de l'Homme concerne les individus et, par conséquent, ces derniers bénéficient des droits tout autant qu'il leur revient de les respecter à l'égard d'autrui. Dans le contentieux déféré à la Cour de cassation, particulièrement devant les Chambres civiles, les litiges opposent toujours des personnes privées. Il serait possible, dans une première démarche de considérer que l'effet direct horizontal est systématiquement mis en œuvre par la juridiction du droit.

Il n'en est rien puisque l'effet horizontal des dispositions conventionnelles est concevable dès lors que l'atteinte est portée par un particulier ou un groupement, sans que l'intervention étatique puisse être constatée. Cette atteinte surgit du fait d'une action ou omission de l'individu. La violation peut également résulter d'un acte juridique privé unissant des particuliers ou portant éventuellement atteinte à des tiers. Par conséquent, les normes élaborées par l'Etat ne sont pas en jeu dans le litige.

Au contraire, si la violation d'un droit de l'Homme, bien que bénéficiant à un particulier, résulte d'une application du droit interne, la référence au traité aura pour vocation de démontrer l'inconciliabilité du texte avec la disposition conventionnelle. Peu importe alors que la solution ait une répercussion sur le litige interindividuel, l'effet direct appliqué est

⁵⁶¹ PAULIAT (Hélène), SAINT-JAMES (Virginie), *La notion d'effet horizontal in CEDH et droit privé*, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD, La documentation française, 2001, Paris, p 75 (spécialement p 77).

vertical, puisque le texte litigieux émane de l'Etat. Il en est de même si la violation procède d'une décision de justice.

224. Il est également possible de traduire en terme d'obligations étatiques les champs respectifs de l'effet direct vertical et de l'effet direct horizontal. Cette démarche est empruntée par la Cour EDH⁵⁶², mais se transposera différemment devant les juridictions judiciaires. Les droits de l'Homme imposent à l'Etat de s'abstenir de leur porter atteinte (obligation négative), mais également de prendre des mesures permettant de les consacrer ou de les préserver (obligation positive). La Cour de cassation peut être amenée à constater une ingérence de l'Etat qui doit s'abstenir de faciliter l'atteinte aux droits de l'Homme entre individus, il s'agit alors de la violation d'une obligation négative. Si le droit interne en résultant permet à une personne privée de porter atteinte aux droits de l'Homme d'autrui, le juge pourra mettre en œuvre l'effet direct vertical afin de démontrer que les textes nationaux sont contraires aux dispositions conventionnelles invoquées. En revanche, si l'Etat n'a pas rempli une obligation positive de préserver les droits de l'Homme entre personnes privées, le juge peut constater la carence du droit interne, et appliquer horizontalement et directement la disposition conventionnelle qui pallie l'insuffisance du droit interne. Il s'agit alors d'un effet direct horizontal.

225. Après avoir déterminé que le litige relevait de l'effet direct horizontal, le juge de cassation doit décider si la disposition conventionnelle invoquée peut être appliquée dans une telle dimension. Toutes les dispositions conventionnelles peuvent, potentiellement, revêtir un effet direct vertical, puisqu'en acceptant les obligations dégagées par le traité, l'Etat peut se voir opposer ses engagements. En revanche, toutes les dispositions conventionnelles d'effet direct vertical ne bénéficient pas nécessairement de la plénitude de l'effet direct. Certains textes ne peuvent être opposés qu'à l'Etat, c'est-à-dire à l'encontre de normes émanant de ses représentants.

Tout d'abord, la distinction entre normes susceptibles de jouer un effet direct horizontal ou simplement un effet direct vertical ne se rattache pas à la hiérarchie des droits de l'Homme⁵⁶³. Certains droits intangibles pourront être opposés à un individu, tout autant que les droits conditionnels.

La distinction s'articule plutôt autour de la compétence des autorités publiques. Ainsi que le précise Dean SPIELMANN, plusieurs « *...articles de la convention [la CEDH] ou de ses protocoles ne peuvent, de par leur nature même, que s'adresser aux autorités publiques* »⁵⁶⁴. La violation de certains droits ne peut résulter que d'une action ou d'une omission de l'Etat.

⁵⁶² SUDRE (Frédéric), *GA CourEDH*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris, p 29.

⁵⁶³ SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, p 203 et suivantes.

⁵⁶⁴ SPIELMANN (Dean), *Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention in L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la direction de Frédéric SUDRE, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 133 (plus spécialement p 161).

Ils ne seront pas opposables aux individus. L'auteur remarque ainsi que, dans le droit de la CEDH, l'interdiction du travail forcé ou obligatoire, le droit à la liberté et la sûreté, le principe de légalité criminelle, le droit au mariage, le droit à des élections libres, la liberté de circulation, l'interdiction de l'expulsion des nationaux ou de l'expulsion collective des étrangers, l'interdiction de l'emprisonnement pour dette ou les garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers, sont autant de textes qui ne peuvent faire l'objet d'un effet horizontal.

226. En outre, la Cour de cassation n'a développé de jurisprudence relative à l'effet horizontal qu'à l'égard de la CEDH. Or, elle doit désormais rechercher si d'autres dispositions conventionnelles issues de certains traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme n'ont pas vocation à emprunter une telle forme de justiciabilité.

Dean SPIELMAN précise, également, que quelques traités se réfèrent aux devoirs des individus. Cette précision suggère, selon lui, que certaines dispositions conventionnelles pourront revêtir un effet direct horizontal. Ainsi, les deux Pactes de New-York spécifient, dans leur préambule, que chaque personne privée a des « *devoirs envers les autres individus* »⁵⁶⁵.

Dans une première approche, elle pourra transposer aux textes convergents les solutions dégagées à l'égard de la CEDH. Ainsi, l'article 8 de la Convention définit le droit au respect de la vie privée, tout comme l'article 17 du PIDCP et 16 de la CIDE. En l'état de la jurisprudence actuelle, les deux premières dispositions conventionnelles sont d'effet direct vertical⁵⁶⁶. L'article 16 du traité relatif au droit de l'enfant n'a pas fait l'objet d'une décision rendue par la Cour de cassation, mais sa formulation étant quasiment identique à celle de l'article 17 du PIDCP, rien ne semble s'opposer à la transposition de la jurisprudence à son égard. En revanche, seul l'article 8 de la CEDH bénéficie d'un effet direct horizontal certain⁵⁶⁷. Or, dans son interprétation de la condition objective de l'effet direct, la Cour de cassation devra s'assurer de la concordance de l'effet direct des dispositions garantissant les mêmes droits aussi bien dans la dimension verticale que dans la dimension horizontale du mécanisme de justiciabilité.

Au-delà de la concordance, chaque disposition invoquée au soutien d'un pourvoi doit faire l'objet d'une interprétation de l'effet direct vertical ou horizontal. Certains droits sociaux de l'Homme ont vocation à revêtir un effet direct horizontal. Pour ne retenir qu'un exemple, il est possible de se référer à la Partie I de la CSE. Ce texte précise notamment que les travailleurs ont droit à des conditions de travail équitables, à la sécurité et à l'hygiène dans le

⁵⁶⁵ SPIELMANN (Dean), Op. Cit. Spécialement p 157.

⁵⁶⁶ Civ. 1^{re}, 19 mars 1991, D 1991, jurisprudence p 568, note VELARDOCCIO (Dominique) : application directe des articles 8 de la CEDH et 17 du PIDCP.

⁵⁶⁷ Sur la jurisprudence relative à l'effet horizontal de l'article 8, voir cette Partie, ce Titre, Chapitre I, Section 2, §2.

travail etc... Il n'est pas inconcevable de considérer que ce texte a vocation à être appliqué dans les relations unissant un employeur à son salarié.

227. La dimension horizontale de l'effet direct impose à la Cour de cassation une double interprétation du critère objectif du mécanisme de justiciabilité. Elle doit, d'une part, s'assurer que la norme autoexécutoire est créatrice d'un droit subjectif et, d'autre part, démontrer que sa violation peut être imputable à une personne privée.

228. Plus l'immersion dans le mécanisme d'effet direct est importante, plus il se complexifie. Toutefois, cet instrument de justiciabilité demeure le plus efficace afin d'assurer l'effectivité des droits de l'Homme. Il assure, en l'état de la jurisprudence actuelle, l'application des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Pourtant, il faut se résoudre à considérer que les dispositions conventionnelles ne sont pas toutes d'effet direct, bien que la présomption définie puisse contribuer à élargir le cercle des droits revêtant cette qualité.

Conclusion du Chapitre II

229. La présomption d'effet direct devrait faciliter la tâche du juge de cassation dans son interprétation de l'effet direct. Affranchi d'une détermination aléatoire de la volonté des parties de créer des droits au bénéfice des individus, il parviendra à rationaliser sa jurisprudence en se concentrant sur le critère objectif de l'effet direct. Dans le contentieux subjectif dévolu à la Cour de cassation, il semblerait que ce critère soit réalisé lorsque la disposition conventionnelle est autoexecutoire et créatrice d'un droit subjectif dont l'individu peut se prévaloir. Ainsi, le juge peut rechercher si la norme a vocation à jouer un effet direct vertical ou horizontal, selon le litige qui lui est soumis. Cette présomption n'est viable que si la Cour de cassation abandonne tout raisonnement global à l'égard de l'effet direct du traité international protecteur des droits de l'Homme.

230. La mise en œuvre de la présomption d'effet direct pourrait, à l'avenir, éviter la confusion engendrée par certaines décisions divergentes. Toutefois, il peut être délicat pour la Haute juridiction de motiver une telle approche de l'effet direct, surtout à l'égard de droits réputés ne créer d'obligations qu'à destination des Etats parties. Afin de maintenir sa ligne directrice, la Cour de cassation peut s'appuyer sur l'interprétation fournie par les organes supranationaux chargés de veiller à l'application respectueuse du traité, par les Etats. En effet, leurs travaux se révèlent être des indices déterminants dans l'admission de l'effet direct. En outre, il faut, plus largement s'interroger sur l'opportunité d'offrir aux justiciables des interprétations concordantes avec celles retenues par ces acteurs de la société internationale.

Qu'il s'agisse du Comité des droits de l'enfant ou du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, ces organes onusiens se sont prononcés en faveur d'un effet direct de certaines dispositions conventionnelles. S'appuyant sur la nature même des droits consacrés, ils affirment que les textes devront être appliqués par les juridictions nationales. En effet, selon le CDESC, « *le Pacte n'exclut pas la possibilité de considérer les droits qui y sont énoncés comme directement applicables dans les systèmes qui le permettent...Il est particulièrement important d'éviter toute présomption de non-application directe des normes du Pacte. En effet, bon nombre de ces normes sont libellées en des termes qui sont au moins aussi clairs et précis que ceux des autres instruments relatifs aux droits de l'homme, dont les tribunaux considèrent généralement les dispositions comme directement applicables...En particulier, le Comité attend des Etats qu'ils fournissent des précisions sur toute décision importante de leurs juridictions nationales s'appuyant sur les dispositions du Pacte* »⁵⁶⁸.

⁵⁶⁸ 19^{ème} session, document E/1999/22, site internet de l'ONU.

Conclusion du titre I

231. La Cour de cassation a élaboré une jurisprudence relative à l'effet direct qui mérite encore d'être clarifiée. A une reconnaissance très large de l'effet direct vertical et désormais horizontal de la CEDH s'oppose une justiciabilité réduite des autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Toutefois, le revirement de jurisprudence, auquel a procédé la première Chambre civile à l'égard de la CIDE, semble suggérer que la Haute juridiction incline en faveur d'une interprétation partielle, disposition par disposition, de l'effet direct. La négation globale de l'effet direct des traités protecteurs des droits de l'Homme semble donc abandonnée au profit d'une méthode plus favorable à la justiciabilité, mais qu'il conviendra de confirmer, particulièrement à l'égard des droits économiques, sociaux et culturels, par la mise en œuvre d'une présomption d'effet direct fondée sur le caractère objectif des droits de l'Homme.

232. Toutefois, il ne faut pas céder à la tyrannie de l'effet direct, en considérant que toutes les dispositions conventionnelles issues des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme revêtent cette qualité. En effet, certaines dispositions simplement programmatiques ne sont pas autoexécutoires, ni créatrices de droits subjectifs. La Cour de cassation ne peut pas les appliquer directement. Toutefois, l'absence d'effet direct bloque la justiciabilité de ces textes, ce qui semble avoir une répercussion sur la conception moniste dégagée par la Constitution française.

Ainsi, les organes supranationaux, chargés de veiller au respect des engagements conventionnels, notent avec préoccupation l'inadéquation entre la jurisprudence de la Cour de cassation négatrice de l'effet direct et l'article 55 de la Constitution⁵⁶⁹. En effet, bien que cette disposition constitutionnelle accorde aux conventions et accords internationaux une

⁵⁶⁹ Le CDESC « ... note avec préoccupation que malgré l'article 55 de la Constitution, posant la supériorité de la norme de droit international, et l'adhésion de l'Etat partie à la théorie moniste, se traduisant par l'applicabilité directe de la norme de droit international dans l'ordre juridique interne, certaines juridictions (le Conseil d'Etat par exemple) ne considèrent pas le Pacte et ses dispositions comme directement applicables dans l'ordre juridique interne, avec pour résultat la rareté des décisions de justice faisant référence au Pacte et à ses dispositions » : 26^{ème} session, 77^{ème} séance, le 30 novembre 2001, E/C.12/1/Add.72, site internet de l'ONU. L'expert espagnole, Madame SANTOS PAÏS se demandait, en effet, si les arrêts du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation signifiaient : « une modification du système dit moniste selon lequel les stipulations des accords internationaux sont introduits directement dans le droit français sans avoir à être traduits, pour être applicables, en dispositions nationales », site internet de l'ONU, document relatif au compte rendu analytique de la 139^{ème} séance, concernant la France, le 15 avril 1994 : CR/C/CSR.139, §39. Dans ses réponses, la France relève que les décisions de la Cour de cassation ne se réfèrent qu'à l'article 12 de la CIDE, ce qui semble en contradiction avec la réalité de la jurisprudence abordée. Le gouvernement affirme également que les effets néfastes de cette jurisprudence sont annihilés par l'entrée en vigueur de la loi du 8 janvier 1993, dont les dispositions permettent à l'enfant d'être entendu à l'audience et assisté par un avocat. Il n'en demeure pas moins que dans son rapport finale le CDE réitère son inquiétude au regard de la place de la CIDE dans l'ordre juridique interne, justement sur le fondement de la jurisprudence de la Cour de cassation : Observations finales du Comité des droits de l'enfant, rapport de la France, 25 avril 1994, site internet de l'ONU, document CR/C/15/Add.20, §12.

application immédiate découlant de la doctrine moniste⁵⁷⁰, cette dernière semble être remise en cause lorsque l'effet direct est nié⁵⁷¹.

La France est un Etat moniste reconnaissant la primauté du droit international. Une fois les conditions minimales de ratification et de publication réunies, le traité international intègre directement l'ordre juridique interne⁵⁷². Toutefois, son implication juridique en faveur du monisme est limitée par la négation de l'effet direct. La distinction entre la transposition du droit international, dans la doctrine dualiste, et les mesures complémentaires d'exécution, nécessaires à la consécration des droits, dans la doctrine moniste, peut s'avérer tenue. Il faut reconnaître qu'un individu ne bénéficiera pas plus des droits consacrés par le traité dans un Etat dualiste n'ayant pas pris les mesures de réception permettant la transposition du droit international, que dans un Etat moniste dont les juridictions ont nié l'effet direct et dont le législateur n'a pas pris les mesures internes consacrant les droits. L'Etat moniste pourra rendre les droits indisponibles par le jeu combiné de la négation de l'effet direct et de l'inertie législative. Le législateur pourra se retrancher derrière la doctrine moniste pour justifier son inaction et le juge derrière l'incomplétude et le manque de clarté du traité pour rejeter l'effet direct.

233. S'il est impossible de transformer l'accès au juge en palliatif à l'inertie législative, en imposant à la Cour de cassation de reconnaître l'effet direct de toutes les dispositions des traités, il faut néanmoins s'interroger sur les mécanismes qui lui permettraient d'assurer la justiciabilité de la disposition conventionnelle dénuée de caractère autoexécutoire. Ainsi seulement sera préservé l'effet utile du traité qui consiste à retenir, entre plusieurs sens possibles, celle qui « *permet l'application effective* » du traité⁵⁷³.

Par conséquent, le raisonnement de la Cour de cassation est augmenté de nouvelles étapes. Face à la disposition conventionnelle soulevée au soutien du pourvoi, elle vérifiera tout

⁵⁷⁰ TIGROUDJA (Hélène), *Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux*, RFDA janvier – février 2003, p 154.

⁵⁷¹ TEXIER (Philippe), *La France et les Pactes des Nations Unies* in THIERRY (Hubert) et DECAUX (Emmanuel), *La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, colloque des 12 et 13 octobre 1989, Cahiers de la CEDIN, Montchrestien, p 183. Sur la distinction entre monisme et dualisme voir SALMON (Jean), (Sous la direction de), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, AUF, 2001, Bruxelles, p 402 et 713 ; REUTER (Paul), *Droit international public*, Thémis, droit public, PUF, 1993 Paris, p 65 et suivantes ; COMBACAU (Jean), SUR (Serge), *Droit international public*, Domat droit public, Montchrestien, 5^{ème} édition, 2001, Paris, p 178 et suivantes ; DUPUY (Pierre-Marie), *Droit international public*, 7^{ème} édition, Précis Dalloz, 2004, Paris, n°417 et suivants. Plus spécialement sur ces questions voir, KELSEN (Hans), *La transformation du droit international en droit interne*, RGDIP, 1936, p 5 ou LEBEN (Charles), *Hans KELSEN, Ecrits français de droit international*, PUF, 2001, Paris, p 175 ; VIRALLY (Michel), *Sur un pont aux ânes : les rapport entre droit international et droit interne* in *Le droit international en devenir, essais écrits aux fils des ans*, PUF, 1990, Paris, p 103 ; DHOMMEAUX (Jean), *Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme*, AFDI, 1995, p 447.

⁵⁷² BURDEAU (Geneviève), *Les engagements internationaux de la France et les exigences de l'Etat de droit*, AFDI, 1986, p 837.

⁵⁷³ NGUYEN (Quoc Dinh), DAILLER (Patrick), PELLET (Alain), *Droit international public*, 7^{ème} édition, LGDJ, 2002, Paris, n°169, p 263 ; SIMON (Denys), *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Publications de la RGDIP, n°37, Pedone, 1981, Paris, p 335.

d'abord que les conditions de ratification et de publication du traité sont réunies. Ensuite, elle s'assurera que la disposition conventionnelle n'est pas affectée d'une réserve ou d'une déclaration de l'Etat qui en limiterait l'applicabilité. Elle recherchera, alors, si la norme revêt un effet direct. La volonté des parties de créer un droit à destination des individus étant présumée, la Cour de cassation pourra démontrer que la disposition conventionnelle est suffisamment claire, inconditionnelle, précise et créatrice d'un droit subjectif applicable aux individus. Il faudra alors identifier la dimension que doit revêtir l'effet direct dans le litige soumis au contrôle de la Cour de cassation et s'assurer, le cas échéant, que la disposition conventionnelle a vocation à bénéficier d'un effet direct horizontal. Si, à l'issue de ce raisonnement, le juge de cassation constate que l'effet direct est impossible, il pourra alors rechercher si la disposition conventionnelle est susceptible d'être justiciable par l'intermédiaire d'autres mécanismes, envisagés sous la bannière de la notion plus englobante d'invocabilité.

Titre II

L'invocabilité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme

234. La justiciabilité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme n'est envisagée, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, que sous l'angle de l'effet direct. Toutefois, les conditions posées par ce mécanisme sont contraignantes et limitent considérablement la portée des dispositions conventionnelles.

En effet, même en facilitant la reconnaissance de l'effet direct par l'admission d'une présomption, le juge de cassation doit néanmoins constater que le texte est créateur d'un droit subjectif suffisamment clair, inconditionnel et précis pour être appliqué directement au justiciable. Dans cette hypothèse, si le droit interne infraconstitutionnel se trouve en contradiction avec le droit de l'Homme, ce dernier pourra être substitué sur le fondement de la primauté. Toutefois, trop de dispositions conventionnelles demeurent inappliquées car dénuées d'effet direct.

235. Exclure du débat judiciaire les dispositions conventionnelles dénuées d'effet direct revient à considérer qu'elles ne sont pas incorporées à l'ordre juridique national⁵⁷⁴. Cette démarche laisse au seul Parlement le pouvoir de garantir l'effectivité du traité sur le fondement d'une obligation de moyen⁵⁷⁵. Or, l'inertie législative n'ampute pas ces règles de leur caractère normatif. Elles tendent indirectement à créer des droits au bénéfice des justiciables⁵⁷⁶ et le juge peut en tenir compte. Ces dispositions conventionnelles ne sauraient se cantonner dans l'ordre juridique interne à un rôle simplement décoratif, qui les rapprocherait plus du droit déclaratif que de la norme juridique contraignante.

236. Raisonner différemment reviendrait à admettre que le traité ne produit pas plus d'effet dans l'ordre juridique interne que de simples déclarations, résolutions⁵⁷⁷ et autres recommandations ou directives. Cette situation conduirait à un grave paradoxe. En effet, les traités protecteurs des droits de l'Homme constituent des normes contraignantes ne pouvant être assimilées à de simples déclarations d'intentions acceptées par les Etats. Ces derniers sont

⁵⁷⁴ ABRAHAM (Ronny), *Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant*, Conclusions sur CE, Section, 23 avril 1997, GIDTI, RFDA, 1997, jurisprudence, p 585 (plus spécialement p 592 et suivantes).

⁵⁷⁵ JACOBS (Nicolas), *La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels*, RBDI, 1999, I p 19 (plus spécialement p 35).

⁵⁷⁶ ABRAHAM (Ronny), *Op. Cit.*

⁵⁷⁷ La Première Chambre civile vient, dans un arrêt du 25 avril 2006, de décider qu'une résolution du Conseil de sécurité de Nations-Unies ne pouvait revêtir un effet direct et ne devait être envisagée par le juge que comme un fait juridique : Pourvoi n°02-17.344, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

liés par le principe *pacta sunt servanda* et doivent s'attacher à la concrétisation des obligations ainsi imposées. La négligence du législateur et la négation de l'effet direct conduisent à renier l'engagement international, le reléguant à un statut identique à celui reconnu à la *soft law*. Pire, à l'heure où le droit déclaratoire prend vigueur jusqu'à devenir selon Emmanuel DECAUX un droit programmatoire⁵⁷⁸, le traité est, quant à lui, parfois assimilé au droit mou en raison de son imprécision⁵⁷⁹.

237. Cette problématique se révèle sur le plan juridictionnel. De simples dispositions déclaratoires comme la DUDH ou les règles de Beijing approuvées par les Nations Unies le 6 septembre 1945, sont citées en référence par les juridictions internes⁵⁸⁰ et en particulier dans certains arrêts de la Cour de cassation⁵⁸¹. Cette dernière en reconnaît parfois l'effet direct⁵⁸². Paradoxalement, certaines dispositions conventionnelles issues de traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme sont condamnées à l'ineffectivité en raison de l'absence d'effet direct. La distinction *hard law*, *soft law* fondée sur la normativité du droit international semble bouleversée⁵⁸³.

238. A l'évidence, l'application du traité international ne peut être totalement remise en cause, dès lors que la disposition du traité n'est pas autoexécutoire. Si l'absence d'effet direct ne permet pas au juge de cassation de substituer un droit subjectif consacré par le traité international à une disposition interne contradictoire, il doit néanmoins rechercher les mécanismes qui permettront d'assurer la justiciabilité de la norme internationale contraignante. Il peut le faire par l'intermédiaire de la notion plus englobante d'invocabilité, définie comme « ...la possibilité pour les individus de se prévaloir de ce traité devant le juge interne »⁵⁸⁴. Cette notion inclut, certes, le mécanisme d'effet direct, mais permet d'envisager d'autres méthodes garantissant la justiciabilité des dispositions conventionnelles qui en sont dénuées. Ainsi, en exploitant des mécanismes divers de justiciabilité, le juge de cassation pourra assurer la primauté du droit international découlant de l'article 55 de la Constitution.

239. En outre, la disposition conventionnelle n'est pas détachable de l'interprétation fournie par les organes supranationaux de contrôle. Les différentes interprétations s'agglomèrent à la

⁵⁷⁸ DECAUX (Emmanuel), *De la promotion à la protection des droits de l'homme. Droit déclaratoire et droit programmatoire* in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 81.

⁵⁷⁹ WEIL (Prosper), *Vers une normativité relative en droit international*, RGDIP 1982, p 5.

⁵⁸⁰ DECAUX (Emmanuel), *Op. Cit.*

⁵⁸¹ Cass. crim. 7 avril 1993, Bull crim. 1993, n°152, p 381 ; NIVOSE (Luc-Michel), *La composition du tribunal pour enfants au regard du droit à un tribunal indépendant et impartial : Rapport sur l'arrêt de la Chambre criminelle du 7 avril 1993*, Droit pénal, Juin 1993, Chronique 27, p 1.

⁵⁸² Sur l'effet direct de la DUDH, voir DEFFIGIER (Clotilde), *L'applicabilité directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire*, RCDIP 2001, p 43 (voir plus spécialement p 66 et suivantes).

⁵⁸³ En particuliers sur les standards éthiques et les droits de l'homme voir FLAUSS (Jean-François), *Le droit international des droits de l'homme face à la globalisation économique*, PA 24 mai 2002, n°104, p 4 (plus spécialement p 6) ;

⁵⁸⁴ SCIOTTI-LAM (Claudia), *Op. Cit.* n°558, p 331.

norme⁵⁸⁵. Il faut alors s'interroger sur la réception judiciaire de ces interprétations. Cette réception doit permettre au justiciable d'invoquer l'interprétation fournie par l'organe supranational de contrôle et au juge de la transposer. En intégrant l'interprétation supranationale à ses motifs, la Cour de cassation lui offrira une justiciabilité.

240. La justiciabilité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme ne sera complète qu'en reconnaissant l'invocabilité des dispositions conventionnelles dénuées d'effet direct (Chapitre 1) et celle des interprétations supranationales (Chapitre 2).

⁵⁸⁵ LAMBERT (Elisabeth), *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 1999, Bruxelles, p 346.

Chapitre I

L'invocabilité des dispositions conventionnelles

241. Le mécanisme d'invocabilité est emprunté au droit communautaire. Se dégageant du joug de l'effet direct, la CJCE a défini des méthodes d'application des normes communautaires qui permettent de garantir sa primauté dans les ordres juridiques des Etats membres⁵⁸⁶. Quatre formes d'invocabilité peuvent, ainsi, être distinguées. La première, plus efficace, se rattache directement à la notion d'effet direct. Il s'agit de l'invocabilité de substitution qui permet d'appliquer la norme communautaire d'effet direct tout en écartant le droit interne non conforme. Elle doit être distinguée de l'invocabilité d'exclusion qui conduit simplement à évincer le droit national contraire à la disposition communautaire. La distinction entre ces deux premières formes d'invocabilité a pu être définie comme un « *raffinement audacieux de la théorie de l'invocabilité* »⁵⁸⁷, qui pourrait admirablement profiter aux dispositions conventionnelles relatives aux droits de l'Homme dénuées d'effet direct. Elles doivent être complétées par l'invocabilité de réparation, qui impose à l'Etat d'indemniser le justiciable, victime d'une violation du droit communautaire et par l'invocabilité d'interprétation conforme imposant au juge d'interpréter le droit national à la lumière des normes communautaires et en particulier des directives⁵⁸⁸. Si l'invocabilité de réparation ne peut bénéficier au contentieux des droits de l'Homme devant la Cour de cassation, en revanche, l'invocabilité d'interprétation conforme peut fort bien accroître la justiciabilité de ces textes.

242. Il faut donc envisager une transposition de ces mécanismes aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. La justification d'une telle assimilation découle du même raisonnement que celui ayant présidé à l'élaboration de la jurisprudence de la CJCE. Afin de garantir la primauté du droit communautaire, la juridiction communautaire a recherché des formes « allégées » de justiciabilité, permettant d'appliquer les normes alors même qu'elles ne répondent pas aux rigoureux critères de l'effet direct. Cette démarche révèle une volonté de renforcer l'effet utile du droit communautaire. En droit international des droits de l'Homme,

⁵⁸⁶ GAUTRON (Jean-Claude), *Droit européen*, 11^{ème} édition, Mementos Dalloz, 2004, Paris, p 180 et suivantes ; ISSAC (Guy), BLANQUET (Marc), *Droit communautaire général*, 8^{ème} édition, Armand Colin, 2001, Paris, p 192 et suivantes ; SIMON (Denys), *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} édition, PUF, 2001, Paris, n°342 et suivants.

⁵⁸⁷ DUBOS (Olivier), *L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise (à propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 19 septembre 2000, Etat du Grand-Duché du Luxembourg contre Consorts Linster)*, RJDA mai-juin 2003, p 568 (plus spécialement p 570).

⁵⁸⁸ GAUTRON (Jean-Claude), *Op. Cit.* p 181.

cette volonté de préserver l'effet utile des traités⁵⁸⁹ s'appuie sur le caractère objectif des droits de l'Homme et impose d'élargir autant que possible la justiciabilité, afin que le juge puisse appliquer les dispositions conventionnelles et garantir leur primauté.

243. Les dispositions conventionnelles reconnues d'effet direct peuvent évidemment bénéficier devant la Cour de cassation des trois formes d'invocabilité de substitution – ce qui est leur vocation première en tant que normes créatrices de droits subjectifs – d'exclusion et d'interprétation conforme. En revanche, les droits simplement programmatiques, non créateurs de droits subjectifs et ne répondant pas, plus largement, aux exigences posées par le critère objectif de l'effet direct, peuvent bénéficier d'une forme de justiciabilité distincte, par la mise en œuvre des mécanismes d'invocabilité d'exclusion (Section 1) et d'interprétation conforme (Section 2).

Section I – L'invocabilité d'exclusion des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme

244. Envisager un simple mécanisme d'exclusion du droit national sans substitution d'un droit subjectif soulève de sérieuses difficultés dans le contentieux dévolu à la Cour de cassation, car cela suppose que le juge du droit découvre dans son arsenal juridique les moyens de trancher le litige. Néanmoins, ce mécanisme peut être exploité dans certains litiges. Afin de révéler toutes ses potentialités (§2), il doit être parfaitement dissocié de l'effet direct. Il convient, alors, de définir précisément l'invocabilité d'exclusion (§1).

§1 – La définition de l'invocabilité d'exclusion

245. Le droit communautaire dérivé regroupe un certain nombre d'actes juridiques unilatéralement pris par les institutions communautaires. Tel est le cas des directives, qui imposent aux Etats d'atteindre certains objectifs, dans un délai préalablement fixé⁵⁹⁰. A défaut de transposition ou dans l'hypothèse d'une transposition imparfaite, l'acte pourrait ne jamais bénéficier aux individus. Cette imperfection a généré un important contentieux, qui a permis de révéler l'autonomie de l'invocabilité d'exclusion (A), mécanisme de justiciabilité d'un maniement beaucoup plus souple (B).

⁵⁸⁹ Qui tend à retenir entre plusieurs sens possibles l'interprétation garantissant l'application effective du traité SIMON (Denys), *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Publications de la RGDIP, n°37, Pedone, 1981, Paris, p 335.

⁵⁹⁰ GAUTRON (Jean-Claude), Op. Cit. p 145.

A- L'origine du mécanisme

246. Le mécanisme de l'invocabilité d'exclusion trouve sa source dans la jurisprudence de la CJCE relative à la justiciabilité des directives communautaires (1), mais c'est le Conseil d'Etat français qui a révélé, le premier, sa véritable autonomie à l'égard de l'effet direct (2).

1- La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes

247. La CJCE s'est trouvée confrontée à certains Etats qui ne transposaient pas les directives européennes. Cette « *situation pathologique* »⁵⁹¹ a conduit la juridiction communautaire à leur reconnaître, dans certaines hypothèses, un effet direct. Cette solution peut paraître surprenante dans la mesure où ces actes imposent une intervention complémentaire des Etats afin de les mettre en œuvre. Selon la juridiction communautaire⁵⁹², cette justiciabilité est commandée afin de garantir l'effet utile défini par l'article 189 alinéa 3 du traité CE (devenu article 249 alinéa 3). En outre, l'article 177 de ce même traité (désormais article 234), permettant à la CJCE d'examiner la validité ou d'interpréter tous types d'actes, supposait que l'effet direct puisse être reconnu au bénéfice d'une directive⁵⁹³. Cependant, l'effet direct impose la réunion d'un certain nombre de conditions. Les dispositions issues de la directive doivent revêtir des qualités de précision, de clarté et d'inconditionnalité qui leur permettent d'être directement invoquées devant le juge interne⁵⁹⁴, caractéristiques renvoyant incontestablement au critère objectif du mécanisme de justiciabilité.

En outre, la CJCE décide que l'effet direct des directives n'est envisageable qu'à l'échéance du délai imparti aux Etats afin de la transposer⁵⁹⁵. La jurisprudence de la CJCE est, pourtant, fluctuante, car elle admet parfois, sans le dire explicitement, une forme d'effet direct des directives, alors même que le délai de transposition n'est pas échu⁵⁹⁶. Cette confusion est modérée par un arrêt INTER-ENVIRONNEMENT WALLONIE à l'occasion duquel la juridiction communautaire précise que les Etats membres, avant même l'expiration du délai

⁵⁹¹ SIMON (Denys), *La directive européenne*, Connaissances du droit, Dalloz, 1997, Paris, p 58.

⁵⁹² CJCE 4 décembre 1974, arrêt VAN DUYN, 41/74, Recueil 1337.

⁵⁹³ HAGUENAU (Catherine), *L'application effective du droit communautaire en droit interne : analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruylant, 1995, Bruxelles, p 191.

⁵⁹⁴ CHATIEL (Florence), *Les perspectives du principe de primauté du droit communautaire*, PA 20 octobre 2005, n°209, p 5 (plus spécialement p 9) ; BLUMANN (Claude), DUBOIS (Louis), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, Litec, 2005, Paris, n°665.

⁵⁹⁵ CJCE, arrêt RATTI, du 5 avril 1979, 148/78, Recueil 1629.

⁵⁹⁶ CJCE, affaire WERNER MANGOLD contre RÜDIGER HELM du 22 novembre 2005, C-114/04, *La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives : de l'apostasie à l'hérésie ?* JCP G 2006, II 10107, p 1293, note DUBOS (Olivier), voir plus spécialement p 1295-1296.

de transposition, doivent « *s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par une directive* »⁵⁹⁷.

248. La première Chambre civile, dans un arrêt rendu le 3 mai 2006⁵⁹⁸, applique directement la directive communautaire n°85/374/CEE, relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. Le délai imparti, afin de transposer cette directive, courrait jusqu'au 4 décembre 2000. En vertu de l'article 9,b), le dommage ou la détérioration causée par un produit défectueux à d'autres biens doit être indemnisé après la déduction d'une franchise de 500 euros. La disposition présente donc toutes les caractéristiques d'un droit d'effet direct. Par conséquent, la Haute juridiction se range à la jurisprudence rendue par la CJCE. Cette franchise n'étant pas prévue par le droit interne, cela équivaut à une transposition inadéquate de la directive communautaire, imposant à la Haute juridiction d'appliquer directement le texte précis, clair et inconditionnel.

249. Ainsi, les directives communautaires reconnues d'effet direct bénéficient d'un double effet d'exclusion et de substitution à l'encontre des actes qui les transposent incorrectement. La CJCE précise, pourtant, dans son arrêt *Etat du Grand-Duché du Luxembourg contre Consorts LINSTER*, rendu le 19 septembre 2000⁵⁹⁹, que le mécanisme d'exclusion dispose d'une certaine autonomie à l'égard de l'effet direct. Cette admission de l'indépendance de l'invocabilité d'exclusion, semble empruntée à la jurisprudence du Conseil d'Etat français.

2- La jurisprudence du Conseil d'Etat français

250. Dès l'arrêt *COHN-BENDIT*⁶⁰⁰, le Conseil d'Etat français a marqué son refus de reconnaître l'effet direct des directives communautaires. Il n'en a pas négligé pour autant leur justiciabilité, mais l'a envisagée sous l'angle unique de l'invocabilité d'exclusion à l'encontre « *de mesures législatives, réglementaires ou jurisprudentielles* »⁶⁰¹ qui lui seraient contraires. Cette jurisprudence assouplit considérablement la justiciabilité des directives dont l'invocabilité ne dépend pas des exigences de l'effet direct. Outre l'effet d'exclusion suffisant au contrôle de conventionnalité dans le cadre d'un contentieux objectif, la norme communautaire n'a pas à revêtir les qualités de clarté, précision et d'inconditionnalité requises

⁵⁹⁷ CJCE, 18 décembre 1997, C129/96 : CASSIA (Paul), *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre des juges n'a pas eu lieu*, RFDA janvier-février 2002, p 20 (plus spécialement p 22) ; CHEVALIER (Bernard), *La primauté et l'effet direct du droit communautaire, les développements de la jurisprudence récente*, visite des Magistrats de la Cour de cassation à la CJCE le 27 juin 2005, BICC du 1^{er} août 2005, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

⁵⁹⁸ Pourvoi n°04-10994 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

⁵⁹⁹ DUBOS (Olivier), *L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise (à propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 19 septembre 2000, Etat du Grand-Duché du Luxembourg contre Consorts Linster)*, RJDA mai-juin 2003, p 568.

⁶⁰⁰ 22 février 1978, recueil Lebon p 524 ; LONG (Marceau), WEIL (Prosper), BRAIBANT (Guy), DELVOLLE (Pierre), GENEVOIS (Bruno), *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^{ème} édition, Dalloz, 2005, Paris, n°91, p 636.

⁶⁰¹ CHATIEL (Florence), Op. Cit.

par le critère objectif de l'effet direct⁶⁰². Ainsi, toute directive est justiciable sur le fondement de l'effet d'exclusion, il suffit au juge administratif de prendre appui sur cette dernière afin d'évincer la norme nationale contraire aux objectifs imposés aux Etats.

251. Le Conseil d'Etat, dans son arrêt *Compagnie ALITALIA*, considère qu'à l'issue du délai de transposition, l'Etat ne pouvait « *édicter ou laisser subsister des règlements incompatibles avec les objectifs d'une directive* »⁶⁰³. Contournant les impératifs que lui aurait imposé l'effet direct, il décide, dans son arrêt *France NATURE ENVIRONNEMENT*⁶⁰⁴, que les directives ne sont pas insusceptibles de produire certains effets, alors même que le délai de transposition n'est pas échu. Ainsi, l'Etat se voit imposer l'obligation « *de ne pas compromettre sérieusement les objectifs* » définis par la norme européenne.

252. La notion d'invocabilité d'exclusion des directives communautaires est complètement dissociée de l'effet direct, révélant un mécanisme de justiciabilité souple, dont la transposition aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme pourrait apporter un éclairage nouveau à leur justiciabilité.

B- La souplesse d'un mécanisme transposable aux droits de l'Homme

253. Il est bien difficile de ne pas établir un parallèle entre la directive communautaire, qui enjoint aux Etats d'aboutir à un objectif fixé par les institutions européennes et le droit de l'Homme simplement programmatique dépourvu d'effet direct. En effet, cette « catégorie » de droits créances, qui regroupe plus particulièrement les droits économiques, sociaux et culturels, définit des objectifs qui devront être atteints par le législateur, sans déterminer les moyens de les mettre en œuvre⁶⁰⁵. Une « *intervention active de l'Etat* » permettra donc de concrétiser les perspectives énoncées par le traité⁶⁰⁶. Par conséquent, il faut envisager de transposer à ces dispositions conventionnelles la jurisprudence dégagée à l'égard des directives. Ces textes seront invocables devant le juge interne et permettront l'exclusion du texte national contraire.

254. Ce mécanisme peut être identifié à l'égard de certains de droits fondamentaux définis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (ci-après CDFUE). Ce texte a

⁶⁰² DUBOS (Olivier), Op. Cit. Spécialement p 571.

⁶⁰³ 3 février 1989, recueil Lebon p 44 ; LONG (Marceau), WEIL (Prosper), BRAIBANT (Guy), DELVOLVE (Pierre), GENEVOIS (Bruno), *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^{ème} édition, Dalloz, 2005, Paris, n°95, p 671.

⁶⁰⁴ CE, 10 janvier 2001, arrêt *FRANCE NATURE ENVIRONNEMENT*, Europe, mai 2001, commentaire n°152, SIMON (Denys).

⁶⁰⁵ CAPITANT (David), *A propos de la protection des droits économiques et sociaux en France* in *Les droits individuels et le juge en Europe*, Mélanges en l'honneur de Michel FROMONT, PU de Strasbourg, 2001, Strasbourg, p 127 (spécialement p 139).

⁶⁰⁶ JACOBS (Nicolas), *La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels*, RBDI, 1999, I p 19 (plus spécialement p 29).

permis de concrétiser l'ambition d'une véritable indivisibilité des droits de l'Homme⁶⁰⁷, en consacrant, tout à la fois, des droits civils et politiques et des droits économiques, sociaux et culturels⁶⁰⁸. La Charte pourrait, comme l'appelait de ses vœux le parlement européen⁶⁰⁹, être juridiquement obligatoire⁶¹⁰ si la Constitution européenne voyait le jour. En effet, la CDFUE se trouve placée en son sein⁶¹¹. Dès lors, devrait être envisagée la justiciabilité de ces droits fondamentaux d'origine communautaire. Or, le texte même de la Charte répond à ces interrogations, en dégagant des principes d'interprétation et d'application des dispositions conventionnelles. Certes, les articles de la CDFUE consacrent tant des droits subjectifs que des principes, cette dichotomie pouvant être analysée comme une réhabilitation de la distinction traditionnelle entre générations de droits de l'Homme⁶¹². Toutefois, quelles que soient les normes envisagées, leur justiciabilité peut être définie soit par l'intermédiaire de l'effet direct⁶¹³, soit par celui, moins conditionné, de leur invocation devant le juge⁶¹⁴. Incontestablement, les institutions européennes et les Etats membres ne doivent garantir le respect des droits et principes que dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union, puisque la Charte n'a pas pour objet d'étendre les compétences de l'organisation internationale⁶¹⁵. Pourtant, il ne faut pas minimiser l'impact de l'entrée en vigueur de la Charte sur l'effectivité des droits fondamentaux devant le juge interne. Outre l'effet direct reconnu à certains droits, qui pourront, d'ailleurs, relever de la catégorie des droits sociaux⁶¹⁶,

⁶⁰⁷ PONTTHOREAU (Marie-Claire), *Le principe de l'indivisibilité des droits. L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux*, RFDA 2003, p 928.

⁶⁰⁸ WASCHMAN (Patrick), *Les droits civils et politiques* in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Actes des journées d'études à Strasbourg des 16 et 17 juin 2000, sous la direction de Florence BENOIT-ROHMER, RUDH, 15 septembre 2000, Vol 12 n°1-2, p 15 ; DE SCHUTTER (Olivier), *La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire* in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Actes des journées d'études à Strasbourg des 16 et 17 juin 2000, sous la direction de Florence BENOIT-ROHMER, RUDH, 15 septembre 2000, Vol 12 n°1-2 ; DUTHEIL DE LA ROCHERE (Jacqueline), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : quel apport à la protection des droits ?* in *Les mutations contemporaines du droit public*, Mélanges en l'honneur de Benoît JEANNEAU, Dalloz, 2002, Paris, p 91.

⁶⁰⁹ FONTAINE (Nicole), *La Charte des droits fondamentaux, un nouveau pas vers la reconnaissance et la défense des droits de citoyens de l'Union européenne*, Droit et patrimoine n°92, avril 2001, p 28.

⁶¹⁰ VITORINO (Antonio), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Editorial, Revue de droit de l'Union européenne, 2000, n°3, p 499 ; GRUBER (Annie), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : un message clair hautement symbolique*, PA 22 janvier 2001, n°15, p 4 ; BENOIT-ROHMER (Florence), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, D 2001 n°19, Chronique, p 1483 ;

⁶¹¹ TURPIN (Fabienne), *L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution européenne. Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, RTDeur. 2003, p 615.

⁶¹² TURPIN (Fabienne), Op. Cit. p 627.

⁶¹³ PONTTHOREAU (Marie-Claire), Op. Cit. p 933.

⁶¹⁴ II-112, 5 de la Constitution, traité établissant une Constitution pour l'Europe, Publication des communautés européennes, 2005, Belgique, p 59.

⁶¹⁵ II-111, 1 de la Constitution, traité établissant une Constitution pour l'Europe, Publication des communautés européennes, 2005, Belgique, p 59.

⁶¹⁶ Ainsi, le Professeur CAÏA considère que les dispositions relatives au licenciement injustifié ou abusif, au travail des enfants, aux conditions de travail justes et équitables, au libre accès aux services de placement doivent être considérées comme des droits : GAÏA (Patrick), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, RFDC, avril 2004, n°58, p 227, voir en particulier p 235.

les principes bénéficieront d'une « *justiciabilité normative* »⁶¹⁷ garantissant au juge le pouvoir d'interpréter et de contrôler la légalité des actes mettant en œuvre le droit de l'Union. Ce texte démontre que la transposition des mécanismes de justiciabilité du droit communautaire dérivé aux droits de l'Homme est parfaitement possible.

255. Telle est d'ailleurs l'ambition de Ronny ABRAHAM, qui considère, dans ses conclusions précédant l'arrêt GIDTI rendu par le Conseil d'Etat le 23 avril 1997, que les dispositions conventionnelles de la CIDE dépourvues d'effet direct peuvent néanmoins bénéficier d'une invocabilité à l'encontre d'un acte réglementaire⁶¹⁸. Cette distinction rejoint celle qu'avait préalablement opérée un autre Commissaire du Gouvernement, Monsieur JEANNENEY, qui affirmait que les dispositions de la Convention sur la protection des animaux en transport international étaient dépourvues d'effet direct, mais pouvaient être invoquées par les requérants souhaitant faire valoir que le pouvoir réglementaire n'avait pas satisfait aux obligations découlant du traité. Ainsi, le Conseil d'Etat, par un arrêt du 28 septembre 1984, après avoir nié l'effet direct du traité, avait néanmoins vérifié la compatibilité d'un décret réglementaire avec le traité⁶¹⁹. Le mécanisme d'invocabilité d'exclusion est donc transposable à de multiples traités. Applicable à la protection des animaux, il serait bien surprenant de ne pas lui faire produire tous ses effets au bénéfice du droit conventionnel international des droits de l'Homme.

256. Par-delà l'invocabilité d'exclusion des directives communautaires, semble se dessiner une invocabilité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme dont les conditions (1) et les effets (2) doivent être définis.

1- les conditions de l'invocabilité d'exclusion

257. L'invocabilité d'exclusion s'appuie sur l'impérativité de garantir la primauté dans l'ordre juridique interne. Par conséquent, les exigences de ratification et publication du traité international devront être réunies. Seule cette condition d'intégration du traité dans l'ordre juridique interne, condition première de l'applicabilité directe, semble s'imposer au juge. En effet, l'autonomie de l'invocabilité d'exclusion à l'égard de l'effet direct permet d'affranchir la norme de toutes les exigences posées par les critères du mécanisme de justiciabilité. Cette

⁶¹⁷ BRAIBANT (Guy), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Le Seuil, Collection Point, 2001, p 46. En outre, le Professeur DE SCHUTTER (Olivier), considère que « *Il convient de présumer la justiciabilité des principes sociaux énumérés dans la Charte, même si cette justiciabilité n'est pas nécessairement à concevoir sur le modèle de celle reconnue aux droits sociaux proprement dits, c'est-à-dire sur le mode de l'invocabilité directe* » in *La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire* in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Actes des journées d'études à Strasbourg des 16 et 17 juin 2000, sous la direction de Florence BENOIT-ROHMER, RUDH, 15 septembre 2000, Vol 12 n°1-2, p 42.

⁶¹⁸ ABRAHAM (Ronny), *Les effets juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant*, Conclusions sur CE, Section, 23 avril 1997, GIDTI, RFDA, 1997, jurisprudence, p 585 (plus spécialement p 592 et suivantes).

⁶¹⁹ AJDA 1984, jurisprudence p 695, avec les conclusions de JEANNENEY (Pierre-Alain).

solution est opportune puisque bien que programmatoires, insuffisamment clairs et précis, les droits consacrés par les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme ne disposent pas moins d'un caractère objectif. En outre, l'intervention étatique imposée par les dispositions conventionnelles ne dissimule pas les destinataires indirects de ces droits : les individus.

258. Par conséquent, tous les droits de l'Homme semblent pouvoir bénéficier de l'invocabilité d'exclusion. Les droits imprécis permettront d'évincer la norme interne contraire, tout en considérant que plus l'imprécision est large, moins l'incompatibilité est probable⁶²⁰. De même, les droits simplement programmatiques permettront l'éviction de la norme nationale qui entraverait les objectifs posés par le traité. Cette solution soulève néanmoins la question du délai octroyé aux Etats afin d'aboutir à la concrétisation de l'objectif. Ce problème est insidieux car les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme définissant des droits programmatoires ne les assortissent pas de délais imposant l'intervention étatique dans un temps préalablement imparti. Cela ne nuit pourtant pas à l'exclusion des dispositions nationales qui iraient à l'encontre de l'objectif ou en entraveraient la réalisation. Telle est d'ailleurs la démarche employée par les juges communautaires et administratifs à l'égard des directives dont les délais de transposition ne sont pas échus⁶²¹.

259. Cette invocabilité d'exclusion démontre l'inutilité de malmener le mécanisme de l'effet direct. En effet, cette méthode alternative de justiciabilité, garantissant la primauté des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, assure l'invocabilité de toutes les dispositions conventionnelles. Même en assouplissant considérablement, jusqu'à les dénaturer, les exigences posées par le critère objectif de l'effet direct, il semble impossible de les appliquer à toutes les dispositions conventionnelles. Au lieu d'altérer le mécanisme de l'effet direct, il semble préférable de transposer, au bénéfice des droits de l'Homme, les distinctions existant entre ce mécanisme de justiciabilité et l'invocabilité d'exclusion. Cette différenciation entre exclusion ou substitution ne préjudicie pas à la pertinence de l'effet direct. Seul ce dernier permet la substitution d'un droit subjectif au bénéfice des individus, lorsque le droit national ne respecte pas le traité. Incontestablement, l'invocabilité d'exclusion ne produit pas le même effet.

⁶²⁰ ABRAHAM (Ronny), Op. Cit. Spécialement p 593.

⁶²¹ CJCE, arrêt INTER-ENVIRONNEMENT WALLONIE, 18 décembre 1997, C129/96 : CASSIA (Paul), *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre des juges n'a pas eu lieu*, RFDA janvier-février 2002, p 20 (plus spécialement p 22) ; CHEVALIER (Bernard), *La primauté et l'effet direct du droit communautaire, les développements de la jurisprudence récente*, visite des Magistrats de la Cour de cassation à la CJCE le 27 juin 2005, BICC du 1^{er} août 2005, disponible sur le site internet de la Cour de cassation ; CE, 10 janvier 2001, arrêt FRANCE NATURE ENVIRONNEMENT, Europe, mai 2001, commentaire n°152, SIMON (Denys).

2- L'effet de l'invocabilité d'exclusion

260. L'invocabilité d'exclusion n'a qu'une seule vocation : évincer le texte d'origine nationale contraire à la disposition conventionnelle. Se manifeste alors la difficulté, déjà envisagée, d'une mise en œuvre d'un simple mécanisme d'éviction dans un contentieux subjectif tel que celui dévolu à la Cour de cassation. Contrairement au contentieux objectif relevant de la compétence des juridictions administratives, les litiges judiciaires supposent un intérêt à agir, dans le but de préserver un droit subjectif⁶²². Par conséquent, les cas où la simple éviction permettra au juge de trancher la cause demeurent marginaux. Dans la plupart des cas, le justiciable s'appuie sur un texte conventionnel protecteur des droits de l'Homme car il ne trouve pas, dans le droit national, le fondement juridique lui permettant de garantir son intérêt propre. Bien que plus marginales, les hypothèses où la simple éviction suffit à trancher le litige n'en sont pas moins réelles.

261. Le contentieux relatif aux directives communautaires devant la Cour de cassation démontre la pertinence de l'invocabilité d'exclusion. Ainsi, la Chambre criminelle a exclu l'application de plusieurs textes d'incrimination pénale contraires à des directives communautaires. La simple exclusion permet de trancher le litige, puisque les faits soumis à la formation répressive de la Haute juridiction ne sont plus susceptibles de revêtir une qualification pénale⁶²³. Toutefois, la Cour de cassation se distingue du Conseil d'Etat, car elle n'admet pas qu'un demandeur puisse arguer d'une incompatibilité entre le droit interne et une directive avant l'issue du délai octroyé aux Etats afin de la mettre en œuvre⁶²⁴. La Haute juridiction semble s'attacher à l'effet direct plus qu'au caractère d'exclusion véritablement mis en œuvre, ainsi qu'en atteste le vocabulaire parfois employé afin de justifier l'éviction du texte répressif. Ainsi, dans un arrêt du 10 avril 1995, la formation répressive argue du caractère « *directement applicable* » d'une directive n'ayant pas fait l'objet d'une transposition⁶²⁵.

Il est vrai, ainsi que le remarque le Professeur DIBOUT, que la Haute juridiction a parfois des difficultés à cerner les implications d'une distinction entre les caractères d'exclusion et de substitution de l'invocabilité des directives communautaires. Ainsi, la Chambre commerciale, dans deux arrêts rendus le 15 octobre 1996 et le 21 janvier 1997, modère des taux d'imposition sur le fondement de directives communautaires non transposées, alors que l'effet de substitution aurait dû la conduire à évincer le droit interne fondement de cette imposition⁶²⁶. La solution de la formation commerciale et financière se rattache donc plus à une exclusion partielle du droit interne ou éventuellement à une interprétation conforme qu'à

⁶²² Sur ces questions Cf. supra, PI, TI, C2, S1, §2, B.

⁶²³ Voir : crim 21 février 1994 (2 arrêts), Bull. crim. n°74, p 159 ; 17 octobre 1994, Bull. crim. n°332, p 809 ; crim. 12 juin 1995, Bull. crim. n°213, p 584.

⁶²⁴ Crim. 9 mars 1999, Bull. crim. n°27, p 65.

⁶²⁵ Bull. crim. n°152, p 425.

⁶²⁶ JCP G 1997, II, 1002, p 219, note DIBOUT (Patrick).

un effet de substitution du droit communautaire dérivé. En effet, « *l'application de ces textes est seulement écartée par le juge en tant qu'ils ont prévu des taux d'imposition excédant les limites autorisées par les directives* »⁶²⁷.

262. Cette démarche s'assimile à celle que semblaient proposer les demandeurs au pourvoi dans l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 25 janvier 2005⁶²⁸. Selon eux, l'impôt de solidarité sur la fortune, auquel ils étaient assujettis, générait un versement d'au moins 40% de leurs revenus annuels. Pareille taxation entravait l'objectif, posé par l'article 11 du PIDESC, qui impose aux Etats de tendre à l'amélioration constante des conditions d'existence des personnes relevant de sa législation. La problématique soulevée ne s'articulait donc pas autour de l'effet direct de la disposition conventionnelle, mais bien de son invocabilité. Il s'agissait donc d'un contrôle de conformité de la loi interne qui aurait imposé à la Cour de cassation de vérifier si le système de taxation élaboré par l'Etat était conforme aux objectifs poursuivis par le traité onusien. Pourtant, la Haute juridiction se place sur le terrain de l'effet direct, déniait, à juste titre, cette qualité à l'article 11 du PIDESC, mais omettant de s'interroger sur l'invocabilité du texte, alors même que cette notion révèle certaines potentialités à l'égard du contentieux qui lui est déféré.

§2 – Les potentialités de l'invocabilité d'exclusion dans le contentieux de la Cour de cassation

263. Le caractère du contentieux dévolu à la Cour de cassation n'obère pas totalement les potentialités de l'invocabilité d'exclusion, qui peuvent être envisagées à l'égard d'une norme nationale (A), aussi bien qu'à l'égard de certaines conventions privées (B).

A- L'invocabilité d'exclusion à l'égard des normes étatiques

264. La principale difficulté liée à la mise en œuvre de l'invocabilité d'exclusion dans le contentieux de la Cour de cassation relève du caractère subjectif des litiges soumis au contrôle des juges du droit. Afin de trancher la contestation, la Haute juridiction doit trouver dans son arsenal juridique les moyens d'asseoir sa décision. L'éviction du texte interne par le biais de l'invocabilité d'exclusion peut entraver sa démarche, si elle ne découvre pas dans son propre droit national les fondements de la solution. En effet, le texte international ne se substituant pas au droit évincé, ne servira que de fondement partiel à la solution, en ce qu'il justifie le contrôle de conventionnalité.

265. Toutefois, il n'est pas certain que le juge soit dépourvu de règles d'origine nationale ou de droits subjectifs d'origine internationale lui permettant d'apporter une solution au litige.

⁶²⁷ DIBOUT (Patrick), Op. Cit. p 221.

⁶²⁸ Bull. civ. IV, n°16, p 15.

A la norme interne évincée peut se substituer un autre texte conforme à la disposition conventionnelle. Par exemple une règle générale pourrait s'appliquer à la place d'une règle spéciale évincée, car non conforme au traité. Ensuite, un principe général ou une solution prétorienne peuvent permettre au juge de trancher la contestation. En outre, l'éviction de la norme contraire au droit interne peut être partielle, c'est-à-dire ne s'appliquer qu'à une disposition au sein d'une loi ou d'un article. Tel est particulièrement le cas d'une disposition qui engendrerait une discrimination. En effet, comme le précise le Professeur DE SCHUTTER⁶²⁹, le principe de non-discrimination, intégré dans les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, permet de ne pas réaliser de façon discriminatoire les objectifs consacrés par les traités. Ainsi, la disposition discriminatoire injustifiée intégrée à une législation pourrait être simplement évincée afin de rétablir l'équilibre entre chaque catégorie d'individus.

266. Il existe des contentieux qui semblent plus propices à bénéficier de l'invocabilité d'exclusion. Le droit pénal sera très certainement son terrain d'élection. En effet, dès lors qu'une loi d'incrimination sera contraire à une disposition conventionnelle, peu importe son caractère imprécis ou programmatoire, l'éviction suffira à éteindre les poursuites. Il semble impossible que le législateur élabore une politique répressive qui ne serait pas conforme aux objectifs qu'il s'est conventionnellement imposés. Le juge pénal, en particulier la Chambre criminelle, est compétent pour vérifier la conformité de la loi à ces engagements, sans qu'il soit nécessaire, dans l'hypothèse d'une contrariété de textes, de substituer un droit subjectif au bénéfice de la personne poursuivie. Il en est de même pour les lois définissant une peine, la simple éviction permettant de trancher le litige.

Telle est la démarche de la Chambre criminelle lorsqu'elle constate qu'une infraction pénale est contraire à la CEDH. Par sa décision AMAURY du 4 septembre 2001⁶³⁰, la formation répressive décide que la loi interne du 19 juillet 1977, portant interdiction de publier, diffuser ou commenter des sondages d'opinion, pendant la semaine qui précède chaque tour de scrutin, ainsi que durant le déroulement de celui-ci, est contraire à l'article 10 de la CEDH. En effet, la publication d'une telle information constituait un délit défini par les articles 11 et 12 de la loi et 90-1 du Code électoral. Cette infraction engendrait une ingérence dans la liberté d'expression et la Haute juridiction a constaté qu'elle n'était pas justifiée au regard des conditions posées par le paragraphe 2 de la disposition conventionnelle. Elle ne peut donc servir de fondement à une condamnation pénale. En l'espèce, la Cour de cassation procède à la seule éviction du droit interne, mais sur le fondement d'un texte d'effet direct. Il importe

⁶²⁹ DE SCHUTTER (Olivier), *Les générations des droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux* in *Juger les droits sociaux*, colloque organisé par l'Association ADEAGE, le 19 octobre 2000, Chroniques de l'OMIJ n°2, PULIM, 2004, Limoges, p 13 (voir plus spécialement p 19 et suivantes).

⁶³⁰ Bull. crim. n°170, p 562 ; JCP G. 2001, II, 10623, p 2108, avec les Conclusions de COMMARET (Dominique) et la note de LEPAGE (Agathe) ; Légipresse novembre 2001, n°186, III, Cours et tribunaux, p 183, note ADER (Basile) ; RTDCiv. 2002, p 186, observations LIBCHABER (Rémy).

peu que la disposition conventionnelle soit créatrice d'un droit subjectif, dès lors que l'incrimination pénale n'est pas conforme, il convient de la neutraliser en évinçant son support normatif.

267. En outre, cette éviction est suggérée, par le Nouveau Code pénal, dans le cadre du contrôle de la légalité délégué aux juridictions répressives, sur le fondement de l'article 111-5 du NCP⁶³¹. Cette exception préjudicielle d'illégalité permet au juge d'évincer l'acte réglementaire contraire au traité. L'acte illégal sera écarté du procès en cours. Cependant, il ne semble pas impératif que cette exclusion engendre une substitution au bénéfice d'un droit subjectif. Ainsi, le juge pénal pourrait pratiquer un examen de la légalité – conventionnalité – de l'acte administratif et l'évincer sur le fondement d'une disposition conventionnelle non créatrice d'un droit subjectif de l'Homme, puisque cette démarche permettrait d'apporter la solution au procès pénal en cours.

268. Ce contrôle des lois et actes administratifs peut se doubler d'un certain autocontrôle du juge sur ses propres décisions qui doivent également évoluer en fonction des objectifs conventionnels quels qu'ils soient. En outre, les conventions privées pourront, par l'intermédiaire de l'invocabilité d'exclusion, être rééquilibrées en tenant compte de tous les droits de l'Homme.

B- L'invocabilité d'exclusion à l'égard des conventions privées

269. Appliquer les droits de l'Homme imprécis ou simplement programmatoires entre personnes privées semble engendrer une contradiction. En effet, ces textes nécessitent l'intervention de l'Etat afin de concrétiser les objectifs qu'ils se proposent de réaliser⁶³². Cette conséquence a nécessairement une répercussion sur l'application de ces dispositions conventionnelles entre les personnes privées. En effet, si ces textes ne peuvent se concrétiser que par l'intervention de l'Etat, il apparaît difficile de mettre à la charge des particuliers l'obligation de respecter les objectifs ainsi définis⁶³³.

270. Tel a été le raisonnement de la CJCE lorsqu'elle a considéré que les directives communautaires ne pouvaient revêtir un effet direct horizontal⁶³⁴. Elle a, en ce sens, été suivie

⁶³¹ Sur le contrôle de légalité voir DESPORTES (Frédéric), LE GUNHEC (Francis), *Droit pénal général*, 12^{ème} édition, Economica, 2005, Paris, p 230 et suivantes.

⁶³² CAPITANT (David), *A propos de la protection des droits économiques et sociaux en France* in *Les droits individuels et le juge en Europe*, Mélanges en l'honneur de Michel FROMONT, PU de Strasbourg, 2001, Strasbourg, p 127 (spécialement p 139) ; JACOBS (Nicolas), *La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels*, RBDI, 1999, I p 19 (plus spécialement p 29).

⁶³³ RIVERO (Jean), *La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées* in *Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, René CASSIN Amicorum Discipulorumque Liber III, Pedone, 1971, Paris, p 311 (spécialement p 312).

⁶³⁴ CJCE, arrêt FACCINI DORI, du 14 juillet 1994, C-91/92, Recueil I-3325. Sur ces questions voir : SIMON (Denys), *La directive européenne*, Connaissances du droit, Dalloz, 1997, Paris, p 70 et suivantes ; CHEVALIER (Bernard), *La primauté et l'effet direct du droit communautaire, les développements de la jurisprudence récente*,

par la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 27 février 1996, a précisé que « *le caractère contraignant d'une directive sur lequel est fondée la possibilité d'invoquer celle-ci devant une juridiction nationale n'existe qu'à l'égard de tout Etat membre destinataire et qu'il s'ensuit qu'une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier et qu'une disposition d'une directive ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne* »⁶³⁵.

Transposée aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, cette jurisprudence signifierait qu'il est impossible d'appliquer entre personnes privées des droits qui, nécessitant l'intervention de l'Etat, ne peuvent pas revêtir les qualités d'un texte d'effet direct. Cette démarche paraît logique car la négation de l'effet direct se répercute aussi bien dans un rapport vertical qu'horizontal. En revanche, selon le Professeur SIMON, il découle de l'arrêt UNILEVER ITALIA, du 26 septembre 2000⁶³⁶, que l'effet d'exclusion des directives « *autorise le justiciable à se prévaloir d'une norme communautaire en vue d'obtenir du juge qu'il écarte une norme nationale contraire, y compris dans un litige horizontal...* »⁶³⁷.

271. Il pourrait être opportun de vérifier dans quelle mesure, en l'absence d'effet direct, les droits de l'Homme peuvent être invocables dans les conventions privées, afin d'exclure les clauses qui pourraient leur être contraires. La spécificité des droits de l'Homme justifie cette réflexion. Puisque les destinataires de ces droits sont, même indirectement, les individus, il est inconcevable de laisser libre cours à des violations entravant leur réalisation dans les rapports privés. Selon la division tripartite du Professeur Asbjorn EIDE, les dispositions conventionnelles peuvent engendrer, dans le chef des Etats, trois obligations : celles d'appliquer, de respecter et de protéger⁶³⁸. Ainsi, pour le Professeur DE SCHUTTER, l'obligation de protéger tous les droits de l'Homme implique pour l'Etat contractant de ne pas « *tolérer des atteintes de la part d'autres particuliers* »⁶³⁹. Cette protection ne dépendrait pas uniquement du degré de réalisation du droit dans l'ordre juridique interne mais pourrait également se rattacher à l'obligation de donner effet à la norme.

visite des Magistrats de la Cour de cassation à la CJCE le 27 juin 2005, BICC du 1^{er} août 2005, disponible sur le site internet de la Cour de cassation. Cette analyse peut, toutefois, être tempérée par l'arrêt de la CJCE, WERNER MANGOLD contre RÜDIGER HELM du 22 novembre 2005, C-114/04, DUBOS (Olivier), *La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives : de l'apostasie à l'hérésie ?* JCP G 2006, II 10107, p 1293 (spécialement p 1296).

⁶³⁵ Com. 27 février 1996, Bull. civ. IV, n°64, p 50.

⁶³⁶ CJCE, C-443/98, Recueil I-7535.

⁶³⁷ SIMON (Denys), *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} édition, PUF, 2001, Paris, N°318, p 402.

⁶³⁸ KUMADO (Kofi), *La surveillance des droits économiques, sociaux et culturels*, Revue de la Commission internationale des juristes, édition spéciale *Droits économiques, sociaux et culturels et le rôle des juristes*, Bangalore, Octobre 1995-Décembre 1995, n°55, p 111 (plus spécialement p 114). Ce triptyque a notamment été appréhendé par le CDESC dans son observation générale n°12 relative au droit à une nourriture suffisante, site internet de l'ONU, document E/C.12/1999/5, n°15. Voir également AMNESTY INTERNATIONAL, *Protéger les droits humains, outils et mécanismes juridiques internationaux*, Litec, 2003, Paris, n°1180 et suivants.

⁶³⁹ DE SCHUTTER (Olivier), Op. Cit. Spécialement p 15.

272. A la différence de l'effet direct qui suppose la responsabilité de chacun afin de préserver l'équilibre entre droits subjectifs et devoir de ne pas y porter atteinte, les droits de l'Homme simplement programmatoires ou imprécis assoient leur influence sur la fonction protectrice de l'Etat, qui sera assurée par le juge, garant du respect du droit⁶⁴⁰. En d'autres termes, il faut considérer que l'Etat a pour mission de réaliser les objectifs posés par les traités en créant une législation adéquate permettant de préserver les particuliers des atteintes qui pourraient leur être portées par d'autres individus.

273. Cette fonction protectrice se rattache à la notion d'obligation positive, classiquement associée aux droits à réalisation progressive, en particulier les droits économiques, sociaux et culturels⁶⁴¹. Selon une distinction désormais obsolète, ces droits nécessiteraient une intervention positive de l'Etat, une action, alors que les droits civils et politiques n'imposeraient qu'une abstention⁶⁴². Cette opposition est aujourd'hui balayée par la jurisprudence de la Cour EDH et par le CDH⁶⁴³. En effet, selon la juridiction européenne, de nombreux droits civils et politiques peuvent générer des obligations positives à la charge de l'Etat et il convient de dépasser le clivage existant entre droits civils et politiques et droits économiques, sociaux et culturels⁶⁴⁴. Il n'en demeure pas moins que les obligations positives de l'Etat dans la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels subsistent. Sa défaillance peut replacer le juge dans la position de préserver l'individu de cette carence permettant la violation d'un objectif par autrui. Ainsi, le juge judiciaire pourrait mettre en œuvre un effet horizontal indirect⁶⁴⁵ découlant de l'obligation positive de veiller au respect du traité entre les sujets de droit privé⁶⁴⁶. En d'autres termes, le juge pourrait être amené à rééquilibrer les conventions privées parce que l'Etat défaillant n'a pas élaboré une législation permettant de préserver les individus contre les entraves aux objectifs posés par les traités qui

⁶⁴⁰ VERDIER (Jean-Maurice), *En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme* in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur du Professeur Jean SAVATIER, PUF, 1992, Paris, p 427 (plus spécialement p 435).

⁶⁴¹ FLAUSS (Jean-François), *La protection des droits de l'homme et les sources du droit international* in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 11 (spécialement p 28).

⁶⁴² BOSSUYT (Marc), *La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels*, RDH 1975, Vol VIII-4, p 783 (spécialement p 790) ; JACOBS (Nicolas), *La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels*, RBDI, 1999, I p 19 (spécialement p 29).

⁶⁴³ FLAUSS (Jean-François), Op. Cit. CAPITANT (David), *A propos de la protection des droits économiques et sociaux en France* in *Les droits individuels et le juge en Europe*, Mélanges en l'honneur de Michel FROMONT, PU de Strasbourg, 2001, Strasbourg, p 127 (spécialement p 134) ; IMBERT (Pierre-Henri), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels*, Revue du droit public et de la science politique, 1989, volume I, p 739 (spécialement p 743)

⁶⁴⁴ Cour EDH, arrêt AIREY contre Irlande, du 9 octobre 1979, Série A, n°32 ; SUDRE (Frédéric), *GA CourEDH*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris, n°2, p 18.

⁶⁴⁵ SPIELMANN (Dean), *Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention* in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la direction de Frédéric SUDRE, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 133.

⁶⁴⁶ L'effet horizontal indirect de la CEDH développé par la Cour EDH peut engendrer une responsabilité de l'Etat aussi bien à l'occasion d'une abstention, dans le cadre de ses obligations positives, que lors d'une action favorisant la violation de la CEDH entre personnes privées : sur ces questions voir SUDRE (Frédéric), *GA CourEDH*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris, p 31 et suivantes.

pourraient être induites par d'autres personnes privées. S'appuyant sur le mécanisme de l'invocabilité d'exclusion, il évincerait les clauses contraires aux dispositions conventionnelles. Les effets du mécanisme ne divergeraient pas véritablement de l'effet direct horizontal, mais les moyens d'y parvenir ne relèveraient pas du même raisonnement, puisque la théorie des obligations positives permettrait de justifier la neutralisation d'une clause contractuelle.

274. Cette intervention du juge dans le contrat pourrait déstabiliser les contractants et nuire à la sécurité juridique. Il est pourtant des domaines où elle est envisageable et où les droits de l'Homme, fussent-ils simplement programmatoires, justifieraient un rééquilibrage du contrat. Ainsi, le Professeur MALINVAUD remarque que le contrat doit être conforme à la justice sociale. Or, il constate que, parfois, « *les juges ne trouvent pas dans les textes un support solide pour réaliser un contrôle de l'économie du contrat* ». Pour pallier cette carence, ils ont alors recours aux notions « *d'économie du contrat* » ou de « *proportionnalité* »⁶⁴⁷. Afin d'asseoir ses décisions, la Haute juridiction pourrait rechercher, dans les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, les mécanismes permettant de préserver cette justice sociale en évinçant les clauses contractuelles qui lui porteraient atteinte. Ces mêmes textes pourraient également servir la théorie des clauses abusives. En effet, si le Gouvernement et la Commission peuvent déterminer des clauses abusives, le même pouvoir est reconnu au juge sur le fondement de l'article L.132-1 du Code de la consommation⁶⁴⁸. Les dispositions conventionnelles pourraient permettre l'identification de telles clauses et justifier leur neutralisation.

275. En outre, l'invocabilité d'exclusion pourrait révéler toute sa pertinence au sein du droit négocié du travail. En cette matière particulièrement, les droits économiques et sociaux peuvent étendre leur efficacité. Aujourd'hui, la législation sociale n'a vocation qu'à définir un minimum qui constituera l'ordre public social auquel la négociation collective ne pourra déroger qu'en faveur d'une protection plus étendue⁶⁴⁹. Ainsi, le droit du travail est composé principalement de sources infralégislatives comme les conventions collectives et accords professionnels. Ces sources ont certes un caractère contractuel, mais également normatif⁶⁵⁰. Les auteurs démontrent l'assimilation des sources négociées du droit du travail avec la loi. Elles bénéficient « *d'un traitement assez proche* » de celui des propres normes de l'Etat⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ MALINVAUD (Philippe), *Droit des obligations*, 9^{ème} édition, Litec, 2005, Paris, p 182 et suivantes.

⁶⁴⁸ TERRE (François), SIMLER (Philippe), LEQUETTE (Yves), *Droit des obligations*, 9^{ème} édition, Dalloz, 2005, Paris, n°328.

⁶⁴⁹ Il existe pourtant des exceptions, si les règles sont absolument impératives. En outre, les accords collectifs de branche ou d'entreprise peuvent contenir des dispositions moins favorables pour les salariés : sur ces questions : VERDIER (Maurice), COURET (Alain), SOURIAU (Marie-Armelle), *Droit du travail, volume I : Les rapports collectifs*, Mémentos Dalloz, 13^{ème} édition, 2005, Paris, p 19.

⁶⁵⁰ PELISSIER (Jean), SUPLOT (Alain), JEAMMAUD (Antoine), *Droit du travail*, 22^{ème} édition, Précis Dalloz, 2005, Paris, n°81.

⁶⁵¹ PELISSIER (Jean), SUPLOT (Alain), JEAMMAUD (Antoine), Op. Cit. Les auteurs remarquent que les dispositions d'une convention collective sont assimilées aux règles applicables au sens de l'article 12 du NCPD

Par conséquent, les accords et conventions issus de la négociation collective font partie du droit objectif⁶⁵². Malgré le caractère privé de ces normes, il semble donc concevable de faire peser sur les négociateurs les obligations découlant des engagements pris par les parties aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. En effet, l'Etat a, en quelque sorte, délégué une compétence aux partenaires sociaux quant à l'établissement des règles de droit du travail. Le droit négocié doit donc s'insérer dans la hiérarchie des normes⁶⁵³. Cette idée est renforcée par l'obligation de négocier, telle qu'elle découle de la loi du 13 novembre 1982 et par le « *devoir de vigilance* » qui pèse sur les organisations nationales compétentes pour former des requêtes devant le CEDS⁶⁵⁴. Il semblerait que les organisations syndicales et patronales ne puissent pas entraver la réalisation des droits de l'Homme, même si ces derniers simplement programmatoires ne posent que des objectifs engageant les Etats. S'opèrerait un déplacement de l'obligation positive de respecter les droits de l'Homme de l'Etat vers les partenaires sociaux.

276. Un contrôle peut être opéré par la Cour de cassation, qui reconnaît que les juridictions judiciaires sont compétentes afin de vérifier la légalité des clauses insérées dans les conventions collectives⁶⁵⁵, y compris celles ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension⁶⁵⁶. Dans le cadre de ce contrôle, la Haute juridiction pourrait veiller à ce qu'une clause n'entrave pas la réalisation des objectifs posés par les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Si elle devait aboutir à pareille conclusion, il lui reviendrait d'en exclure l'application au titre de la primauté de la disposition conventionnelle. Le contrôle opéré s'apparenterait au contentieux de la légalité des actes réglementaire relevant du droit pénal. En cette matière également, la seule éviction de la clause négociée contraire au traité permettrait de trancher le litige sans que l'application d'un droit subjectif soit exigée.

277. Au-delà de la négociation collective, le contrôle de la légalité s'étend également au règlement intérieur. En effet, le raisonnement peut être transposé au « *pouvoir normatif de l'employeur* », parfois imposé par la loi⁶⁵⁷ et considéré par une partie de la doctrine comme

et constate qu'elle s'applique au contrat de travail « *à la manière d'une loi* ». Ils notent, en outre, que la Chambre sociale casse au visa des conventions collectives, alors seul un texte de loi peut fonder la cassation (article 1020 du NCPC, n°81 et 48. Selon le Professeur SUPIOT, la convention collective «...participe du domaine des lois et règlements que le juge est chargé d'appliquer... » ; MAZEAUD (Antoine), *Droit du travail*, 4^{ème} édition, Montchrestien, 2004, Paris, n°68.

⁶⁵² MAZEAUD (Antoine), *Droit du travail*, 4^{ème} édition, Montchrestien, 2004, Paris, n°68.

⁶⁵³ PELISSIER (Jean), SUPIOT (Alain), JEAMMAUD (Antoine), Op. Cit. n°48. Toutefois, les auteurs remarquent que cette vision d'une délégation du pouvoir normatif s'inscrivant dans la hiérarchie des normes n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine. Fondée sur l'hypothèse d'un pluralisme juridique, ces théories envisagent les règles issues de la négociation collective comme indépendante de toute délégation étatique.

⁶⁵⁴ BONNECHERE (Michèle), *Charte sociale et droits nationaux* in *La Charte sociale européenne*, collection rencontres européennes, Bruylant, 2001, Bruxelles, p 115. Ainsi, l'auteur remarque que la Charte sociale européenne « *peut être réalisée au moyen de conventions collectives* ».

⁶⁵⁵ SOURIAU-ROTSCHILD (Marie-Armelle), *Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs*, Droit social 1996, p 395.

⁶⁵⁶ Civ. 2^{ème}, 12 juillet 1963, Bull. civ. II, n°524 ; Soc. 4 février 1987, Bull. civ. V, n°61, p 39.

⁶⁵⁷ A partir de vingt salariés, l'employeur est tenu d'établir un règlement intérieur : SUPIOT (Alain), *Droit du travail*, Que sais-je ? PUF, 2004, Paris, p 81.

relevant d'une délégation de compétence de la part de l'Etat⁶⁵⁸. Or, les juridictions judiciaires, placées sous le contrôle de la Cour de cassation sont compétentes pour vérifier la légalité du règlement intérieur. En effet, les actions en annulation de certaines de ses clauses sont recevables devant le Tribunal de Grande instance. De même, le Conseil de prud'hommes peut, dans un litige relatif à une sanction disciplinaire, être amené, par voie d'exception, à statuer sur la légalité d'une clause du règlement intérieur⁶⁵⁹. Les juridictions judiciaires pourraient, sous le contrôle de la Cour de cassation, s'appuyer sur les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme afin de contester la légalité d'une clause du règlement intérieur. Ainsi, l'exclusion de la clause litigieuse serait fondée sur l'entrave qu'elle porte aux objectifs posés par une disposition conventionnelle.

278. Demeure entière la question de l'invocabilité des dispositions conventionnelles simplement programmatoires à l'encontre d'une clause du contrat de travail qui leur porterait atteinte. Cette invocabilité est délicate et peut être envisagée sous plusieurs angles. Il est possible de considérer que le contrat privé sera contesté sur le fondement des obligations positives imposant à l'Etat de veiller au respect des droits de l'Homme entre personnes privées. L'effet horizontal indirect aurait alors vocation à jouer et justifierait l'exclusion d'une clause contractuelle. Il est aussi envisageable d'apprécier le contrat de travail comme source normative du droit social⁶⁶⁰. L'invocabilité d'exclusion s'exécute dans le cadre d'un contrôle de la légalité du contrat de travail, qui, au nom de l'ordre public social, ne peut déroger défavorablement aux sources qui lui sont supérieures. La mise en œuvre d'un rigoureux contrôle de la loi, des conventions et accords collectifs devrait limiter le contentieux relatif à la contrariété des clauses contractuelles aux droits de l'Homme.

279. Par ailleurs, alors même que l'effet direct ou l'invocabilité d'exclusion de la disposition conventionnelle ne seraient pas envisageables, car le juge ne dégage pas un droit subjectif ou ne découvre pas dans son arsenal juridique interne les fondements lui permettant de trancher le litige, il peut encore interpréter le droit national à la lumière du traité, par la voie de l'invocabilité d'interprétation conforme.

⁶⁵⁸ PELISSIER (Jean), SUPIOT (Alain), JEAMMAUD (Antoine), n°878. Sur cette question voir particulièrement SUPIOT (Alain), *La réglementation patronale de l'entreprise*, Droit social 1992, p 215.

⁶⁵⁹ VERDIER (Maurice), COEURET (Alain), SOURIAU (Marie-Armelle), *Droit du travail, volume II : Les rapports individuels*, Mémentos Dalloz, 13^{ème} édition, 2005, Paris, p 87.

⁶⁶⁰ PELISSIER (Jean), SUPIOT (Alain), JEAMMAUD (Antoine), *Droit du travail*, 20^{ème} édition, Précis Dalloz, 2000, Paris, n°79.

Section II – L’invocabilité d’interprétation conforme du droit national à la lumière des dispositions conventionnelles

280. L’interprétation conforme est souvent qualifiée « *d’effet indirect* » du traité⁶⁶¹. Afin d’interpréter son droit interne, le juge national devra déterminer, entre plusieurs sens possibles, celui qui concorde le mieux avec une disposition conventionnelle, prise comme norme de référence⁶⁶². Ce mécanisme, qui ouvre une nouvelle voie à l’invocabilité des traités, puise son efficacité de la jurisprudence de la CJCE (§1). Il peut être facilement mis en œuvre par la Cour de cassation qui utilisera les traités internationaux protecteurs des droits de l’Homme comme guide d’interprétation du droit interne (§2).

§1- L’identification de l’invocabilité d’interprétation conforme

281. En déployant des efforts considérables afin de multiplier les mécanismes d’invocabilité du droit communautaire dépourvu d’effet direct, la jurisprudence de la CJCE est devenu un laboratoire de la justiciabilité. L’interprétation conforme est une forme d’invocabilité qui lui est empruntée (A). Cette interprétation conciliatrice préserve la hiérarchie des normes, sans produire un effet d’exclusion du droit interne (B).

A- Un mécanisme emprunté à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes

282. La CJCE a ingénieusement contourné l’absence d’effet direct des directives communautaires en élaborant le mécanisme d’invocabilité d’interprétation conforme. A l’occasion de son arrêt VON COLSON et KAMANN, rendu le 10 avril 1984⁶⁶³, elle a considéré que le juge interne devait interpréter son droit national « *à la lumière du texte et de la finalité de la directive* ». Ce mécanisme s’impose au juge qui, en tant qu’autorité de l’Etat, doit prendre toutes les mesures permettant d’aboutir au résultat prévu par la norme communautaire⁶⁶⁴. Elle a, par la suite, précisé que cette démarche ne se limitait pas au droit

⁶⁶¹ CARILLON (Alain), *Les sources européennes des droits de l’homme salarié*, Thèse de doctorat sous la direction du Professeur Jean-Pierre MARGUENAUD, soutenue à Limoges, le 18 octobre 2004, p 189 ; BONNECHERE (Michèle), *Charte sociale et droits nationaux* in *La Charte sociale européenne*, collection rencontres européennes, Bruylant, 2001, Bruxelles, p 119 ; EVRIGENIS (Dimitrios), *L’interaction entre la dimension internationale et la dimension nationale de la Convention européenne des Droits de l’Homme : notions autonomes et effet direct* in *Völkerrecht als Rechtsordnung internationale Gerichtsbarkeit menschenrechte*, Festschrift für Hermann MOSLER, Springer Verlag, 1983, Berlin – Heidelberg – New York, p 193 (plus spécialement p 201).

⁶⁶² SCIOTTI-LAM (Claudia), *L’applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l’homme en droit interne*, Bruylant, 2004, Bruxelles, n°848.

⁶⁶³ 14/83, Recueil 1891.

⁶⁶⁴ HAGUENAU (Catherine), *L’application effective du droit communautaire en droit interne : analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruylant, 1995, Bruxelles, p 269.

national élaboré en vue de la transposition de la directive, mais devait s'appliquer, y compris dans un litige horizontal, à l'ensemble des textes qui lui étaient antérieurs ou postérieurs⁶⁶⁵.

283. En revanche, un doute subsiste sur l'intervention dans le temps de l'invocabilité d'interprétation conforme des directives. Certains auteurs estiment que la CJCE admet la mise en œuvre du mécanisme de justiciabilité alors même que les délais de transposition de la directive ne sont pas échus⁶⁶⁶. D'autres considèrent que le juge national ne peut pas donner une interprétation du droit interne conforme aux dispositions de la directive qu'à l'expiration de ce délai⁶⁶⁷.

284. Par la suite, la CJCE a étendu les effets de cette interprétation conforme à d'autres normes du droit communautaire⁶⁶⁸, qu'il s'agisse, par exemple, du droit primaire⁶⁶⁹ ou d'une décision cadre du Conseil⁶⁷⁰.

285. Ce mécanisme, qui permet d'assurer l'effectivité du droit communautaire⁶⁷¹, assoit sa pertinence sur plusieurs fondements. Il peut se rattacher à la primauté du droit communautaire⁶⁷² et à son effet utile⁶⁷³, mais plus largement, il présume que le législateur n'a pas souhaité établir une législation qui entraverait les objectifs posés par la directive⁶⁷⁴. Il est, par conséquent, impératif de préserver cette forme « *minimale* » de justiciabilité, alors même que le texte de droit communautaire dérivé est dépourvu d'effet direct⁶⁷⁵.

B- Les effets de l'invocabilité d'interprétation conforme

286. L'interprétation conforme diffère fondamentalement des invocabilités de substitution et d'exclusion en ce qu'elle n'aboutit pas à l'éviction du droit national divergeant. Au contraire, il subsiste et s'applique au litige soumis au juge, mais à la lumière des dispositions

⁶⁶⁵ CJCE, arrêt MARLEASING SA, du 13 novembre 1990, C-106/89, Recueil 4135. HAGUENAU (Catherine), Op. Cit. p 270 ; SIMON (Denys), *La directive européenne*, Connaissances du droit, Dalloz, 1997, Paris, p 91.

⁶⁶⁶ A propos de l'arrêt KOLPINGHUIS NIJMEGEN, rendu par la CJCE le 8 octobre 1987, 80/86, Recueil 3969, voir SIMON (Denys), *La directive européenne*, Connaissances du droit, Dalloz, 1997, Paris, p 92 ; DUBOS (Olivier), note relative à l'arrêt de la CJCE, WERNER MANGOLD contre RÜDIGER HELM du 22 novembre 2005, C-114/04, *La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives : de l'apostasie à l'hérésie ?* JCP G 2006, II 10107, p 1293.

⁶⁶⁷ CJCE, Arrêt ARCARO du 26 septembre 1996, C-168/95 ; BLUMANN (Claude), DUBOUIS (Louis), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, Litec, 2005, Paris, n°666.

⁶⁶⁸ SIMON (Denys), Op. Cit. p 438 ; ISSAC (Guy), BLANQUET (Marc), Op. Cit. p 207.

⁶⁶⁹ CJCE, 4 février 1988, Arrêt MURPHY, 157/86, Recueil 686.

⁶⁷⁰ CJCE, 16 juin 2005, Arrêt MARIA PUPINO, C-105/03, Europe 2005, n°8-9, n°274, p 10, observations KAUFF-GAZIN (Fabienne).

⁶⁷¹ ISSAC (Guy), BLANQUET (Marc), *Droit communautaire général*, 8^{ème} édition, Armand Colin, 2001, Paris, p 207.

⁶⁷² GAUTRON (Jean-Claude), *Droit européen*, 11^{ème} édition, Mementos Dalloz, 2004, Paris, p 181 ; ISSAC (Guy), BLANQUET (Marc), Op. Cit. p 206.

⁶⁷³ HAGUENAU (Catherine), Op. Cit. p 265.

⁶⁷⁴ HAGUENAU (Catherine), Op. Cit. p 267 ; SIMON (Denys), *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} édition, PUF, 2001, Paris, p 439.

⁶⁷⁵ SIMON (Denys), Op. Cit. p 438.

conventionnelles. Ainsi, la CJCE a rappelé, dans son arrêt du 5 octobre 2004⁶⁷⁶, que dans le cadre d'un litige entre particuliers, les dispositions d'une directive, dénuée d'effet direct horizontal, ne pouvaient être appliquées en tant que telles, malgré leur clarté, leur précision et leur incondtionnalité. En revanche, le juge était tenu d'interpréter l'ensemble du droit interne de manière à atteindre les objectifs posés par la norme communautaire.

287. L'interprétation conforme révèle alors sa souplesse à l'égard du contentieux privé. En effet, le droit national étant appliqué au litige, les dispositions conventionnelles ne font pas peser sur les particuliers les obligations imposées à l'Etat. La CJCE a donc considéré que le juge national devait apprécier, au besoin d'office, le caractère abusif de clauses contractuelles, sur le fondement de l'invocabilité d'interprétation conforme, alors qu'une directive sur les clauses abusives n'avait pas été transposée⁶⁷⁷.

288. L'arrêt du 5 octobre 2004 précise, en outre, que l'interprétation conforme ne peut servir de fondement à une interprétation *contra legem*⁶⁷⁸. En effet, il apparaît contraire au principe de séparation des pouvoirs que les juges, sous couvert d'interprétation, puissent être tentés de refaire la loi. Cette solution marque également les limites de cette invocabilité qui n'abandonne pas au juge des possibilités infinies.

289. Transposée au contentieux de la Cour de cassation, l'interprétation conforme articule donc deux compétences de la Haute juridiction. La première se rattache au contrôle de conventionnalité découlant de la primauté des traités internationaux. La seconde relève du rôle d'interprète de la loi dévolu à la Haute juridiction⁶⁷⁹.

En réalité, la disposition conventionnelle non créatrice d'un droit subjectif n'en conserve pas moins sa place dans l'ordre juridique interne et afin de préserver le principe *pacta sunt servanda* et sa primauté, il revient au juge de lui faire jouer un effet si ce n'est direct, à tout le moins utile⁶⁸⁰. En appliquant une norme interprétée à la lumière d'une disposition conventionnelle, la Haute juridiction conserve le droit interne comme fondement nécessaire à sa décision. De plus, elle préserve la primauté, puisque l'interprétation s'opère par référence au texte hiérarchiquement supérieur. A ce titre, il est impératif que les deux normes apparaissent au soutien de la décision. Il s'agit d'une forme de contrôle de conventionnalité qui n'aboutit pas à l'éviction du texte national au bénéfice du traité.

⁶⁷⁶ Arrêt PFEIFFER et autres, C-397/01 à C-403/01, disponible sur le site internet de la CJCE.

⁶⁷⁷ CJCE, Arrêt OCEANO GRUPO EDITORIAL SA du 27 juin 2000, C-240/98 à C-244/98 ; BERNARDEAU (Ludovic), *Clauses abusives : l'illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire (à la suite de l'arrêt CJCE, 27 juin 2000, Océano, aff. C-240/98)*, REDC, 2000, p 261 ; LUBY (Monique), *Trop ne vaut rien (ou quand la CJCE ébranle le régime juridique des clauses abusives)*, C.C.C. janvier 2004, Chronique n°1, p 6.

⁶⁷⁸ CHEVALIER (Bernard), *La primauté et l'effet direct du droit communautaire, les développements de la jurisprudence récente*, visite des Magistrats de la Cour de cassation à la CJCE le 27 juin 2005, BICC du 1^{er} août 2005, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

⁶⁷⁹ PERROT (Roger), *Institutions judiciaires*, 11^{ème} édition, Montchrestien, 2004, Paris, n°28.

⁶⁸⁰ BONNECHERE (Michèle), *Charte sociale et droits nationaux in La Charte sociale européenne*, collection rencontres européennes, Bruylant, 2001, Bruxelles, p 105 (plus spécialement p 119).

Ce mécanisme d'interprétation conforme est, par ailleurs, en parfaite adéquation avec les compétences reconnues à la Cour de cassation. Gardienne du droit, interprète authentique, elle veille à la correction de l'interprétation de la règle de droit⁶⁸¹.

290. La démarche d'interprétation conforme est néanmoins plus complexe puisque le texte à interpréter n'est pas nécessairement obscur. En effet, selon une définition classique, l'interprétation « *consiste à discerner le sens d'un texte obscur* »⁶⁸². Pour cela, Claudia SCIOTTI-LAM pense qu'il convient de distinguer entre l'interprétation conforme, découlant des obligations internationales du juge et l'interprétation « *à la lumière de* » qui ne conduirait qu'à interpréter une règle équivoque⁶⁸³. Cette différence terminologique n'est pas représentative de la jurisprudence communautaire qui emploie souvent indistinctement les deux expressions. En outre, ainsi que le remarque le Professeur TROPER, l'interprétation authentique, fournie par une juridiction suprême, peut tout aussi bien porter sur un texte clair que sur un texte obscur⁶⁸⁴. Ici, l'obligation d'interprétation naît d'une antinomie des normes, imposant au juge de les concilier tout en tenant compte de leur place dans la hiérarchie.

291. La première Chambre civile vient, par un arrêt du 28 février 2006⁶⁸⁵, de mettre en œuvre, de manière éclatante, l'invocabilité d'interprétation conforme, à l'égard d'une directive européenne dont le délai de transposition n'avait pas été respecté. Elle admet ainsi la disjonction de l'effet direct et de l'invocabilité. Elle rejoint, sur ce point, la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui reconnaît depuis de nombreuses années ce mécanisme de justiciabilité⁶⁸⁶.

292. Finalement, l'invocabilité d'interprétation conforme pourrait s'immiscer dans le contentieux des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. En effet, elle constitue une forme de justiciabilité confortable pour le juge au regard de la séparation des pouvoirs, car elle ne s'inscrit pas dans une logique de conflit de normes, mais de combinaison des textes respectueuse de leur hiérarchie. Face à des engagements dénués d'effet direct, la Haute juridiction n'aurait pas à combler une carence législative dans la mise en œuvre des objectifs. Sa réticence à prendre appui sur ces normes afin de trancher le litige serait apaisée

⁶⁸¹ AUBERT (Jean-Luc), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 10^{ème} édition mise à jour, Armand COLLIN, 2004, Paris, n°165.

⁶⁸² CORNU (Gérard), (dir.) *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 7^{ème} édition, Quadrige, 2005, Paris.

⁶⁸³ SCIOTTI-LAM (Claudia), *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, Bruxelles, n°850.

⁶⁸⁴ TROPER (Michel), *Une théorie réaliste de l'interprétation* in *Théories réalistes du droit*, nouvelle série n°4, 2000, PU Strasbourg, p 51 (plus spécialement p 56), également du même auteur : *Interprétation* in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane), Quadrige, Lamy-PUF, 2003, Paris, p 843 et suivantes.

⁶⁸⁵ Pourvois n° 05-15.824 et 05-16.002, arrêt n°549 (Publié au Bulletin, au Bulletin d'information et au Rapport annuel) ; MELINSON (David), *Mulholland drive, deuxième virage et sortie de route*, Lamy droit de l'information et des réseaux, 2006, Chronique disponible sur le site internet Lamyline Reflex.

⁶⁸⁶ CE Assemblée, arrêt Ministre d'Etat, Ministre de l'Economie et des Finances et de la Privatisation contre cercle militaire mixte de la Caser Mortier, 22 décembre 1989. Par cet arrêt, le Conseil d'Etat met en œuvre l'invocabilité d'interprétation conforme à l'égard d'une loi transposant une directive : voir HAGUENAU (Catherine), Op. Cit. p 282 et suivantes.

par la référence au droit interne interprété. Ainsi que le remarque Monsieur BLECKMANN, « *par le biais de l'interprétation du droit interne, le droit international trouve ainsi une porte d'entrée plus largement ouverte que ne l'est celle de l'application directe* »⁶⁸⁷. Cette porte, la Cour de cassation l'a entrebâillée à l'égard de la CEDH, il lui reste donc à l'ouvrir en grand aux droits de l'Homme dénués d'effet direct.

§2- La mise en œuvre de l'invocabilité d'interprétation conforme au bénéfice des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme

293. L'invocabilité d'interprétation conforme a été mise en œuvre, par la Haute juridiction, à l'égard de la CEDH. Cette démarche surprenante en raison du caractère d'effet direct des droits appliqués se justifie par la spécificité du contentieux tranché (A). Elle démontre néanmoins avec évidence que cette justiciabilité minimale peut profiter à toutes des dispositions conventionnelles issues des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme (B).

A- Un mécanisme exploité par la Cour de cassation à l'égard de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

294. Retenir l'invocabilité d'interprétation conforme comme mécanisme de justiciabilité de la CEDH peut déconcerter dans la mesure où les dispositions conventionnelles sont reconnues d'effet direct. Pourtant, la Haute juridiction a interprété le droit interne à la lumière des dispositions conventionnelles issues de la CEDH.

295. Dans plusieurs arrêts, la Chambre sociale s'est méprise sur le mécanisme de justiciabilité qu'elle retient véritablement et qualifie improprement d'effet direct une mise en œuvre de l'invocabilité d'interprétation conforme du droit national.

En effet, la Cour EDH a développé, depuis un certains nombres d'années, une jurisprudence originale intégrant les droits sociaux à la protection des droits civils et politiques originellement garantis par la CEDH⁶⁸⁸. Cette jurisprudence est le fruit d'une combinaison de

⁶⁸⁷ BLECKMANN (Albert), *Interprétation et application en droit interne de la Charte sociale européenne, notamment du droit de grève*, Cahiers de droit européen, 1967, p 389.

⁶⁸⁸ SUDRE (Frédéric), *La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction » ?* RTDA 2003, n°55, 755 ; du même auteur, *La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'homme in Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, colloque des 29,30 et 31 mai 1997, Palma de Majorque, Baléares, Bruylant, 1999, Bruxelles et aussi : *La perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux in Pouvoir et liberté : Etudes offertes à Jacques MOURGEON*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 467 ; DAUGAREILH (Isabelle), *La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la protection sociale*, RTDE 2001, p 123 ; FIERENS (Jacques), *La violation des droits civils et politiques comme conséquence de la violation des droits économiques, sociaux et culturels*, RBDI, 1999/1, p 46 ; COSTA (Jean-Paul), *Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe ? in Les droits de l'homme à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 141.

l'article 14 au droit au respect des biens garanti par l'article 1^{er} du protocole additionnel 1. Ainsi, à l'occasion d'un arrêt GAYGUZU contre Autriche du 16 septembre 1997⁶⁸⁹, la juridiction strasbourgeoise a accepté de connaître d'un grief relatif à la discrimination dans l'octroi d'une allocation chômage. Elle considère que « *Le droit à l'allocation d'urgence - dans la mesure où il est prévu par la législation applicable - est un droit patrimonial au sens de l'article 1 du protocole n°1* »⁶⁹⁰.

Cette décision appelle un commentaire. L'article 1^{er} du protocole additionnel 1 ne consacre pas de droit subjectif à l'allocation sociale. Ce n'est que lorsqu'il existe, dans la législation interne, que la Cour le qualifie de bien, par interprétation autonome des termes de la CEDH⁶⁹¹. Elle interdit alors que l'Etat discrimine sans justification entre les individus susceptibles d'y prétendre⁶⁹².

La Chambre sociale de la Cour de cassation a transposé la solution supranationale dans sa propre jurisprudence à l'occasion d'un arrêt rendu le 14 janvier 1999⁶⁹³. L'affaire BOZKURT opposait un étranger de nationalité turc, qui souhaitait bénéficier d'une allocation supplémentaire du fond national de solidarité. Toutefois, l'article 815-5 du Code de la sécurité sociale, tout en garantissant l'octroi de cette allocation aux étrangers, en suspendait le versement à la signature de conventions internationales de réciprocité. De tels accords n'ayant pas été conclus avec le pays d'origine du demandeur, ce dernier ne pouvait prétendre, selon les juges du fond, à ladite allocation. A l'image de la solution retenue par la juridiction strasbourgeoise, la Cour de cassation va qualifier l'allocation de bien. Constatant que seule la condition de nationalité exclue le demandeur du bénéfice de cette allocation, la formation sociale relève d'office une discrimination dans le droit au respect des biens, en cassant au visa

⁶⁸⁹ D 1998, jurisprudence p 438, note MARGUENAUD (Jean-Pierre) et MOULY (Jean).

⁶⁹⁰ §41 de l'arrêt.

⁶⁹¹ MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, connaissance du droit, Dalloz, 2005, Paris., p 37.

⁶⁹² L'article 14 de la Convention pose un principe d'interdiction de la discrimination. Ce texte n'a pour autant pas vocation à s'appliquer à toute forme de discrimination, puisqu'il ne peut, en aucun cas, être invoqué seul au soutien d'une requête devant la Cour EDH. En effet, il doit être rattaché à l'un des droits garantis par la Convention, par l'effet d'une combinaison. Il ne dispose donc pas d'une "existence indépendante". Pourtant, la Cour EDH lui a reconnu, dans l'affaire LINGUISTIQUE BELGE contre Belgique du 23 juillet 1968, une portée autonome. Elle constate d'abord que l'article 14 fait « *partie intégrante de chacun des articles consacrant des droits et libertés* », pour autant, il aura vocation à jouer quand bien même la violation du droit auquel il est rattaché n'aurait pas été constatée. Il permettra ainsi à la Cour, dès lors que les faits de l'espèce se rapportent à l'un des droits garantis par le traité, de « *censurer la discrimination dans la jouissance d'un droit respecté* » : VELU (Jacques), ERGEC (Rusen), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, Bruxelles, p 114 ; PETTITI (Louis-Edmond), DECAUX (Emmanuel), IMBERT (Pierre-Henri), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, Paris, p 475 et plus spécialement p 478 et suivantes.

⁶⁹³ Bull. civ. V, n°24, p 17 ; D 1999, jurisprudence p 334, note MARGUENAUD (Jean-Pierre) et MOULY (Jean) ; Travail et Protection sociale mars 1999, p 20, note SUDRE (Frédéric) et du même auteur JCP G, II, 10082, p 869. Cette solution est réaffirmée à l'identique par un arrêt de la Chambre sociale du 25 mars 1999, pourvoi n°97-17043 (inédit titré), site internet Légifrance. Cette jurisprudence vient, en outre, d'être confirmée par deux arrêts de la deuxième Chambre civile du 6 avril 2004, pourvoi 03-30042 (inédit), concernant l'allocation aux adultes handicapés et du 16 novembre 2004, pourvoi 03-30170 (inédit), relatif l'allocation supplémentaire du fonds de solidarité vieillesse.

de la combinaison des articles 14 et 1^{er} du protocole additionnel numéro 1, « *tel qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme* ».

Cette décision soulève une interrogation quant au mécanisme de justiciabilité employé par la Cour de cassation afin de faire valoir le droit à l'allocation du demandeur. Par plusieurs décisions, dont l'une est rendue le même jour, la Chambre sociale semble rattacher la solution à l'effet direct des droits garantis par le traité européen, précisant qu'ils sont « *directement applicables à toute personne relevant de la juridiction des Etats signataires* »⁶⁹⁴.

Cette solution, certainement retenue en raison du fait que la Cour de cassation n'envisage la justiciabilité des droits de l'Homme que sur le fondement de l'effet direct, semble pourtant erronée. En effet, il est convenu que les dispositions conventionnelles combinées, pourtant seules intégrées au visa, ne créent pas un droit subjectif à l'allocation sociale. En revanche, ce droit subjectif est garanti aux étrangers, mais de façon discriminatoire, sur le fondement de l'article 815-5 du Code de la sécurité sociale. Si la Cour évince le droit interne, au titre de son inconvictionnalité, elle prive le demandeur du droit à l'allocation. Quels que soient les critères appliqués à l'effet direct, les textes internationaux ne peuvent consacrer le droit à l'allocation. Le droit interne n'est donc pas conforme au traité, l'exclure éradique la discrimination mais également le droit subjectif à l'allocation. D'ailleurs, la Haute juridiction ne procède pas à un contrôle formel de conventionnalité du droit interne discriminatoire.

En l'espèce, seule une mise en œuvre de l'invocabilité d'interprétation conforme apportait une solution satisfaisante au litige. La Chambre sociale devait intégrer le droit national au visa, tout en spécifiant qu'il était interprété à la lumière de la CEDH, elle-même interprété par la Cour EDH.

La solution retenue par la Chambre sociale est donc insatisfaisante, car elle crée une confusion autour du mécanisme de justiciabilité mis en œuvre. En revanche cette décision est remarquable quant à la transposition de l'interprétation supranationale fournie par la Cour EDH. En effet, la formation sociale de la Haute juridiction combine en réalité deux interprétations conformes, celle du droit national, mais également celle du traité.

296. En revanche, la première Chambre civile ne se méprend pas sur le mécanisme de justiciabilité retenu et use explicitement de l'invocabilité d'interprétation conforme à l'occasion d'un arrêt rendu le 29 janvier 2002⁶⁹⁵. Avant la loi du 3 décembre 2001, l'action en

⁶⁹⁴ Soc. 14 janvier 1999, Droit social mars 1999, p 219 ; 21 octobre 1999, Bull. civ. V, n°395, p 290 ; 31 janvier 2002, Bull. civ. V, n°44, p 41. Il paraît utile de préciser que dans ces différents contentieux, les Cours d'appel avaient contesté le caractère d'effet direct des dispositions conventionnelles. Dans la dernière décision citée en référence, la juridiction du fond tentait de distinguer entre la situation du demandeur et celle du requérant lors de l'arrêt de la Cour EDH du 16 septembre 1996, cette justification paraissant erronée au titre de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour EDH.

⁶⁹⁵ Bull. civ. I, n°32, p 24 ; Droit de la famille avril 2002, n°45, p 21, note BEIGNER (Bernard) ; PA 26 juillet 2002, n°147, p 22, note CHASSAGNARD (Sandrine) ; D 2002, jurisprudence p 1938, note DEVERS (Alain) ; JCP G 2002, I, 178, p 1953, observations LE GUNEHEC (Francis) ; RTDCiv. 2002, p 865, observations

retranchement pour atteinte à la réserve héréditaire était réservée à la descendance issue d'une précédente union. En l'espèce, une enfant reconnue naturelle, par la voie de la possession d'état, ne pouvait se prévaloir de l'ancien article 1527 alinéa 2 du Code civil, alors que son auteur avait, par contrat de mariage, attribué l'intégralité de la communauté à l'épouse survivante. Cet avantage matrimonial excédait la quotité disponible du *de cuius*, mais les juges du fond avaient considéré que la protection consentie aux enfants légitimes n'ayant pas été étendue aux enfants naturels, il convenait de ne pas en faire bénéficier la demanderesse. La première Chambre civile casse la décision du fond en procédant à l'interprétation conforme de l'article 1527 alinéa 2 du Code civil au regard de l'article 1 du protocole 1 combiné à 14 de la CEDH.

« Vu l'article 1527, alinéa 2, tel qu'il doit être interprété au regard de l'article 1^{er} du protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 14 de cette Convention »

Par cette décision, la juridiction du droit aligne le régime protecteur consacré par l'article 1527 alinéa 2 à toutes les filiations. Elle parvient à annihiler la discrimination par la voie de l'interprétation conforme. Alors que la CEDH consacre des droits d'effet direct, le recours à cette voie minimale de justiciabilité peut paraître surprenant. Elle est pourtant parfaitement justifiée.

L'article 1 protocole 1 reconnaît le droit au respect des biens. Cependant, il ne crée pas un droit à la réserve héréditaire. En revanche, si ce droit existe dans l'ordre juridique interne, il constitue un bien qui ne peut être attribué de manière discriminatoire. Le droit français garantit une réserve héréditaire et contribue à sa protection par la voie d'une action en retranchement, alors attribuée en fonction de la qualité de la filiation. Par conséquent, l'action réservée aux seuls enfants issus d'un premier mariage préserve un bien, mais de manière discriminatoire. La Haute juridiction, notant l'incompatibilité du droit interne avec les exigences posées par la CEDH, ne peut pas faire jouer un effet d'exclusion aux dispositions conventionnelles, car il aboutirait à l'éviction de l'article 1527 alinéa 2, fondement du droit subjectif à l'action en retranchement. Or, les articles 1 protocole 1 combiné à 14, qui lui seraient substitués ne garantiraient pas plus la protection que la réserve héréditaire.

Ce n'est donc pas par l'effet direct que la Haute juridiction parvient à l'extension de la protection, mais par celui de l'interprétation conforme qui lui permet de transposer la protection du droit interne à l'ensemble des filiations. Cette décision révèle également le dynamisme de la notion d'interprétation conforme, puisqu'elle va engendrer une véritable « *réécriture* » du droit interne⁶⁹⁶. En effet, la première Chambre civile dépasse la véritable mission traditionnelle de l'interprète qui tend principalement à donner un sens à une

MARGUENAUD (Jean-Pierre) ; Defrénois 2002, p 692, observations MASSIP (Jacques) ; RTDCiv 2002, p 347, observations VAREILLE (Bernard) ; RJPF mai 2002, n°5, p 14 note CASEY (Jérôme).

⁶⁹⁶ RTDCiv. 2002, p 865, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre).

disposition obscure. Le droit interne ici interprété ne révélait pas d'équivoque. Pourtant, il convenait de le transformer au regard des exigences posées par la CEDH. Il est possible d'évoquer ici une mutation du droit par la combinaison des normes ou plus précisément une interprétation par analogie, *a pari*. Pourtant, il ne faut pas diaboliser le pouvoir dont s'investit le juge de cassation, car la solution retenue revient simplement à gommer des discriminations par ailleurs contestées par la jurisprudence de la Cour EDH. Aboutir à une solution différente aurait, tout comme dans l'affaire MAZUREK contre France⁶⁹⁷, inexorablement conduit l'Etat vers une condamnation strasbourgeoise. En outre, la position de la première Chambre civile est confortée par la réforme du droit national. En effet, par une loi du 3 décembre 2001⁶⁹⁸, le législateur a modifié le second alinéa de l'article 1527 alinéa 2, en ouvrant à tous les enfants, qui ne seraient pas issus des deux époux, l'action en retranchement. Il est d'ailleurs surprenant que la Cour de cassation ne se soit pas référée à ce texte, qui rétroactif⁶⁹⁹, était applicable à la cause.

297. L'Assemblée plénière emprunte également de manière explicite la voie de l'invocabilité d'interprétation conforme, dans une décision rendue le 16 avril 2004⁷⁰⁰. La solution découle d'un arrêt de rejet rendu après une résistance justifiée de la juridiction de renvoi. En l'espèce, une mère de nationalité congolaise résidait régulièrement en France avec ses enfants mineurs de moins de 16 ans. Elle sollicitait de la Direction régionale des affaires sanitaires et sociales (ci-après DRASS) le bénéfice des prestations familiales à compter du 1^{er} mars 1993. Pour obtenir ces allocations, elle devait attester de la régularité de son séjour – ce qui ne soulevait pas de difficultés puisqu'elle bénéficiait d'une carte de résident – et de celui de ses enfants. Or, cette dernière démonstration a engendré quelques complications en raison de l'ambiguïté du droit national. Selon l'article L.512-1, les personnes françaises ou étrangères résidant en France et ayant à leur charge des enfants bénéficient, pour ces derniers, des prestations familiales. En vertu de l'article L.512-2, les étrangers jouissent de plein droit

⁶⁹⁷ Sur la convergence de la solution avec la jurisprudence européenne, voir le commentaire de l'arrêt MAZUREK contre France, rendu par la Cour EDH le 1^{er} février 2000, GOUTTENOIRE (Adeline), *GA CourEDH*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris, n°51.

⁶⁹⁸ Loi n°2001-1135.

⁶⁹⁹ Voir particulièrement : JCP G 2002, I, 178, p 1953, observations LE GUNEHEC (Francis) ; Defrénois 2002, p 692, observations MASSIP (Jacques) ; RTDCiv 2002, p 347, observations VAREILLE (Bernard). En effet, selon l'article 25 II, 2 de la loi du 3 décembre 2001 « *Sous réserve des accords amiables déjà intervenus et des décisions judiciaires irrévocables, seront applicables aux successions ouvertes à la date de publication de la présente loi au Journal Officiel de la République Française et n'ayant pas donné lieu à partage avant cette date...les dispositions du second alinéa de l'article 1527 du Code civil dans sa rédaction issue de l'article 17...* ». La loi a été publiée au JORF le 4 décembre 2001.

⁷⁰⁰ AP 16 avril 2004, pourvoi n°02-30.157, disponible sur le site internet de la Cour de cassation avec l'avis de Monsieur le Premier Avocat général DE GOUTTES (Régis) et le Rapport du Conseiller COEURET (Alain), rapport également publié au Droit social 2004, p 776. Sur cette décision voir BOSSU (Bernard), RJPF juin 2004, n°6, p 24 ; DAUGAREILH (Isabelle), RDSS 2004, p 964 ; DE GOUTTES (Régis), *Vérité et effectivité dans l'accès aux prestations familiales pour les enfants étrangers entrés en France avec leurs parents*, Rapport de la Cour de cassation 2004, *La vérité*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, publié à la Documentation Française ; DECOUX (Alexandra), Revue Lamy Droit civil, 2004, n°6, p 39 ; DEVERS (Alain), Droit de la famille juillet-août 2004, n°135, p 38 ; KLÖTGEN (Paul), RGDIP 2005, p 47 ; RJS 2004, n°7, p 574, n°849.

de ces allocations s'ils disposent d'un titre attestant de la régularité de leur séjour. La liste des titres est fournie par l'article D.511-1 du même Code (il s'agit notamment de la carte de séjour ou de séjour temporaire, de résident, du récépissé de demande de renouvellement d'un de ces titres). Ce texte, applicable aux enfants, est complété par l'article D.511-2 prévoyant qu'en l'absence de tels documents, il peut être produit un extrait d'acte de naissance en France ou un certificat de contrôle médical délivré par l'Office national d'immigration à l'issue de la procédure de regroupement familial. Ce dernier document était réclamé par la DRASS à la demanderesse, qui le fournit en janvier 1995, tout en demandant le versement rétroactif des allocations. C'est à cette dernière demande que s'est opposé l'organisme, affirmant que le versement des prestations familiales courrait à compter de la production du document attestant de la régularité du séjour des enfants. Selon la demanderesse, la production du certificat médical attestait certainement de la régularité du séjour de ses enfants mais ne pouvait pas exercer une influence sur la date d'ouverture des droits. En effet, elle affirmait que ses enfants se trouvaient dans une situation particulière rendant inapplicables les textes invoqués. Agés de moins de 16 ans, les enfants ne pouvaient, en raison de la pratique administrative, fournir les documents énumérés par l'article D.511-1. N'étant pas nés sur le territoire français, ils ne disposaient pas d'extraits de naissance en France. En outre, la DRASS ne devait pas exiger d'eux la production du certificat médical puisqu'ils ne résidaient pas sur le territoire au titre du regroupement familial, mais étaient régulièrement entrés sur l'hexagone avec leur mère. Par conséquent, l'article D.511-2 n'avait pas vocation à s'appliquer aux enfants. Selon la demanderesse, postulante à l'allocation, la régularité de ses titres démontrait la régularité de l'entrée et du séjour des enfants.

L'Assemblée plénière accède à sa demande, après avoir interprété le droit national conformément aux articles 8 combiné à 14 de la CEDH. Elle considère que le droit aux prestations familiales relève du droit au respect de la vie privée⁷⁰¹. En soumettant ce droit à la démonstration de la régularité non contestée du séjour d'enfants étrangers, par la production du certificat de contrôle médical, le droit interne générerait une discrimination fondée sur la nationalité, disproportionnée au regard du but légitime poursuivi (la maîtrise des flux migratoires et les contraintes budgétaires de l'Etat). La formation la plus solennelle de la Haute juridiction estime, à l'instar de la juridiction du fond, que la régularité du séjour du parent allocataire suffit à satisfaire au versement de l'allocation :

« Mais attendu que selon les articles L. 512-1 et L. 512-2 du Code de la sécurité sociale, les étrangers résidant régulièrement en France avec leurs enfants mineurs bénéficient de plein droit des prestations familiales ; que la Cour d'appel, qui a constaté qu'il n'était pas contesté que Mme X...résidait régulièrement en France depuis le 27 septembre 1991 avec ses deux

⁷⁰¹ La Haute juridiction rejoint, sur ce point, la jurisprudence de la Cour EDH développée dans l'arrêt PETROVIC contre Autriche du 27 mars 1998, D 1999, jurisprudence p 149, note MARGUENAUD (Jean-Pierre), MOULY (Jean).

enfants, en a exactement déduit, par une interprétation des textes précités, conforme aux exigences des articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que les prestations familiales étaient dues à compter du 1^{er} mars 1993 ;... »

Tout comme la première Chambre civile, l'Assemblée plénière ne pouvait statuer sur le fondement du traité que par la voie de l'invocabilité d'interprétation conforme. En effet, l'éviction du droit national aurait abouti à anéantir le droit même à l'allocation. Ici qu'importe l'effet direct des dispositions conventionnelles, il ne peut bénéficier à la demanderesse à la prestation sociale, puisque l'article 8 ne crée pas un droit à l'allocation. En revanche, si une allocation familiale existe en droit interne, elle ne peut être refusée sur le fondement d'une discrimination injustifiée, sans porter atteinte au droit au respect de la vie privée.

298. Cette méthode d'interprétation permet, une nouvelle fois, d'expurger le droit interne de sa dimension discriminatoire. Elle démontre, en outre, que l'effet direct ne suffit pas à satisfaire toutes les hypothèses d'application du traité puisque, dans les affaires rapportées, les dispositions conventionnelles, envisagées de manière autonome n'auraient pas permis d'octroyer les droits consacrés par la législation nationale.

299. La décision de l'Assemblée plénière renforce, par ailleurs, la certitude de la justiciabilité des droits sociaux. Comme le remarque le Premier Avocat général DE GOUTTES, l'affaire révélait un « *conflit* » de « *logiques ou impératifs apparemment opposés* »⁷⁰². Se confrontaient la protection des droits sociaux de l'enfant et les politiques de contrôle des flux migratoires et de dépenses sociales. Ce conflit d'intérêt aurait pu conduire la Haute juridiction à évincer les droits de l'Homme du débat. En effet, l'un des arguments justifiant l'absence de justiciabilité des droits sociaux est fondé sur l'inaptitude du juge à trancher des questions relevant de la politique économique et sociale des Etats. Seuls ces derniers disposeraient de l'expertise et des informations nécessaires leur permettant de définir les priorités de réalisation de ces droits. La Cour ne s'embarrasse pas de ces arguments et tranche indépendamment de ces considérations. Ainsi, capable de consacrer des droits sociaux, grâce à l'invocabilité d'interprétation conforme, sur le fondement d'un traité garantissant des droits civils et politiques, la Haute juridiction ne devrait pas, désormais, faire obstacle à la mise en œuvre de ce mécanisme de justiciabilité à l'égard de tous les droits de l'Homme.

⁷⁰² DE GOUTTES (Régis), *Vérité et effectivité dans l'accès aux prestations familiales pour les enfants étrangers entrés en France avec leurs parents*, Rapport de la Cour de cassation 2004, *La vérité*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, publié à la Documentation Française.

B- Un mécanisme transposable aux droits de l'Homme dénués d'effet direct

300. Dans son avis précédant l'arrêt du 16 avril 2004, Monsieur le Premier Avocat général DE GOUTTES établit un panorama exhaustif des textes internationaux recouvrant le champ d'application du litige soumis au contrôle de la Haute juridiction. Il remarque, outre les normes ne relevant pas du droit des traités⁷⁰³, que le PIDESC, la CIDE et la Convention OIT numéro 118 recèlent des dispositions consacrant le droit à la sécurité sociale, aux assurances sociales. Or, la formation la plus solennelle de la Cour de cassation interprète le droit national à la lumière de la CEDH, dont l'application pertinente au litige est certes conditionnée par la jurisprudence de la Cour EDH, mais dont les dispositions conventionnelles sont véritablement moins explicites.

Dès lors, il faut s'interroger sur les motifs conduisant la Haute juridiction à préférer l'interprétation conforme du droit interne à la lumière de la CEDH. En laissant de côté l'autorité des arrêts de la Cour EDH, sur laquelle il conviendra de revenir ultérieurement⁷⁰⁴, demeurent deux explications.

La première se rattache au pourvoi des parties. La Haute juridiction pouvait préférer le fondement européen invoqué au soutien des prétentions. Or, la lecture des thèses présentées et du premier arrêt rendu en la cause, par la Chambre sociale le 31 octobre 2000⁷⁰⁵, démontre que la CEDH n'était pas alléguée dans l'argumentation des parties.

La seconde explication se rattache à la justiciabilité du traité. Il aurait été opportun de rechercher au sein des sources internationales une disposition conventionnelle consacrant de façon plus explicite un droit aux assurances sociales. L'article 10§1 et 3 du PIDESC embrassait évidemment cette cause, en ce qu'il préserve tant le droit de la famille que celui des enfants. En outre, il énonce en son sein un principe de non-discrimination dans l'octroi de ces prestations. Dès lors, seule une réticence à se référer à d'autres sources de droits de l'Homme justifie l'application prioritaire de la CEDH. Cette réticence peut s'expliquer par le questionnement relatif à la justiciabilité des droits sociaux de l'Homme. Comme la Cour de cassation s'attache à appliquer des traités reconnus par ailleurs d'effet direct, elle a préféré interpréter le droit interne à la lumière de la CEDH, alors même que cette forme optimale de justiciabilité ne pouvait pas être mise en œuvre dans l'espèce soumise à son contrôle.

301. Pourtant, en droit des droits de l'Homme comme en droit communautaire, l'invocabilité d'interprétation conforme est une forme de justiciabilité autonome de l'effet direct. Elle doit permettre, ainsi que l'appelle de ses vœux une partie de la doctrine⁷⁰⁶,

⁷⁰³ En effet, le Premier Avocat général rapporte les dispositions pertinentes de la DUDH et de la CDFUE.

⁷⁰⁴ Voir ce titre, chapitre II.

⁷⁰⁵ Pourvoi n°98-22.119, disponible sur le site internet Lamyline Reflex.

⁷⁰⁶ CARILLON (Alain), *Les sources européennes des droits de l'homme salarié*, Thèse de doctorat sous la direction du Professeur Jean-Pierre MARGUENAUD, soutenue à Limoges, le 18 octobre 2004, p 189 ; BONNECHERE (Michèle), *Charte sociale et droits nationaux* in *La Charte sociale européenne*, collection rencontres européennes, Bruylant, 2001, Bruxelles, p 119 ; BONNECHERE (Michèle), *Quelle garantie des*

d'assurer l'application plus effective de toutes les dispositions conventionnelles dépourvues d'effet direct. Selon le Professeur BONNECHERE, « *l'obligation d'interprétation conforme (...), bien connue du droit communautaire, est fondée sur la primauté du droit communautaire, elle a vocation à s'appliquer à la Charte sociale européenne, qui est une convention internationale* ». Pour cette raison elle regrette que les juges français « *...persistent à ne tirer aucune conséquence...* » de ce traité⁷⁰⁷.

302. L'interprétation conforme ne soulève aucune difficulté dès lors que le traité a intégré l'ordre juridique interne⁷⁰⁸, l'argument de la primauté suffisant à la mettre en œuvre. L'absence d'effet direct de la disposition conventionnelle invoquée est sans incidence sur la résolution du litige, qui s'opérera par une application du droit interne interprété conformément aux objectifs posés. Une fois encore, plus la disposition conventionnelle sera imprécise, moins l'incidence sur l'interprétation du droit national sera importante.

303. Cette interprétation conforme pourrait également profiter aux conventions de nature contractuelle, y compris celles issues de la négociation collective en droit social. Elle faciliterait l'insertion des droits de l'Homme dans la sphère privée, puisqu'elle n'aurait pas pour effet d'anéantir les clauses contractuelles, mais plutôt de les adapter aux exigences conventionnelles.

304. L'interprétation conforme soulève néanmoins quelques difficultés. La première se rattache à une condition de délai. En effet, selon l'interprétation retenue de la jurisprudence communautaire, en particulier à l'égard des directives, cette forme d'invocabilité pourrait n'intervenir qu'à l'échéance du délai de transposition imparti aux Etats⁷⁰⁹. Or, les droits de l'Homme programmatiques ne précisent pas l'échéance consentie aux Parties afin d'aboutir aux objectifs. Toutefois, il semblerait qu'il faille considérer que la réalisation progressive des droits consacrés impose aux Etats de ne pas élaborer une législation entravant ces objectifs. Par conséquent, l'invocabilité d'interprétation conforme pourrait être mise en œuvre dès que le traité a intégré l'ordre juridique interne. Elle se fonderait, alors, sur les arguments retenus à l'égard du droit communautaire selon lesquels il faut considérer que le législateur n'a pas

droits sociaux fondamentaux en droit européen ? Revue Europe, juillet 2000, p 4 ; ALEN (André), PAS (Wouter), *L'effet direct de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, JDJ mai 1995, n°145, p 3 (plus spécialement p 7).

⁷⁰⁷ BONNECHERE (Michèle), *Droits sociaux fondamentaux : vers un droit commun pour l'Europe (II)*, Semaine sociale Lamy 2004, Forum n°1188-8, disponible sur le site internet Lamyline Reflex.

⁷⁰⁸ En effet, elle s'avère plus problématique lorsque l'engagement international n'a pas intégré l'ordre juridique interne. Cela est particulièrement le cas, lorsque des pays de constitution dualiste n'ont pas pris les mesures de transposition nécessaires. Pourtant, certaines juridictions contournent cette difficulté en appliquant les traités par la voie de l'interprétation conforme. L'ordre juridique interne est ainsi préservé, puisque le droit national, bien qu'interprété à la lumière du traité, est appliqué : sur ces questions voir SCIOTTI-LAM (Claudia), *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, Bruxelles, n°848 et suivants.

⁷⁰⁹ CJCE, Arrêt ARCARO du 26 septembre 1996, C-168/95 ; BLUMANN (Claude), DUBOUIS (Louis), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, Litec, 2005, Paris, n°666.

souhaité établir une législation qui entraverait les objectifs posés par les engagements internationaux auxquels il a accepté de se soumettre.

305. En revanche, l'interprétation conforme impose certaines limites. Une fois encore, il convient d'établir un parallèle avec la jurisprudence communautaire relative aux directives. Depuis son arrêt KOLPINGHUIS, la CJCE refuse que l'interprétation conforme ait pour effet « ...de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction » aux dispositions de la directive⁷¹⁰. Cette règle est fondée sur les principes généraux du droit communautaire, dont la sécurité juridique et la non-rétroactivité⁷¹¹.

Une démarche similaire doit guider l'interprétation conforme du droit interne à la lumière des dispositions conventionnelles relatives aux droits de l'Homme. Elle emporte pour conséquence l'impossibilité d'interpréter le droit pénal interne dans une mesure qui faciliterait la réunion des éléments constitutifs d'une infraction ou la répression d'une infraction. Cette solution est guidée par le principe de légalité, droit de l'Homme intangible⁷¹².

306. L'invocabilité d'interprétation conforme a ainsi vocation à accueillir la justiciabilité de la plupart des dispositions conventionnelles garantissant des droits de l'Homme, y compris celles dénuées d'effet direct. Elle révèle en particulier toute son efficacité lorsqu'elle permet d'étendre, grâce au principe de non-discrimination consacré par les traités, une protection dans les droits garantis. Toutefois, elle demeure une forme de justiciabilité réduite puisque chaque forme d'interprétation n'est pas envisageable dès lors que la disposition conventionnelle est dépourvue d'effet direct.

Tout d'abord, l'interprétation *contra legem* est impossible. Si une adaptation de la loi, par confrontation au traité est concevable, le juge ne peut aboutir à refaire le texte sous couvert d'interprétation. Une véritable contradiction entre le droit national et le traité ne peut être tranchée que par la voie de l'exclusion du premier. En pareille circonstance, le juge devra alors avoir recours à l'effet direct ou à l'invocabilité d'exclusion.

Enfin, certains auteurs remarquent que les différentes méthodes d'application de la CEDH conduisent à constater que la Cour de cassation s'appuie sur le traité afin d'interpréter la loi, de l'évincer dans l'hypothèse de sa contrariété, mais également de la compléter, l'enrichir⁷¹³,

⁷¹⁰ CJCE 8 octobre 1987, 80/87, Recueil 3969. Egalement CJCE 3 mai 2005, affaires jointes BERLUSCONI, ADELCHI et MARCELLO DELL'UTRI ET a. JCP G. 2006, II 10020, p 274, note DUBOS (Olivier) ; Revue Europe, juillet 2005, n°238, p 12, note SIMON (Denys).

⁷¹¹ HAGUENAU (Catherine), Op. Cit. p 272.

⁷¹² Article 7 de la CEDH et 15 du PIDCP.

⁷¹³ DE GOUTTES (Régis), *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge ?* in *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974-1992*, sous la direction de Frédéric SUDRE, Engel, 1993, p 49 ; du même auteur : *Le juge français et la Convention européenne des droits de l'homme : avancées et résistances*, RTDH, 1995, p 605 ; *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français*, RIDC 1999-1, p 7 ; *Le juge judiciaire français et la Convention européenne des droits de l'homme, avancée et réticences* in *Quelle Europe pour les droits de l'homme. La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite" (35 ans de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 218 ; DEBET (Anne), *L'influence de la Convention européenne des droits*

même la réécrire⁷¹⁴. La frontière entre les mécanismes d'invocabilité devient alors bien étroite. En effet, l'enrichissement et la réécriture de la loi sous couvert d'interprétation conforme semblent délicats lorsque le droit de l'Homme n'est pas créateur d'un droit subjectif, car ces deux méthodes supposent une carence du droit national qui doit être comblée par un texte dont l'application autonome est possible. Dans ces deux dernières hypothèses, seule une disposition conventionnelle d'effet direct semble pouvoir arriver en support de l'interprétation du droit national.

de l'homme sur le droit civil, Thèse de doctorat sous la direction du Professeur Laurent LEVENEUR, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2001, n°230 et suivants.

⁷¹⁴ Le Professeur SUDRE remarque qu'il s'agit là d'une méthode employée par la Haute juridiction permettant que rendre le droit interne conforme aux exigences européennes tout en neutralisant l'interprétation fournie par la Cour EDH : SUDRE (Frédéric), *A propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité in Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, Pedone, 2004, Paris, p 207.

Conclusion du chapitre I

307. La combinaison des mécanismes d'effet direct, d'invocabilité d'exclusion et d'interprétation conforme offre des perspectives nouvelles à la justiciabilité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Ainsi, lorsque la Cour de cassation constate qu'une disposition conventionnelle est dépourvue d'effet direct, elle peut rechercher si d'autres formes de justiciabilité sont susceptibles de conduire à son application.

308. En l'état actuel de la jurisprudence rendue par la Cour de cassation, l'effet direct conditionne de manière exclusive l'applicabilité des traités. En effet, seuls des droits dont la Haute juridiction a déjà admis l'effet direct bénéficie d'autres formes de justiciabilité. Elle envisage l'interprétation conforme comme mécanisme complémentaire d'application de la CEDH, alors qu'il pourrait être alternatif à l'effet direct des dispositions conventionnelles qui en sont dépourvues.

309. Pourtant, les arrêts appliquant la CEDH par la voie de l'interprétation conforme apporte un nouvel éclairage à la justiciabilité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Ils démontrent qu'une disposition conventionnelle reconnue d'effet direct ne peut pas toujours emprunter cette forme de justiciabilité afin d'être appliquée. Ainsi, le choix du mécanisme mis en œuvre dépendra du litige dévolu à la Cour de cassation.

En réalité, la justiciabilité des dispositions conventionnelles d'effet direct est rendue plus complexe par l'intervention de l'interprétation supranationale. La Cour EDH en interprétant de manière autonome les termes de la CEDH n'aboutit pas systématiquement à la création de nouveaux droits, mais contribue à condamner les discriminations que pourraient subir les justiciables dans l'octroi de droits subjectifs définis par la législation interne. L'allocataire, le successeur ne bénéficient pas, sur le fondement du traité, de droits subjectifs à l'allocation ou à la succession. Cependant, si ces droits existent dans l'ordre juridique interne, ils ne peuvent pas être discriminatoires.

Cette jurisprudence impose à la Cour de cassation d'interpréter son droit interne à la lumière de la CEDH telle qu'elle a, elle-même, été interprétée par la Cour EDH. Or, le raisonnement démontre l'imbrication existant entre la disposition normative issue du traité et l'interprétation supranationale. Cet enchevêtrement des différentes sources du droit international des droits de l'Homme démontre l'impérativité d'associer à la justiciabilité le droit interprétatif élaboré par les organes supranationaux de contrôle et par conséquent d'envisager son invocabilité.

Chapitre II

L'invocabilité des interprétations supranationales

310. En droit international public l'interprétation, qui consiste « à dégager le sens exact et le contenu de la règle de droit applicable à la situation donnée », est authentique lorsqu'elle émane directement des Hautes parties contractantes. En revanche, ces dernières peuvent s'en remettre à une instance internationale, chargée de définir une interprétation qui fera foi⁷¹⁵. Le professeur TROPER considère que l'interprétation authentique est « ...celle à laquelle l'ordre juridique fait produire des effets. Elle peut émaner de n'importe quelle autorité habilitée à interpréter, par exemple, mais non exclusivement, les tribunaux supérieurs »⁷¹⁶. Selon l'auteur l'interprétation authentique peut émaner d'une autorité non juridictionnelle⁷¹⁷. Or, les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme ont souvent institué des organes de contrôle dont la compétence interprétative a, ainsi, été reconnue par les Etats. Par conséquent, bien que le juge interne demeure juge naturel du traité⁷¹⁸, il partage cette compétence interprétative avec les organes supranationaux⁷¹⁹.

311. La richesse des interprétations fournies a considérablement modifié la physionomie des dispositions conventionnelles. La Cour EDH a, d'ailleurs, élaboré son œuvre prétorienne avec la volonté constante de garantir l'effectivité du traité⁷²⁰. Pour ce faire, elle a imaginé des mécanismes permettant une interprétation « progressiste » et « évolutive » de la CEDH⁷²¹. Ce « dynamisme interprétatif » caractérise également les constatations du CDH⁷²². Ainsi, à l'instar du Professeur ANDRIANTSIMBAZOVINA lorsqu'il évoque la compétence de la Cour EDH, il semble juste de considérer que les organes supranationaux sont dotés d'une

⁷¹⁵ NGUYEN (Quoc Dinh), DAILLER (Patrick), PELLET (Alain), *Droit international public*, 7^{ème} édition, LGDJ, 2002, Paris, n°162 et 164.

⁷¹⁶ TROPER (Michel), *Une théorie réaliste de l'interprétation* in *Théories réalistes du droit*, nouvelle série n°4, 2000, PU Strasbourg, p 51 (plus spécialement p 53).

⁷¹⁷ TROPER (Michel), Op. Cit. Spécialement p 61 et suivantes.

⁷¹⁸ TULKENS (Françoise), *Des passerelles pour l'avenir* in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 927 (plus particulièrement p 933).

⁷¹⁹ ABRAHAM (Ronny), *La France devant les juridictions européennes* in *Les cours européennes de Luxembourg et Strasbourg*, Revue Pouvoirs, n°96, Janvier 2001, p 143 (spécialement p 146) ; WASCHMANN (Patrick), *Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme* in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 157.

⁷²⁰ Dans son arrêt AIREY contre Irlande du 9 octobre 1979, série A, n°32, la Cour EDH précise qu'elle souhaite garantir des droits « concrets et effectifs » non « théoriques ou illusoire ».

⁷²¹ MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, connaissance du droit, Dalloz, 2005, Paris, p 36 et suivantes. Voir également les actes du colloque *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme* sous la direction de SUDRE (Frédéric), Droit et justice n°21, Nemesis, Bruylant, 1998, Bruxelles.

⁷²² SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris p 228-229.

fonction d' « *interprète authentique* » des traités, à la différence des juridictions nationales interprètes de « *droit commun* »⁷²³.

312. Ces œuvres interprétatives, bâties par les organes supranationaux, paraissent même donner corps aux théories les plus ambitieuses de l'interprétation. Ainsi, la théorie réaliste de l'interprétation prend toute sa dimension en droit international des droits de l'Homme. Investis du pouvoir d'interpréter les dispositions conventionnelles, les organes supranationaux sont libres de toute entrave étatique. Selon le Professeur TROPER, l'interprétation libre signifie que « *...lorsqu'une autorité est investie du pouvoir de donner une interprétation authentique, toutes les interprétations données par cette autorité seront également valables ou, en d'autres termes, s'incorporeront au texte interprété ou encore produiront des effets juridiques...* »⁷²⁴. Telle est précisément l'approche des auteurs qui considèrent que la jurisprudence de la Cour EDH bénéficie, sur le fondement de l'article 32 de la CEDH, d'une autorité interprétative, c'est-à-dire que les interprétations s'unissent à la disposition conventionnelle⁷²⁵. De même, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE soulignent que l'acte juridictionnel « *... débordant ainsi, par ses effets juridiques, les limites de l'espèce jugée, [...] devient source d'une norme générale...* »⁷²⁶. Ce raisonnement est transposable aux précédents supranationaux, particulièrement ceux résultant de la jurisprudence de la Cour EDH, dont les auteurs soulignent l'autorité⁷²⁷.

313. Lus à la lumière des travaux des organes supranationaux de contrôle, les droits consacrés par les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme déploient des dimensions nouvelles. Par conséquent, il est pertinent d'envisager la réception judiciaire de ces interprétations, permettant ainsi au justiciable de bénéficier de l'enrichissement des dispositions conventionnelles. Toutefois, ce dernier ne peut tirer avantage de cette amplification des droits de l'Homme que dans la mesure où ces interprétations sont invocables devant le juge interne.

314. Admettre l'invocabilité des interprétations supranationales impose d'assouplir les conditions de la justiciabilité telle qu'elle a été envisagée jusqu'alors. En effet, l'article 55 de la Constitution française ne s'applique pas aux interprétations supranationales. Cette constatation soulève deux difficultés.

⁷²³ ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), *Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, instrument de dialogue ?* in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 167.

⁷²⁴ TROPER (Michel), *Réplique à Denys DE BECHILLON* in *L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation*, RRJ 1994-1, p 267 (plus spécialement p 270).

⁷²⁵ LAMBERT (Elisabeth), *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 1999, Bruxelles, p 319 ; CLAUDE (Virginie), *L'interprétation consensuelle de la Convention européenne des droits de l'homme*, Mémoire de DEA de droit communautaire et européen, sous la direction de Frédéric SUDRE, IEDH, 1998, Montpellier, p 71.

⁷²⁶ OST (François), VAN DE KERCHOVE (Michel), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 2002, Bruxelles, p 102.

⁷²⁷ S. DELICOSTOPOULOS (Ioannis), *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 401, 2003, Paris, n° 191 et 192.

Tout d'abord, contrairement aux dispositions conventionnelles, les interprétations supranationales ne s'intègrent pas directement dans l'ordre juridique interne par la voie de la ratification et de la publication et ne produisent pas, au sens de l'article 55 de la Constitution, un effet immédiat.

Ensuite, la primauté attachée aux dispositions conventionnelles par le texte constitutionnel ne semble pas s'appliquer aux interprétations supranationales.

Or, c'est précisément l'autorité des dispositions conventionnelles qui a permis, jusqu'alors, d'arrimer les mécanismes de justiciabilité. Elle justifie l'obligation du juge d'appliquer les droits consacrés. Concernant les interprétations supranationales, il faut rechercher, ailleurs, les fondements de l'impérativité qui conduira le juge de cassation à les transposer et à garantir leur justiciabilité.

315. L'autorité des interprétations supranationales s'appuie, en réalité, sur la délégation de compétence interprétative attribuée, par les Etats, aux organes supranationaux de contrôle. Cette compétence est définie par les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, ces derniers bénéficiant du principe *pacta sunt servanda*.

316. La compétence interprétative de la Cour EDH découle de l'article 32 de la CEDH et ses arrêts disposent, sur le fondement de l'article 46 du traité, d'une force obligatoire. Deux conséquences sont donc attachées à un arrêt rendu par la juridiction européenne. D'une part l'autorité de la chose interprétée et, d'autre part, l'autorité de la chose jugée⁷²⁸.

La Cour EDH a posé les jalons de la justiciabilité de ses arrêts dans l'affaire VERMEIRE contre Belgique, du 29 novembre 1991⁷²⁹. A l'occasion de cette décision, la juridiction strasbourgeoise a précisé la portée de l'effet obligatoire à l'égard de l'Etat précédemment sanctionné pour des faits similaires. Condamnée par la décision MARCKX⁷³⁰, sur le fondement de l'article 8 combiné à 14, la Belgique n'avait pas pris soin de rétablir avec suffisamment d'empressement le déséquilibre existant, dans sa législation interne, entre les enfants naturels et légitimes. Avant qu'une salutaire réforme n'ait abouti, un cas similaire se présentait devant la Cour de cassation Belge. Se fondant sur la répartition des compétences entre législatif – seul maître des réformes – et judiciaire, la Haute juridiction reconnaissait que l'interprétation des articles 8 et 14 devait prendre en compte la jurisprudence MARCKX, mais n'accordait pas l'effet direct aux dispositions ainsi interprétées⁷³¹.

La Cour EDH sanctionne l'Etat car elle ne discerne pas « ... *ce qui pouvait empêcher la cour d'appel de Bruxelles, puis la Cour de cassation de se conformer aux conclusions de l'arrêt*

⁷²⁸ ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), *GA CourEDH*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris, n°71.

⁷²⁹ Série A2, n°214-C.

⁷³⁰ Cour EDH, affaire MARCKX contre Belgique, 13 juin 1979, série A, n°31.

⁷³¹ DE SCHUTTER (Olivier), *La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national*, RBDI, 1997/1, p 21 ; DE SCHUTTER (Olivier), VAN DROOGHENBROECK (Sébastien), *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Larcier, 1999, Bruxelles, n° I-7, p 61.

*MARCKX à l'instar du tribunal de première instance : n'était ni imprécise, ni incomplète la règle qui interdisait d'opérer au détriment d'Astrid Vermeire, par rapport à ses cousins Francine et Michel, une discrimination fondée sur le caractère « naturel » du lien de parenté l'unissant au de cujus »*⁷³².

La formulation retenue par la juridiction strasbourgeoise renvoie au caractère autoexécutoire de la disposition conventionnelle. En outre, la Cour EDH évoque son interprétation sous le terme de « règle ». Ces choix terminologiques ont vraisemblablement conduit les auteurs à considérer que l'arrêt produisait un effet direct⁷³³ ou immédiat⁷³⁴.

317. Cette affirmation a été renouvelée, par la doctrine française, après l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000⁷³⁵. Ce texte a permis à la France de se doter d'une procédure de réexamen d'une décision pénale consécutif à un arrêt prononcé par la Cour EDH. L'arrêt européen dispose d'un caractère déclaratoire. La juridiction strasbourgeoise ne peut donc pas annuler la décision d'où procéderait la violation. L'arrêt ne valant pas titre exécutoire, l'individu ne peut s'opposer à l'autorité de la chose jugée dans l'ordre juridique interne⁷³⁶. Par conséquent, si l'autorité de la chose jugée à Strasbourg impose à l'Etat de réparer, elle ne bénéficie pas de l'effet positif qui permettrait la réouverture d'une procédure interne⁷³⁷, sous réserve des procédures qui pourraient être prévues, à cette fin, par le droit national. Désormais, cette voie de recours est ouverte aux justiciables français. Certains auteurs en ont conclu que les arrêts de la Cour EDH produisaient un effet direct⁷³⁸.

318. Les termes « d'effet direct d'un arrêt rendu par la Cour EDH » peuvent prêter à confusion. Ils conduisent de se demander si la décision, en elle-même, est créatrice d'un droit subjectif directement applicable aux justiciables ou si de tels effets peuvent être attribués à la

⁷³² § 25 de l'arrêt.

⁷³³ ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), *L'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et ses conséquences* in *L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Colloque organisé les 30 et 31 mars 2006, par l'OMIJ, Faculté de droit et de sciences économiques de Limoges, actes à paraître et du même auteur, voir le commentaire de l'arrêt BRONIOWSKI contre Pologne, rendu par la Cour EDH le 22 juin 2004 : ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), *GA CourEDH*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris, n°71 (plus particulièrement p 704).

⁷³⁴ LAMBERT (Elisabeth), *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 1999, Bruxelles. L'auteur envisage l'effet immédiat impliquant l'applicabilité et l'effet direct. Cette conclusion procéderait particulièrement de ce que la norme conventionnelle est directement applicable : voir p 196 et suivantes ; RENUCCI (Jean-François), *Le réexamen d'une décision de justice définitive dans l'intérêt des droits de l'homme*, D 2000, Doctrine p 655 (spécialement p 656).

⁷³⁵ Loi du 15 juin 2000, articles 626-1 à 626-7 du CPP.

⁷³⁶ MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, connaissance du droit, Dalloz, 2005, Paris, p 29 et suivantes. La Cour EDH peut, en revanche, contribuer à l'indemnisation de la victime sur le fondement de l'article 41 du traité, en imposant à l'Etat le versement d'une satisfaction équitable si son droit interne ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences d'une violation. En raison de la force obligatoire de l'arrêt, l'Etat doit veiller à son exécution, sous le contrôle du Comité des Ministres

⁷³⁷ S. DELICOSTOPOULOS (Ioannis), Op. Cit. n°178.

⁷³⁸ BONFILS (Philippe), note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 30 septembre 2005, JCP G. II, 10180, p 2380 ; MARON (Albert), note relative aux arrêts de l'Assemblée plénière du 8 juillet 2005, Droit pénal octobre 2005, commentaire 153, p 25.

ratio decidendi. Il est aussi possible de considérer que l'interprétation est d'effet direct parce qu'elle emprunte sa justiciabilité à une norme qui revêt ces caractéristiques. Ces incertitudes ne servent pas la justiciabilité des interprétations supranationales.

D'une part, si certaines interprétations évolutives permettent de considérer que la juridiction strasbourgeoise a enrichi la CEDH de nouveaux droits subjectifs – à titre d'exemple, l'arrêt BURGHARTZ permet de protéger le droit au nom⁷³⁹ – d'autres arrêts, particulièrement ceux relatifs aux allocations de nature sociale⁷⁴⁰, ne garantissent pas un "droit à", mais le préserve contre la discrimination injustifiée⁷⁴¹ que pourrait engendrer le droit interne. La législation nationale doit alors être interprétée conformément à la disposition conventionnelle, telle qu'elle a, elle-même, été interprétée par la Cour EDH. De plus, lorsqu'un "nouveau droit" est défini, il s'arrime au traité par la voie d'une interprétation.

D'autre part, le mécanisme d'effet direct, en supposant qu'il puisse garantir la justiciabilité des arrêts de la CEDH, alors qu'il n'est prévu ni par le traité ni par la loi interne, ne permet pas de recouvrir la justiciabilité des interprétations fournies par les autres organes de contrôle.

319. En effet, ces organes supranationaux ne peuvent pas être qualifiés de juridictions, tout au plus le contrôle institué est quasi-juridictionnel. Il s'agit de « *systèmes de contrôle non judiciaires* »⁷⁴². Les décisions et interprétations fournies ne bénéficient pas de l'autorité de la chose jugée. Toutefois, selon le Professeur COHEN-JONATHAN, les constatations rendues sur recours individuels « *...rencontrent la définition de l'acte juridictionnel puisqu'elles tranchent des contestations sur la base du droit, et qu'elles ne font après tout que rappeler aux Etats, à l'occasion d'un cas concret, le sens des obligations conventionnelles, qui, elles, sont contraignantes* »⁷⁴³.

⁷³⁹ Arrêt BURGHARTZ contre Suisse du 22 février 1994, Requête n°49/1992/394/472, disponible sur le site internet de la Cour EDH. En outre, les Professeurs MARGUENAUD et MOULY décèlent, dans la jurisprudence de la Cour EDH, l'émergence d'un droit de gagner sa vie par le travail, sur le fondement d'une combinaison des articles 1 protocole 1 et 14 ou 8 et 14, dont ils remarquent que la juridiction strasbourgeoise l'exploite « *en synergie* » avec la CSE telle qu'interprétée par le CEDS : MARGUENAUD (Jean-Pierre), MOULY (Jean), *Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour européenne des droits de l'homme*, D 2006, Chronique p 477.

⁷⁴⁰ Arrêt GAYGUZUZ contre Autriche du 16 septembre 1996, Requête n°39/1995/345/631, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

⁷⁴¹ En effet, toute discrimination dans l'octroi d'allocations sociales n'est pas censurée, si elle est justifiée : Arrêt STEC et autres contre Royaume Uni du 12 avril 2006, requêtes n° 67731/01 et 65900/01, disponible sur le site internet de la Cour EDH ; AJDA 2006, p 1716 ; JCP G 2006, I 109, p 190, observations FLAUSS (Jean-François) ; observations SUDRE (Frédéric). Voir également SIMON (Alain), *Les prestations sociales non contributives dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. A propos de l'arrêt Stec et autres c. le Royaume-Uni* (6 juillet 2005), RTDH 2006, p 647.

⁷⁴² VALTICOS (Nicolas), *Les systèmes de contrôle non judiciaire des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme in Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Mélanges offerts à Polys MODINOS, Pedone, 1968, Paris, p 331.

⁷⁴³ COHEN-JONATHAN (Gérard), *Les droits de l'homme et l'évolution du droit international in Clés pour l'avenir*, Dalloz, 2000, Paris, p 611 (p 629, note n°34).

320. En réalité, il semblerait que l'invocabilité, ici entendue comme la possibilité pour l'individu de se prévaloir de l'interprétation fournie par un organe de contrôle supranational, puisse être envisagée sous deux angles bien distincts.

Tout d'abord, le juge de cassation, interprète naturel du traité, rend des décisions qui « *ne sont pas souveraines* » car placées sous la « *dépendance d'une juridiction supranationale* »⁷⁴⁴ et d'organes supranationaux de contrôle, dont les interprétations authentiques, si elles n'empruntent pas la qualité des dispositions conventionnelles, auxquelles elles s'agglomèrent, bénéficient, au moins, de l'autorité de la chose interprétée. Le justiciable peut alors requérir de la Cour de cassation qu'elle interprète la disposition conventionnelle conformément à l'interprétation supranationale. L'invocabilité d'interprétation conforme permet de garantir la justiciabilité de toutes les interprétations supranationales, puisqu'elle suppose simplement que le juge national interprétera les dispositions conventionnelles conformément à l'interprétation retenue par les organes supranationaux de contrôle. Par conséquent, elle ne se trouve pas entravée par les lourdes conditions imposées par l'effet direct. En particulier, elle ne suppose pas que l'interprétation supranationale soit, en elle-même, créatrice d'un nouveau droit subjectif.

Ensuite, la procédure de réexamen d'une décision pénale consécutif à un arrêt prononcé par la jurisprudence strasbourgeoise garantit à cette décision supranationale une justiciabilité originale, inédite. Il convient alors de retenir un mécanisme qui lui sera propre. Le requérant, victorieux à Strasbourg, par la voie combinée de l'autorité de la chose jugée par la Cour EDH et de la loi française, peut se prévaloir, tout d'abord devant une Commission dépendant de la Cour de cassation, de l'arrêt européen. Il peut l'invoquer directement devant le juge interne.

Par conséquent, la justiciabilité des interprétations supranationales se distingue entre, d'une part, l'invocabilité directe de certains arrêts rendus par la Cour EDH (Section I) et, d'autre part, l'invocabilité d'interprétation conforme à la chose interprétée par les organes supranationaux de contrôle (Section II).

Section I- L'invocabilité directe de certains arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme

321. L'affaire HAKKAR⁷⁴⁵ a stigmatisé les carences de la procédure française, forçant le Comité des ministres du Conseil de l'Europe⁷⁴⁶ à interpeller l'Etat. En effet, la France n'était pas en mesure de démontrer la cessation de la violation des droits fondamentaux du requérant,

⁷⁴⁴ BILLAU (Marc), *Quel rôle pour la Cour de cassation au XXIème siècle* in *Justice et droits fondamentaux*, Etudes en l'honneur de J. NORMAND, Litec, 2003, Paris, p 31 (spécialement p 38).

⁷⁴⁵ Commission EDH, 2^{ème} Chambre, rapport du 27 juin 1995, Requête n°19033/91, Site internet du Cour EDH. Dans cette affaire la Commission avait constaté plusieurs violations de l'article 6 de la CEDH. En particulier, Monsieur HAKKAR n'avait pas bénéficié, selon la Commission, du droit à être assisté d'un avocat. Ayant changé, à plusieurs reprises de conseil, il n'était pas représenté lors de la demande de renvoi de l'affaire.

⁷⁴⁶ Compétent pour le suivi de l'exécution des arrêts rendus par la Cour EDH : article 46§2 de la CEDH.

puisqu'elle ne disposait pas d'une procédure de réexamen de l'affaire⁷⁴⁷. L'impossibilité de se prévaloir d'un arrêt rendu par la Cour EDH, en raison de l'autorité de la chose jugée dans l'ordre juridique interne, a suscité de vives discussions entre les parties à la CEDH et le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe⁷⁴⁸. Le meilleur moyen de remédier à la violation des droits de l'Homme consiste, le plus souvent, à rouvrir la procédure interne ayant engendré l'atteinte. Certains Etats ont donc décidé d'élaborer des procédures de révision des décisions rendues par leurs juridictions, lorsque la Cour EDH rend un arrêt de condamnation⁷⁴⁹. La recommandation du Comité des ministres du 19 janvier 2000⁷⁵⁰ a conduit la France à envisager également le réexamen d'une décision pénale consécutif à un arrêt de condamnation prononcé par la Cour EDH. La loi du 15 juin 2000, relative à la présomption d'innocence⁷⁵¹, permet désormais au justiciable victorieux à Strasbourg de se prévaloir de l'arrêt rendu en sa faveur, malgré l'autorité de la chose jugée en France.

322. Cette nouvelle procédure, instituée par la loi du 15 juin 2000, permet à l'arrêt rendu par la Cour EDH d'être directement invoqué devant la Commission de réexamen rattachée à la Cour de cassation. Le justiciable ne bénéficie pas d'un droit subjectif au réexamen. Cependant, il dispose d'un nouveau recours lui permettant de se prévaloir de l'autorité de la chose jugée, à son avantage, à Strasbourg⁷⁵². Grâce à l'arrêt de condamnation de la France, le justiciable dispose d'un droit d'accès au juge (§1), dont il faut vérifier l'efficacité (§2).

§1- La création d'un droit d'accès au juge

323. Le droit d'accès au juge, créé par la combinaison de l'arrêt de condamnation européen et de la loi interne, est restreint. Il ne permet pas au justiciable de saisir n'importe quelle juridiction. En outre, tous les arrêts rendus par la Cour EDH ne jouissent pas d'une invocabilité directe, puisque le recours est strictement limité aux décisions rendues en matière pénale. Ainsi, le droit d'accès au juge est restreint par la rigueur de la loi (A) et circonscrit à la matière pénale (B).

⁷⁴⁷ DE GOUTTES (Régis), *La procédure de réexamen des décisions pénales après un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme* in *Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Tome 1, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 563.

⁷⁴⁸ LAMBERT-ABDELGAWAD (Elisabeth), *Le réexamen de certaines affaires suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH 2001, p 715 ; NUTTENS (Jean-Dominique), *La présomption d'innocence : le parlement fait la loi*, GP 2000, 21/22 juin 2000, Doctrine p 1048, voir plus spécialement p 1054 et 1055.

⁷⁴⁹ LAMBERT-ABDELGAWAD (Elisabeth), Op. Cit. p 726 et suivantes.

⁷⁵⁰ Recommandation R (2000) 2, site internet du Conseil de l'Europe.

⁷⁵¹ Loi n°2000-516, site internet légifrance.

⁷⁵² Ainsi que le remarque Philippe BLONDEL, « ...le droit d'action est un droit subjectif ». BLONDEL (Philippe), *Le justiciable, à ne pas oublier* in *La procédure en tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, PA, 2004, Paris, p 19 (plus spécialement p 20).

A- Un droit restreint par la rigueur de la loi

324. Le justiciable peut se prévaloir directement de la condamnation de l'Etat devant une Commission de réexamen (1) et l'invocabilité directe de l'arrêt ne se conçoit qu'à l'égard du litige tranché par la Cour EDH (2).

1- La décision préalable de la Commission de réexamen

325. L'arrêt de condamnation rendu par la Cour EDH doit être préalablement invoqué devant une Commission de réexamen. Les membres de cette Commission sont désignés par l'Assemblée générale de la Cour de cassation. Chaque chambre est représentée par un de ses membres, à l'exception de la Chambre criminelle qui bénéficie de deux sièges, dont celui du Président⁷⁵³. Depuis la loi du 4 mars 2002⁷⁵⁴, sept membres suppléants de la Commission sont désignés dans les mêmes conditions. Cette loi a été édictée afin d'éviter les situations de blocage de la Commission. En particulier, l'impartialité objective des magistrats pouvait être mise en cause s'ils avaient eu à connaître de l'affaire antérieurement⁷⁵⁵.

326. La démarche du législateur, consistant à confier à cette juridiction *sui generis* la charge d'examiner si le réexamen de l'affaire est nécessaire, semble justifiée. En effet, il est délicat pour le justiciable de se prononcer sur la décision d'où procède la violation dont il est victime. Un droit d'accès au juge non encadré l'aurait conduit à saisir les juridictions internes de premier degré afin de se prévaloir de l'arrêt européen. Cette réouverture de la procédure, dès son premier stade, aurait engorgé, plus encore, le rôle des juridictions et imposé le réexamen d'affaires où le simple constat de violation suffisait à rétablir le requérant dans ses droits. La voie de recours extraordinaire devant la Commission⁷⁵⁶ évite ces complications puisqu'elle a le triple rôle de déterminer si la demande de réexamen est recevable, si le réexamen est justifié et, le cas échéant, quelle juridiction doit y procéder. Toutefois, cet encadrement strict de la procédure limite considérablement la portée de l'invocabilité directe de l'arrêt rendu par la Cour EDH.

327. La procédure de réexamen est retranscrite aux articles 626-1 à 626-7 du CPP⁷⁵⁷. L'article 626-1 va suspendre la recevabilité du réexamen, de la décision pénale définitive

⁷⁵³ Article 626-3 du CPP. La présidence de la Commission de réexamen est assurée par Madame Christine CHANET.

⁷⁵⁴ Loi n°2002-307.

⁷⁵⁵ La Commission a siégé avec des membres suppléant dans l'affaire KHALFAOUI du 26 septembre 2002, 01-RDH008, voir Rapport de la Cour de cassation 2002

⁷⁵⁶ Sur cette qualification voir : BARBEROT (Christine), *Le réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : bilan d'une année d'activité de la Commission de réexamen*, Rapport de la Cour de cassation 2001, *Les libertés*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la Documentation française, 2002, Paris.

⁷⁵⁷ Pour une analyse critique de la procédure voir : DOROY (Fabienne), *Le réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme. Mise en œuvre de la réforme du 15 juin 2000, questions juridiques et problèmes pratiques*, Droit pénal juin 2003,

ayant constaté la culpabilité d'un individu, à la nature et à la gravité de la violation constatée. Les conséquences de cette violation ne doivent pas pouvoir être endiguées par le simple octroi de la satisfaction équitable, allouée sur le fondement de l'article 41 de la CEDH⁷⁵⁸.

Cette référence à la réparation financière aurait pu signifier que la Commission n'examinerait pas les demandes de réexamen découlant d'un arrêt n'ayant pas condamné l'Etat à prestation. Telle n'est pas la lecture de la loi retenue par la Commission. En effet, elle admet, depuis les décisions REMLI du 6 décembre 2001⁷⁵⁹ et SLIMANE KAÏD du 30 mai 2002⁷⁶⁰, le réexamen d'affaires pour lesquelles la Cour EDH avait considéré que la simple condamnation de l'Etat constituait en elle-même une satisfaction équitable. En revanche, la Commission peut rejeter la demande de réexamen, si la satisfaction équitable met un terme à la violation⁷⁶¹.

La Commission peut décider, à l'issue d'une audience publique, durant laquelle le requérant, son avocat et le Ministère public ont pu présenter des observations orales ou écrites, que le réexamen est justifié. En pareille hypothèse, l'article 626-4 précise que la Commission peut décider que le réexamen du pourvoi « *est de nature à remédier à la violation constatée par la Cour EDH* ». Elle renverra alors l'affaire devant la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière. Dans les autres cas, le texte prévoit « *le renvoi de l'affaire devant une juridiction de même ordre et de même degré que celle qui a rendu la décision litigieuse* ». Toutefois, l'article 626-4 prévoit, *in fine*, certaines hypothèses où la Commission peut, elle-même, procéder au réexamen sans renvoyer devant une autre juridiction⁷⁶². Dans ces cas, elle tranchera sur le fond, sa décision se substituant à la décision annulée.

chronique n° 18, p 4 ; COMMARET (Dominique Noëlle), *La procédure de réexamen*, RSC 2002, p 348 ; MASSIAS (Florence), *Le réexamen des décisions définitives intervenues en violation de la Convention européenne des droits de l'homme*, RSC 2001, p 123 ; PETTITI (Christophe), *Le réexamen d'une décision pénale française après un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, la loi française du 15 juin 2000*, RTDH 2001, p 4 ; RINALDI (Fabienne), *Les demandes en révision et en réexamen d'une décision pénale définitive*, PA 12 juillet 2001, n°138, p 4 ; RENUCCI (Jean-Francois), *Le réexamen d'une décision de justice définitive dans l'intérêt des droits de l'homme*, D 2000, Chronique p 655 ;

⁷⁵⁸ Art. 626-1.

⁷⁵⁹ Commission de réexamen, 6 décembre 2001, n°01-RDH002, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également BARBEROT (Christine), *Le renvoi pour réexamen : à propos de quatre décisions de renvoi de la Commission de réexamen (Hakkar, Remli, Van Pelt et Omar)*, Droit pénal mai 2002, Chronique n°16, p 7.

⁷⁶⁰ Commission de réexamen, 30 mai 2002, affaire SLIMANE KAÏD, n°01-RDH 010, disponible sur le site internet de la Cour de cassation avec l'avis du Premier Avocat général Régis DE GOUTTES et le rapport du Conseiller Madame QUENSON, également DE GOUTTES (Régis), *La procédure de réexamen des décisions pénales après un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme in Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Tome 1, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 563 (en particulier p 574).

⁷⁶¹ Commission de réexamen, 15 février 2001, Affaire VOISINE, n°00-RDH002, disponible sur le site internet de la Cour de cassation ; JCP G 2001, 10642, note LEFEBVRE (José).

⁷⁶² L'article 625 du CPP détermine les cas. Il s'agit du décès du condamné, de la démence, de la prescription de la peine ou de l'action publique, de l'amnistie, du défaut d'un ou plusieurs condamnés, enfin de l'irresponsabilité pénale ou de l'excusabilité.

En outre, la suspension de l'exécution de la condamnation pourra, à tout moment de la procédure de réexamen, être décidée par la Commission de réexamen ou par la Cour de cassation⁷⁶³.

328. Les conditions, posées par la loi du 15 juin 2000, conduisent la Commission à déclarer que certaines demandes de réexamen sont irrecevables. Elle ne se penchera pas sur le fond afin de déterminer si le réexamen est justifié. Entre 2000 et 2005, la Commission a déclaré neuf requêtes totalement irrecevables⁷⁶⁴. Dans ce cas, l'arrêt rendu par la Cour EDH n'est pas directement invocable, puisqu'il ne répond pas aux conditions posées par la loi interne.

Tout d'abord, la demande de réexamen doit être fondée sur un arrêt rendu par la Cour EDH. La Commission de réexamen a donc considéré comme irrecevable, au titre des dispositions transitoires de la loi de 2000, la demande s'appuyant sur une décision de la Commission EDH⁷⁶⁵. En revanche, une demande fondée sur une résolution intérimaire définitive du Comité des Ministres est recevable⁷⁶⁶.

Par ailleurs, ces violations doivent résulter d'une condamnation pénale. La demande doit présenter un lien de causalité avec cette condamnation. Dans deux affaires RICCOBONO⁷⁶⁷ et ZUILI⁷⁶⁸, la Commission a décidé que la violation de la CEDH ne présentait pas de liens avec la condamnation pénale. Par contre, le réexamen est envisageable pour toutes les infractions, y compris les contraventions, alors même qu'elles seraient amnistiées. La Commission a considéré que le réexamen d'une décision rendue par la Chambre criminelle avait été prévu par le législateur⁷⁶⁹.

⁷⁶³ Art. 626-5 du CPP.

⁷⁶⁴ Rapport de la Cour de cassation 2005, *L'innovation technologique*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la Documentation française, 2006, Paris.

⁷⁶⁵ Commission de Réexamen, 4 octobre 2001, affaire STERENSKI, n°01-RDH004, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

⁷⁶⁶ Commission de Réexamen, 8 novembre 2001, affaire RICCOBONO, n°01-RDH009, disponible sur le site internet de la Cour de cassation ; Droit pénal mars 2002, Chronique n°8, p 4, BARBEROT (Christine), *A propos de l'arrêt rendu par la Commission de réexamen le 8 novembre 2001 (Affaire Riccobono)*. La requête doit, en outre, invoquer des violations qui auraient été constatées à Strasbourg. Ainsi, la Commission déclare irrecevables les demandes de réexamen fondées sur des violations qui n'ont pas été constatées par la Cour EDH : Commission de réexamen, 15 février 2001, Affaire VOISINE, n°00-RDH002, disponible sur le site internet de la Cour de cassation ; JCP G 2001, 10642, note LEFEBVRE (José). Voir également l'affaire BOUHACINE, du 4 octobre 2001, n°01RDH001 : la requête avait été déclarée irrecevable par la Cour EDH : BARBEROT (Christine), *Le réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : bilan d'une année d'activité de la Commission de réexamen*, Rapport de la Cour de cassation 2001, *Les libertés*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la Documentation française, 2002, Paris. Il en est de même si la violation n'a pas été constatée par le Comité des Ministres : Commission de réexamen, 22 juin 2001, Affaire ALLAY, n°01-RDH009.

⁷⁶⁷ Commission de Réexamen, 8 novembre 2001, affaire RICCOBONO, n°01-RDH009, disponible sur le site internet de la Cour de cassation ; Droit pénal mars 2002, Chronique n°8, p 4, BARBEROT (Christine), *A propos de l'arrêt rendu par la Commission de réexamen le 8 novembre 2001 (Affaire Riccobono)*.

⁷⁶⁸ Commission de réexamen, 24 février 2005, Rapport de la Cour de cassation 2005, *L'innovation technologique*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la Documentation française, 2006, Paris.

⁷⁶⁹ Commission de réexamen, 15 février 2001, Affaire VOISINE, n°00-RDH002, disponible sur le site internet de la Cour de cassation ; JCP G 2001, 10642, note LEFEBVRE (José).

329. Au titre des irrecevabilités n'ayant pas encore été abordées par la Commission de réexamen, il faut évoquer une hypothèse. La demande de réexamen est recevable lorsqu'elle porte sur une décision pénale définitive. Cette exigence démontre que l'affaire KEMMACHE constitue encore du droit positif.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé les limites qu'implique le caractère simplement déclaratoire des arrêts rendus par la CEDH dans une décision du 3 février 1993⁷⁷⁰. Le demandeur, excédé par la lenteur de la procédure, avait saisi la Cour EDH qui, par un arrêt du 27 novembre 1991⁷⁷¹, avait condamné la France pour violation du délai raisonnable au regard de la détention sur le fondement de l'article 5§3 et au regard de la durée du procès sur le fondement de l'article 6§1. Fort de cette décision, le requérant victorieux à Strasbourg considérait que la condamnation française interdisait qu'il fasse l'objet de sanctions pénales. La Cour de cassation, rejette le pourvoi car :

« ...un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme constatant le non-respect du délai raisonnable au sens de l'article 6,§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'il permet à celui qui s'en prévaut de demander réparation, est sans incidence sur la validité des procédures internes ; »

Dans sa motivation, la Cour de cassation s'appuie sur le caractère déclaratoire de l'arrêt de la Cour EDH, afin de décider que la décision supranationale n'influe pas sur le cours d'une procédure interne⁷⁷². Or, dans cette affaire, aucune condamnation pénale définitive n'avait été prononcée par les juridictions internes. Dès lors, il y a tout lieu de considérer, sur le fondement de l'article 626-1 du CPP, que la Commission de réexamen rendrait une décision d'irrecevabilité, imposant au justiciable de poursuivre la procédure interne jusqu'à son terme et de saisir, à nouveau, la Cour EDH, si la solution rendue violait ses droits de l'Homme. D'ailleurs, il convient de préciser que, selon la Commission, la violation du délai raisonnable n'est pas de nature à générer le réexamen de l'affaire⁷⁷³.

En outre, l'arrêt rendu par la Cour EDH n'est directement invocable que dans le cadre de la procédure ayant engendré la condamnation de la France.

2- L'invocabilité directe de l'arrêt limitée au litige tranché par la Cour européenne des droits de l'Homme

330. La Commission a eu l'occasion de rappeler que la procédure, pouvant conduire au réexamen de l'affaire, n'est ouverte qu'aux justiciables se prévalant d'un arrêt rendu à leur

⁷⁷⁰ JCP G, II, n°22197, p 30, note CHAMBON (Pierre).

⁷⁷¹ Cour EDH, 27 novembre 1991, arrêt KEMMACHE contre France, Série A n°218.

⁷⁷² DINTILHAC (Jean-Pierre), *La vérité de la chose jugée* in Rapport de la Cour de cassation 2004, *La vérité*, Disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la documentation française.

⁷⁷³ Commission de réexamen, 30 novembre 2000, affaire HAKKAR, n° 00-RDH003 ; 21 juin 2001, affaire CHERAKRAK, n°00-RDH004, disponibles sur le site internet de la Cour de cassation.

bénéfice par la Cour EDH. Ainsi, il est impossible pour un individu d'invoquer directement des décisions strasbourgeoises tranchant la cause d'autrui. La Commission a donc considéré comme irrecevable la requête présentée par Monsieur QUEMAR, en ce qu'elle ne se fondait sur aucun arrêt de la Cour EDH⁷⁷⁴.

L'invocabilité directe de l'arrêt ne peut jouer qu'à l'égard de l'individu ayant poursuivi l'Etat devant la juridiction européenne et obtenu la condamnation de la France. L'identité des parties conditionne donc l'effectivité du mécanisme de justiciabilité. L'Etat qui s'est rendu responsable d'une violation des droits de l'Homme d'un individu accepte, sous réserve de certaines conditions procédurales, que la Commission examine si la violation peut être éteinte par la voie du réexamen de l'affaire. L'invocabilité directe de l'arrêt est particulièrement liée à l'autorité de la chose jugée au bénéfice du justiciable.

Ainsi, l'article 626-2 précise que le réexamen ne peut être demandé que par le Ministre de la justice, le Procureur général près la Cour de cassation, la personne condamnée à une infraction pénale, son représentant légal ou ses ayants droit⁷⁷⁵.

331. Il faut considérer, par ailleurs, que l'invocabilité directe de l'arrêt ne déborde pas de l'objet et de la cause tranchés par le juge strasbourgeois. La décision rendue par la Cour EDH ne sera invocable que dans le cadre de cette procédure. Le requérant ne pourra pas bénéficier de l'effet positif de l'autorité de la chose jugée, dans une autre affaire, alors même que la condamnation strasbourgeoise impliquerait, en elle-même, un examen de ce nouveau contentieux à la lumière de la violation constatée.

Cette précision n'est pas innocente, mais renvoie directement à l'arrêt rendu par la Chambre criminelle, le 4 mai 1994⁷⁷⁶. Monsieur SAÏDI condamné, sur la base de témoignages, sollicite, durant la procédure, une confrontation avec les témoins, sans jamais obtenir satisfaction. Son pourvoi en cassation, fondé sur une violation de l'article 6§3d de la CEDH, est rejeté. Le condamné décide alors de saisir la juridiction strasbourgeoise qui, par arrêt du 20 septembre 1993⁷⁷⁷, constate une violation de la disposition conventionnelle, les droits de la défense ayant été trop limités. Quelques années plus tard, Monsieur SAÏDI, s'étant soustrait à la mesure d'interdiction définitive du territoire, est, à nouveau, poursuivi et condamné. Il invoque, devant la Cour de cassation, l'arrêt rendu par la Cour EDH. Selon lui, la nouvelle procédure pénale engagée à son encontre est viciée et rend l'arrêt de condamnation dépourvu de base légale. En l'espèce, il s'agit d'une procédure étrangère à celle examinée par la Cour EDH, mais intimement liée puisque la seconde condamnation résulte d'une violation des obligations

⁷⁷⁴ Commission de réexamen, 4 octobre 2001, n°01-RDH005, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

⁷⁷⁵ En revanche, dans l'affaire VAUDELLE du 27 juin 2002, 01-RDH001, la Commission de réexamen a considéré qu'un fils, déchargé des fonctions de curateur, n'était pas recevable à solliciter le réexamen de la condamnation pénale.

⁷⁷⁶ JCP G, II, n°22349, p 431, note CHAMBON (Pierre).

⁷⁷⁷ Cour EDH, 20 septembre 1993, arrêt SAÏDI contre France, Série A n°261-C.

imposées par la décision prononcée sans respect du droit au procès équitable. Toutefois, la Chambre criminelle décide :

« ...que le moyen, qui se fonde sur un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme est inopérant ;

Qu'en effet, les décisions rendues par ladite cour dans les conditions précisées aux articles 19 et 50 à 54 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, n'ont aucune incidence directe en droit interne sur les décisions des juridictions nationales ; »

A la lumière de la loi sur la présomption d'innocence du 15 juin 2000, la solution dégagée dans l'arrêt SAÏDI est conforme au droit positif⁷⁷⁸. Monsieur SAÏDI ne pourrait pas saisir la Commission afin de faire réexaminer son second procès à la lumière de l'arrêt rendu par la Cour EDH, bien que les deux affaires soient intimement liées. La procédure de réexamen n'est ouverte qu'à l'égard de la cause tranchée à Strasbourg. Or, il n'existe pas en l'espèce identité de cause et d'objet. Le recours devant la Commission ne pourrait résulter que d'une seconde condamnation de la France.

Il reviendra donc à chaque requérant victorieux de faire preuve de diligence en saisissant la Commission de réexamen, dans les délais impartis, au risque de perdre le bénéfice de l'invocabilité directe de l'arrêt rendu par la Cour EDH.

332. L'invocabilité directe de la décision strasbourgeoise est donc conditionnée par la rigoureuse procédure instituée à l'occasion de la loi du 15 juin 2000. Toutefois, la plus grande limite consiste à la circonscrire aux décisions rendues en considération de la condamnation pénale, puisque seul le réexamen d'une décision pénale au bénéfice d'une personne reconnue coupable est envisageable.

B- Un droit circonscrit à la matière pénale

333. L'exclusion des litiges civils de la procédure définie par la loi du 15 juin 2000 semble surtout fondée sur l'identité des parties devant la Cour EDH (1). Toutefois, la transposition de cette procédure en matière civile conserve une perspective d'avenir (2).

⁷⁷⁸ Cette solution a, d'ailleurs, été confirmée par un attendu similaire. La situation était quelque peu différente, car un justiciable entendait se prévaloir de la jurisprudence européenne, rendue contre la France à l'égard d'autrui, afin de faire annuler la procédure d'extradition dont il avait fait l'objet. En effet, son pourvoi avait été déclaré irrecevable, sur le fondement de l'article 583 du CPP, car il avait refusé de se mettre en état avant son examen. Selon la Chambre criminelle : « ...les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme n'ont aucune incidence directe sur la régularité des décisions rendues par les juridictions internes » : Crim., 9 juillet 2003, pourvoi n°03-82232 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance.

1- La justification de la solution fondée sur l'identité des parties

334. L'exclusion des litiges civils semble justifiée par la spécificité de la procédure devant la juridiction strasbourgeoise. Durant la procédure interne, la matière civile oppose, le plus fréquemment, plusieurs personnes privées. Devant la Cour EDH, seul le requérant et l'Etat sont amenés à se confronter. Par conséquent, si un litige relevant de la matière civile est déféré devant le juge européen, la responsabilité de l'Etat peut être engagée sur le fondement de la déficience du droit national, qui a pu permettre la violation d'un droit par une personne privée. En revanche, le contradicteur privé du requérant devant le juge interne n'est pas fondé à se défendre face à la Cour EDH. Il n'existe pas une identité de parties entre la procédure nationale et supranationale.

Garantir l'invocabilité directe de l'arrêt entre personnes privées, qui aboutirait à rouvrir une procédure interne, contribuerait à faire jouer l'effet positif de la chose jugée à Strasbourg à l'égard d'un individu étranger à l'instance internationale⁷⁷⁹. Comme le remarque le Professeur DE SCHUTTER, « *admettre alors la révision du procès déjà vidé, au motif que la Cour européenne des droits de l'homme y aurait décelé une violation de la Convention soit dans son dispositif soit dans les modalités de son adoption, non seulement conduirait à ériger cette Cour en instance d'appel ou de pourvoi des décisions rendues par les juridictions internes, mais encore serait inacceptable à défaut que la partie adverse du requérant dans le cadre du litige interne soit représentée dans la procédure internationale* »⁷⁸⁰.

335. Devant le juge pénal, la société, par la voie de l'action publique, poursuit l'individu. En exceptant l'action civile, il y a identité de parties entre la procédure interne et internationale. C'est la raison pour laquelle la Commission a limité le champ d'application de l'invocabilité directe dans le cadre du contentieux pénal. Elle ne peut statuer que sur les résultantes de l'action publique et décide qu'est irrecevable la demande de réexamen d'une décision pénale statuant sur l'action civile⁷⁸¹.

336. Cette limite à l'invocabilité directe des arrêts de la Cour EDH est clarifiée par une décision de la Chambre sociale du 30 septembre 2005⁷⁸².

Un chef de service de la SNCF avait formé une demande d'annulation d'une décision de mise à la réforme pour invalidité. Il souhaitait ainsi parvenir à sa réintégration au sein de

⁷⁷⁹ GAUTIER (Pierre-Yves), *De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après une condamnation par la CEDH*, D 2005, Chronique p 2273.

⁷⁸⁰ DE SCHUTTER (Olivier), *La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national*, RBDI, 1997/1, p 33.

⁷⁸¹ Commission de réexamen, 30 mai 2002, affaire SLIMANE KAÏD, n°01-RDH 010, disponible sur le site internet de la Cour de cassation avec l'avis du Premier Avocat général Régis DE GOUTTES et le rapport du Conseiller Madame QUENSON. Voir également les décisions VAUDELLE, du 27 juin 2002 et GARCIA, du 28 novembre 2002 in BARBEROT (Christine), *Le réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : bilan d'une année d'activité de la Commission de réexamen*, Rapport de la Cour de cassation 2001, *Les libertés*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la Documentation française, 2002, Paris.

⁷⁸² Bull. civ. V, n°279, p 243 ; JCP G. II, 10180, note BONFILS (Philippe).

l'entreprise. Débouté par les juridictions internes, il avait, en application de l'ancienne procédure de la CEDH, saisi la Commission EDH qui devait considérer la requête recevable, par décision du 20 mai 1998⁷⁸³. L'affaire n'ayant pas été déférée devant la Cour EDH, dans le délai de trois mois prévu par l'ancien article 32§1 du traité, le Comité des Ministres avait rendu une résolution intérimaire le 14 février 2000, par laquelle il constatait une violation de l'article 6§1, pris dans ses dimensions du droit d'accès à un tribunal et délai raisonnable⁷⁸⁴. Monsieur LEMOINE avait alors tenté de faire valoir cette résolution devant les juridictions internes, réclamant toujours sa réintégration. Sa requête ayant été déclarée irrecevable par les juges du fond, le demandeur forme pourvoi en cassation. La Chambre sociale, saisie de la contestation, rejette le pourvoi au motif :

« ...que la décision du Comité des ministres du Conseil de l'Europe ou l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dont il résulte qu'un jugement rendu en matière civile et devenu définitif a été prononcé en violation des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'ouvre aucun droit à réexamen de la cause ; »

La formation sociale considère que l'action dont elle est saisie révèle une identité de cause et de parties. Elle revêt l'autorité de la chose jugée. La réouverture de la procédure est donc impossible, malgré la violation des droits de l'Homme constatée par les organes supranationaux de contrôle.

Par cette décision, la Haute juridiction rejoint la position du Conseil d'Etat issue d'un arrêt du 11 février 2004⁷⁸⁵. Ces décisions démontrent que les juridictions internes ne souhaitent pas laisser se déployer l'invocabilité directe des arrêts de la Cour EDH au détriment de l'autorité de la chose jugée par les juridictions nationales.

337. Outre l'impossibilité juridique pour la Cour de cassation de reconnaître l'invocabilité directe de l'arrêt européen, la démarche de la Chambre sociale se justifie également par le fait qu'admettre que la décision rendue par la Cour EDH ouvre un droit au réexamen en matière civile imposerait aux juridictions internes de revisiter l'affaire sans tenir compte des limites instaurées par le législateur à l'occasion de la loi du 15 juin 2000. Ainsi, le requérant victorieux à Strasbourg, sur une question relevant du droit pénal, se verrait imposer une procédure dont l'issue ne le conduirait pas nécessairement vers les juridictions traditionnelles, alors même que le requérant invoquant la solution retenue en matière civile aurait directement accès à ces mêmes juridictions.

⁷⁸³ Requête n°33656/96, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

⁷⁸⁴ Requête n°33656/96, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

⁷⁸⁵ Le Conseil d'Etat a rappelé : « ...qu'il ne résulte d'aucune stipulation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et notamment de son article 46, non plus que d'aucune disposition de droit interne, que la décision du 13 février 2003 par laquelle la cour européenne des droits de l'homme a condamné la France puisse avoir pour effet de rouvrir la procédure juridictionnelle qui a été close par la décision du Conseil d'Etat... », CE 11 février 2004, D 2004, jurisprudence p 1414, avec les Conclusions du Commissaire du gouvernement Rémy SCHWARTZ.

Pourtant, certains auteurs s'émeuvent de cette position considérant que le réexamen en matière civile a un avenir⁷⁸⁶. En outre, la Commission de réexamen a, assez curieusement, décidé, dans l'affaire PAPON, que les parties civiles, qui en faisaient la demande, pouvaient présenter des observations, orales ou écrites, en audience publique⁷⁸⁷. Bien que cette décision n'ait pas de répercussion sur l'action civile, elle entrouvre la porte de la Commission aux litiges privés.

2- Les perspectives d'avenir du réexamen en matière civile

338. Le professeur GAUTHIER considère que le réexamen en matière civile est justifié, puisque les deux fondements de l'autorité de la chose jugée en droit interne succombent à l'arrêt de condamnation de la France. Tout d'abord, l'adage *res judicata pro veritate accipitur* semble infirmé par l'arrêt rendu en violation des droits de l'Homme. Ensuite, l'« *ordre public de paix social* » est ébranlé par cette même violation⁷⁸⁸. L'auteur constate enfin, que la Cour de cassation n'ayant jamais hésité à créer des voies de recours sans texte, la reconnaissance d'un réexamen sans support textuel n'est pas à exclure⁷⁸⁹.

339. Pour S. DELICOSTOPOULOS, « ...la seule raison qui impose la réouverture du procès civil est l'hypothèse d'un non paiement par l'Etat suite à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme »⁷⁹⁰. Selon lui, la réouverture peut trouver fondement sur l'article 618 du NCPC, relatif au recours en annulation pour contrariété de décisions. Ce mécanisme permettant alors de garantir un système de *restitutio in integrum* « en cas de violation sur violation par l'Etat français »⁷⁹¹.

340. En réalité, il semble délicat de maintenir une frontière artificielle entre l'effet positif de la chose jugée par la Cour EDH en matière pénale et en matière civile. Il est donc souhaitable d'envisager que tous les arrêts de condamnation de l'Etat puissent être invoqués directement devant le juge interne.

341. Toutefois, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000, seule l'instauration d'une procédure de réexamen en matière civile apparaît acceptable. En effet, il serait inopportun d'instituer une différenciation entre la matière pénale qui nécessiterait le recours devant la Commission de réexamen et la matière civile qui permettrait au justiciable de saisir directement la Cour de cassation ou une juridiction du fond, sans passer par un organe filtrant. Le réexamen en matière civile dépend donc d'une volonté législative qui sera sans doute

⁷⁸⁶ BONFILS (Philippe) ; GAUTHIER (Pierre-Yves).

⁷⁸⁷ Commission de réexamen, 16 octobre 2003, n°03-RDH005, Bull. crim. COMREX, n°1, p 1.

⁷⁸⁸ GAUTHIER (Pierre-Yves), Op. Cit. Spécialement p 2775.

⁷⁸⁹ GAUTHIER (Pierre-Yves), Op. Cit. Spécialement p 2776.

⁷⁹⁰ S. DELICOSTOPOULOS (Ioannis), *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 401, 2003, Paris, n°265, p214.

⁷⁹¹ S. DELICOSTOPOULOS (Ioannis), Op. Cit. n°274.

stimulée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, alors même que certains États ont déjà adopté ce type de recours⁷⁹².

Néanmoins, la procédure instituée en matière pénale ne peut pas être transposée à l'identique en matière civile. D'autres conditions de recevabilité devront être définies. La Commission de réexamen pourrait obtenir compétence à statuer sur ces nouveaux litiges. Il faudrait alors revoir sa composition afin que les Chambres civiles soient représentées tout autant que la Chambre criminelle.

342. En outre, l'argument selon lequel il est impossible d'envisager un réexamen en matière civile, car la partie adverse dans l'ordre juridique interne n'est pas représentée devant la Cour EDH est trop général.

Ainsi, une série d'hypothèses permet d'envisager le réexamen sans qu'une personne privée soit lésée dans les intérêts personnels qu'elle a acquis par l'autorité de la chose jugée dans l'ordre juridique interne. Si le réexamen est toujours possible, ses effets dépendront de la nature de l'affaire, mais également de la violation.

343. Tout d'abord, il est pertinent de distinguer entre la matière gracieuse et la matière contentieuse. En effet, la matière gracieuse est caractérisée par l'absence de litige. Selon l'article 25 du NCPC, le juge statue en matière gracieuse lorsque la loi exige que la demande lui soit soumise, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du demandeur. Seul le Ministère public, partie principale, peut élever une contestation⁷⁹³. Ainsi, le préjudice causé par une violation des droits de l'Homme ne peut se répercuter que sur l'individu ayant soumis sa demande au juge. Par conséquent, l'argument selon lequel le réexamen est impossible en matière civile, en raison du préjudice qu'il porterait à une partie non représentée devant la Cour EDH, ne vaut pas pour la matière gracieuse. Ici, au contraire, le réexamen doit être envisagé, si les conséquences dommageables de la violation constatée ne peuvent pas être éteintes par l'octroi d'une satisfaction équitable. L'existence d'une telle procédure aurait permis de rectifier l'état civil d'une personne transsexuelle après l'arrêt de condamnation de la France dans l'affaire B⁷⁹⁴.

344. Ensuite, en matière contentieuse, il faut envisager que le requérant victorieux à Strasbourg, éventuellement indemnisé sur le fondement de l'article 41 de la CEDH, puisse obtenir le réexamen pour le principe. S'il était justifié, le réexamen ne renverserait pas l'autorité de la chose jugée dans l'ordre juridique interne. Puisque le contradicteur a changé lors de la procédure supranationale, il n'y a pas lieu de lui imposer l'effet positif de la chose jugée à Strasbourg. Toutefois, le requérant victorieux pourrait voir sa cause prospérer lors d'une décision rendue pour le principe.

⁷⁹² BONFILS (Philippe), *Op. Cit.* Spécialement p 2382.

⁷⁹³ LARGUIER (Jean), CONTE (Philippe), *Procédure civile, droit judiciaire privé*, 19^{ème} édition, Mémentos Dalloz, 2005, p 101 ; FRICERO (Nathalie), *Procédure civile*, 3^{ème} édition, Mémentos Gualiano, 2004, p 101.

⁷⁹⁴ Cour EDH, arrêt B contre France du 25 mars 1992, requête n°57/1990/248/319.

345. Le raisonnement est pratiquement identique à celui développé dans le cadre du pourvoi dans l'intérêt de la loi et se justifie avec d'autant plus d'aisance que la Commission ne statue qu'en droit. A l'occasion d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, la cause a définitivement acquis l'autorité de la chose jugée. L'arrêt est rendu dans le seul intérêt de la loi et les parties ne peuvent pas s'en prévaloir⁷⁹⁵. Transposé à un arrêt de la Cour EDH, il serait possible d'envisager que la Commission soit saisie pour réexamen dans l'intérêt des droits de l'Homme, sans que sa décision puisse avoir de répercussion sur l'autorité de la chose jugée par les juridictions nationales. L'affaire ne serait pas renvoyée devant la juridiction d'où procède la violation, mais pourrait être tranchée par la seule Commission.

L'intérêt de ce recours résiderait dans la stigmatisation de la violation et profiterait aux juridictions nationales qui ne réitéreraient pas, à l'avenir, les erreurs ayant engendrées la condamnation de l'Etat. En outre, le soulagement psychologique du requérant victorieux serait recherché dans le cadre de cette procédure.

A la différence du pourvoi dans l'intérêt de la loi, les parties au litige devant la Cour EDH pourraient saisir la Commission, sans que la solution puisse avoir une incidence sur le contradicteur privé absent du contentieux européen. L'invocabilité directe de l'arrêt européen se verrait ainsi renforcée.

346. L'invocabilité directe de l'arrêt strasbourgeois mérite d'être étendu, par une intervention législative, au bénéfice du contentieux privé. D'ores et déjà, la loi du 15 juin 2000 constitue un véritable "pas en avant" vers une reconnaissance grandissante des décisions supranationales. Après cinq ans de mise en œuvre de la procédure, il convient de vérifier si l'invocabilité directe des arrêts européens est véritablement efficace.

§2- L'efficacité de la procédure de réexamen

347. La portée de l'invocabilité directe de l'arrêt européen dépend de l'efficacité de la procédure de réexamen. Les conditions restrictives posées par la loi auraient pu transformer cette salubre réforme en "lion de papier", si la Commission (A) et l'Assemblée plénière (B) n'avaient pas œuvré à sa prospérité.

A- La large ouverture au réexamen par la Commission

348. L'efficacité de cette procédure s'apprécie au regard des bilans publiés chaque année par la voie du rapport annuel de la Cour de cassation. En effet, toutes les décisions de la Commission ne sont pas accessibles, tant sur le site Légifrance que sur celui de la Cour de cassation. Entre 2000 et 2005, la Commission a reçu trente trois demandes de réexamen. Neuf

⁷⁹⁵ BORE (Jacques), BORE (Louis), *La cassation en matière civile*, 3^{ème} édition, Dalloz Action, 2003/2004, Paris, n°141 et suivants.

requêtes ont été déclarées totalement irrecevables, six ont fait l'objet de décisions de rejet et quinze de renvoi devant la juridiction d'où procédait la violation⁷⁹⁶. Donc, la moitié des décisions rendues par la Commission engendre le réexamen concret de l'affaire. L'invocabilité directe de l'arrêt européen prospère véritablement puisqu'à l'issue de la décision de renvoi, le justiciable pourra se prévaloir de la condamnation devant la juridiction d'où procède la violation.

349. Selon la Commission, la durée excessive des débats devant une Cour d'Assises et l'état de fatigue qui en résulte porte atteinte aux droits de la défense et au principe de l'égalité des armes. Cette violation du droit au procès équitable est suffisamment grave pour justifier le réexamen de l'affaire⁷⁹⁷.

350. La Commission a considéré, dans l'affaire HAKKAR, que le fait de ne pas avoir bénéficié du temps et des facilités nécessaires afin de préparer sa défense (article 6§3b de la CEDH) et de ne pas avoir pu bénéficier d'un défendeur de son choix (article 6§3c de la CEDH) justifiait le réexamen de l'affaire. En effet, le demandeur, qui avait changé de conseil à de multiples reprises, avait vu sa demande de renvoi de l'affaire refusée et n'avait plus été assisté d'un avocat durant l'audience. La Commission a donc renvoyé devant une autre Cour d'Assises et a prononcé, sans l'annuler, la suspension de la peine. Cette suspension ne vaut que pour la condamnation d'où procède la violation et ne peut être appliquée à d'autres sanctions⁷⁹⁸. De même, le réexamen est justifié dans l'arrêt VAN PELT, du 22 janvier 2002, car le demandeur non comparant et non excusé, a été privé du droit à l'assistance d'un avocat, en violation de l'article 6§3c de la CEDH⁷⁹⁹.

351. Dans l'affaire REMLI, la Commission ordonne le réexamen par une nouvelle Cour d'Assises. La juridiction répressive n'avait pas vérifié si sa composition permettait un jugement impartial, l'un des jurés ayant tenu des propos à connotation raciste⁸⁰⁰. Dans l'affaire BOURISSE, les droits de la défense sont atteints car la Cour d'Assises refuse une contre expertise à l'accusé, alors que l'expert a rendu des conclusions dans un sens très

⁷⁹⁶ Rapport de la Cour de cassation 2005, *L'innovation technologique*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la Documentation française, 2006, Paris.

⁷⁹⁷ Commission de réexamen, 24 novembre 2005, affaire MAKFI, Bull. crim. 2005, n°1, p 1.

⁷⁹⁸ Commission de réexamen, 30 novembre 2000, affaire HAKKAR, n° 00-RDH003, disponible sur le site internet de la Cour de cassation ; DE GOUTTES (Régis), *La procédure de réexamen des décisions pénales après un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme in Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Tome 1, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 564 ; JCP G 2001, 10642, note LEFEBVRE (José) ; MONTEILLET (Inès), GP dimanche 25 au mardi 27 mars 2001, jurisprudence p 438.

⁷⁹⁹ BARBEROT (Christine), *Le renvoi pour réexamen : à propos de quatre décisions de renvoi de la Commission de réexamen (Hakkar, Remli, Van Pelt et Omar)*, Droit pénal mai 2002, Chronique n°16, p 7.

⁸⁰⁰ Commission de réexamen, 6 décembre 2001, n°01-RDH002, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également BARBEROT (Christine), *Le renvoi pour réexamen : à propos de quatre décisions de renvoi de la Commission de réexamen (Hakkar, Remli, Van Pelt et Omar)*, Droit pénal mai 2002, Chronique n°16, p 7.

défavorable à la personne poursuivie et ce après avoir changé d'avis⁸⁰¹. De même, le fait pour la personne poursuivie de ne pas pouvoir interroger ou faire interroger les témoins l'accablant engendre une violation des articles 6§1 et 6§3d, que seul le réexamen de l'affaire peut éteindre⁸⁰². Il en est de même si le condamné n'a pas eu une occasion suffisante ou adéquate de contester les déclarations de la victime sur lesquelles se fonde la condamnation⁸⁰³.

352. Les affaires OMAR, VAN PELT⁸⁰⁴, KALFAOUI⁸⁰⁵, GOTH⁸⁰⁶, PAPON⁸⁰⁷ et MOREL⁸⁰⁸ engendrent le réexamen, parce que les demandeurs ont été privés, par la Cour de cassation, du droit à exercer un recours (article 6§1 de la CEDH), soit parce qu'ils n'avaient pas déféré au mandat d'arrêt décerné contre eux, soit parce qu'ils n'avaient pas accepté leur mise en état, sur le fondement de l'ancien article 583 du CPP. Le fonctionnement interne de la Cour de cassation est, en outre, mis en cause par la Cour EDH lorsque le demandeur au pourvoi ne dispose pas de l'avis de l'Avocat général et du rapport du Conseiller rapporteur. Cette violation de l'article 6§1 justifie, selon la Commission, le réexamen du pourvoi dans les affaires SLIMANE KAÏD⁸⁰⁹, PASCOLINI et QUESNE⁸¹⁰ ou FABRE⁸¹¹. Par conséquent, l'Assemblée plénière doit se prononcer sur le pourvoi de ces demandeurs.

⁸⁰¹ Rapport de la Cour de cassation 2002, *La responsabilité*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la Documentation française, 2003, Paris.

⁸⁰² Commission de réexamen, 22 janvier 2005, Affaire RACHDAD, Rapport de la Cour de cassation 2005, *L'innovation technologique*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la Documentation française, 2006, Paris.

⁸⁰³ Commission de réexamen, 24 novembre 2005, affaire MAYALI, Bull. crim. 2005, n°2 p 2.

⁸⁰⁴ BARBEROT (Christine), *Le renvoi pour réexamen : à propos de quatre décisions de renvoi de la Commission de réexamen (Hakkar, Remli, Van Pelt et Omar)*, Droit pénal mai 2002, Chronique n°16, p 7.

⁸⁰⁵ Commission de réexamen, 26 septembre 2002, 01-RDH008, Rapport de la Cour de cassation 2002, *La responsabilité*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la Documentation française, 2003, Paris.

⁸⁰⁶ Commission de réexamen, 24 avril 2003, Rapport de la Cour de cassation 2003, *L'égalité*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la Documentation française, 2004, Paris.

⁸⁰⁷ Commission de réexamen, 26 février 2004, Bull. crim. 2004, COMREX n°2, p 2.

⁸⁰⁸ Commission de réexamen 26 mai 2005, Rapport de la Cour de cassation 2005, *L'innovation technologique*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la Documentation française, 2006, Paris.

⁸⁰⁹ Commission de réexamen, 30 mai 2002, affaire SLIMANE KAÏD, n°01-RDH 010, disponible sur le site internet de la Cour de cassation avec l'avis du Premier Avocat général Régis DE GOUTTES et le rapport du Conseiller Madame QUENSON, également DE GOUTTES (Régis), *La procédure de réexamen des décisions pénales après un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme* in *Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Tome 1, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 563 (en particulier p 574).

⁸¹⁰ Commission de réexamen, décisions du 25 novembre 2004, Rapport de la Cour de cassation 2004, *La vérité*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la Documentation française, 2005, Paris.

⁸¹¹ Commission de réexamen 6 octobre 2005, Rapport de la Cour de cassation 2005, *L'innovation technologique*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la Documentation française, 2006, Paris.

B- L'examen attentif du pourvoi par l'Assemblée plénière

353. Entre 2000 et 2005, huit décisions de l'Assemblée plénière ont pu être identifiées. Au 30 juin 2006, un autre arrêt a été rendu par la formation la plus solennelle de la Haute juridiction.

Le renvoi de la Commission à l'Assemblée plénière, au sens de l'article 626-4, se justifie si la violation procède de la décision rendue par la Chambre criminelle.

Avant d'analyser plus avant chacune des décisions, il faut spécifier que si l'Assemblée plénière se considère saisie du mémoire en demande déposé à l'occasion de l'examen initial, elle n'exclut pas de relever d'office un moyen d'ordre public⁸¹².

354. Concrètement les arrêts rendus par l'Assemblée plénière, à la suite d'une décision de la Chambre criminelle violant les droits de l'Homme, se divisent en deux catégories distinctes.

Soit le pourvoi déposé devant la Chambre criminelle a été déclaré irrecevable parce que le condamné n'a pas déféré au mandat d'arrêt décerné contre lui, ou parce qu'il n'a pas accepté sa mise en état, sur le fondement de l'ancien article 583 du CPP. Dans cette première hypothèse, l'Assemblée plénière va recevoir le pourvoi et le demandeur a des chances d'obtenir cassation de la décision du fond. Cette première catégorie a donné lieu à cinq arrêts⁸¹³.

Soit, la violation au stade de la cassation procède de ce que le demandeur au pourvoi n'a pas eu accès au rapport du Conseiller rapporteur, ni de l'avis de l'Avocat général. Dans ce cas, le pourvoi initial a déjà été examiné et, en principe, les chances de succès du second pourvoi devant l'Assemblée plénière sont bien minces. Toutefois, la jurisprudence s'établissant au regard de quatre arrêts⁸¹⁴, démontre que ce nouvel examen peut profiter au demandeur.

355. La première catégorie des décisions rendues par l'Assemblée plénière résulte de la résistance de la Chambre criminelle à l'égard de la jurisprudence strasbourgeoise. La décision à l'origine d'une longue rébellion est un arrêt de la Chambre criminelle rendu le 21 décembre 1987⁸¹⁵. Le pourvoi de Monsieur POITRIMOL, avait été déclaré irrecevable au motif que le condamné n'avait pas obéi à un mandat de justice décerné contre lui et n'était donc pas « *en droit de se faire représenter et de donner mandat pour se pourvoir en cassation contre la décision le condamnant* ». La Cour EDH condamne la France par arrêt du 23 septembre

⁸¹² DE GOUTTES (Régis), *La procédure de réexamen des décisions pénales après un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme in Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Tome 1, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 563.

⁸¹³ Ces cinq décisions correspondent aux affaires : OMAR, KALFAOUI, GOTH, PAPON et MOREL. L'affaire VAN PELT concernait, pour partie, le même dysfonctionnement, mais en raison des autres violations a été renvoyée, par la Commission de réexamen devant une cour d'appel.

⁸¹⁴ Ces quatre arrêts correspondent aux affaires : SLIMANE KAÏD, PASCOLINI, QUESNE et FABRE.

⁸¹⁵ Pourvoi n°87-82274 (inédit titré), site internet légifrance.

1993⁸¹⁶, notamment pour violation du droit d'accès à un tribunal, tel que garanti par l'article 6§1 de la CEDH. Par cette décision, la juridiction strasbourgeoise sanctionne une jurisprudence traditionnelle⁸¹⁷ fondée sur les principes généraux du Code de procédure pénale⁸¹⁸. La Cour EDH conclut au caractère disproportionné de l'irrecevabilité au regard de la « *place primordiale* » des droits de la défense dans une société démocratique⁸¹⁹. Pourtant, la Chambre criminelle, par deux arrêts du 19 janvier 1994⁸²⁰ et du 7 février 1994⁸²¹, réaffirme sa position la rattachant toujours aux principes généraux de la procédure pénale. Elle nuance néanmoins sa solution en admettant la recevabilité lorsque le demandeur forme lui-même le pourvoi⁸²². Les deux justiciables déchus saisissent la juridiction strasbourgeoise, qui maintient sa jurisprudence dans les arrêts GUERIN et OMAR du 29 juillet 1998⁸²³. Entre temps, la Cour de cassation déclare le pourvoi de Monsieur VAN PELT irrecevable⁸²⁴, entraînant une nouvelle condamnation de l'Etat pour violation de l'article 6§1 de la CEDH⁸²⁵. La Chambre criminelle ignore l'interprétation européenne⁸²⁶, puis face au déterminisme strasbourgeois, tente de la contourner avec superbe, préférant la déchéance du pourvoi fondée sur l'article 583 du Code de procédure pénal à l'irrecevabilité découlant des principes généraux de la procédure pénale, dès lors que le condamné ne s'est pas mis en état avant l'examen de son pourvoi⁸²⁷. En effet, par un arrêt du 30 juin 1999⁸²⁸, la Chambre criminelle décide que le pourvoi est recevable alors même qu'un mandat d'arrêt n'a pas été exécuté. L'intéressé, condamné à une peine privative de liberté de plus de six mois, ne s'étant pas mis en état avant

⁸¹⁶ Cour EDH, arrêt POITRIMOL contre France, 23 novembre 1993, série A, n°277-A ; RSC 1994, p 370, observations KOERING-JOULIN (Renée) ; JDI, 1994-3, p 821, observations TAVERNIER (Paul) ; ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), *GA CourEDH*, 3^{ème} édition, Thémis, PUF, 2005, Paris, p 293.

⁸¹⁷ DE GOUTTES (Régis), *Le juge français et la Convention européenne des droits de l'homme : avancées et résistances*, RTDH, 1995, p 605 (spécialement 612) ; *Le juge judiciaire français et la Convention européenne des droits de l'homme, avancée et réticences* in *Quelle Europe pour les droits de l'homme. La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une 'union plus étroite' (35 ans de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 218 (spécialement 232) ; *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français*, RIDC 1999-1, p 7 (spécialement p 18).

⁸¹⁸ Crim. 21 mai 1981, Bull. Crim. n°168.

⁸¹⁹ §37 de l'arrêt POITRIMOL.

⁸²⁰ Bull. crim. n°27, p 50.

⁸²¹ Pourvoi n°93-81533 (inédit titré), site légifrance.

⁸²² Crim. 15 février 1994, Bull. crim. n°66, p 139. La Cour réserve également une seconde hypothèse dans laquelle le pourvoi ne serait pas déclaré irrecevable, si, agissant par mandataire conformément aux dispositions de l'article 576 du Code de procédure pénale, le demandeur peut justifier de « *circonstances l'ayant mis dans l'impossibilité absolue de se soumettre en temps utile à l'action de la justice* » (Crim. 21 mai 1981, Bull. crim. n° 168 ; Crim. 19 janvier 1984, Bull. crim. n° 27 ; Crim. 8 mars 1985 ; Crim. 8 mars 1996, Bull. crim. n° 94).

⁸²³ Site internet de la Cour EDH ; JCP G. I, n°105, p 140, observations SUDRE (Frédéric).

⁸²⁴ Crim. 19 octobre 1995, site internet Légifrance pourvoi n°94-81159 (inédit titré).

⁸²⁵ Cour EDH, arrêt VAN PELT contre France, 23 mai 2000, Site internet de la Cour EDH ; RSC 2001, p 429, observations MASSIAS (Florence) ; JCP G 2001, I, n°291, observations SUDRE (Frédéric).

⁸²⁶ Crim. 8 mars 1995, Bull. crim. n°94, p 235 ; Droit pénal 1995, commentaire n°116, observations MARRON (Alain) ; crim. 14 novembre 1996, Bull. crim. n°408, p 1186 ; crim. 18 novembre 1997, Bull. crim. n°97, p 1298.

⁸²⁷ Ce texte impose à un individu condamné à une peine privative de liberté de plus de six mois, avant la loi du 23 juin 1999 (loi n°99-515) et de plus de un an après, de se constituer prisonnier la veille de l'examen de son pourvoi. Pour un exemple d'application voir Crim., 3 octobre 1996, Bull. crim. n°346, p 1029.

⁸²⁸ Droit pénal 1999, commentaire n°156, observations MARON (Albert) ; JCP G, I n°207, p 299, observations MARON (Albert).

l'examen de son pourvoi, en est déchu, par application de l'article 583 du CPP. Le subterfuge ne leurre pas la Cour EDH qui, dans un arrêt KALFAOUI contre France du 14 décembre 1999⁸²⁹, décide, alors qu'aucun mandat d'arrêt n'a été décerné à l'encontre du requérant, que la déchéance du pourvoi entraîne une violation de l'article 6§1 de la CEDH. Trouvant son fondement sur une loi interne, cette jurisprudence de la Chambre criminelle perdure, engageant la France dans une rafale de condamnations⁸³⁰, dont la plus retentissante intervient dans l'arrêt PAPON du 21 octobre 1999⁸³¹. La Chambre criminelle, qui ne pouvait ignorer l'issue de la requête, occasionne une nouvelle condamnation de la France, par un arrêt du 25 juillet 2002⁸³², pour violation de l'article 6§1⁸³³.

356. La résistance à la Cour EDH trouvait appui sur un texte écrit. En laissant se multiplier les condamnations, la Haute juridiction, sans se soumettre à la juridiction strasbourgeoise, engage l'Etat vers la voie de la réforme. La loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence abroge la disposition litigieuse. Toutefois, cette même loi institue également la procédure de réexamen des décisions pénales et la Haute juridiction se voit tenue de réexaminer les pourvois dont elle a, elle-même, déchu les demandeurs.

357. Les cinq pourvois déférés à l'Assemblée plénière ont été déclarés recevables, sur le fondement des arrêts de la Cour EDH et de la Commission de réexamen. Quatre d'entre eux ont été rejetés⁸³⁴. En revanche, dans l'affaire GOTH, l'Assemblée plénière a procédé à une cassation partielle sans renvoi et annulation par voie de retranchement en s'appuyant sur le principe de légalité criminelle. En effet, le demandeur avait été condamné pour publicité mensongère à une peine complémentaire d'interdiction des droits civiques, civils et de famille pendant une durée de trois ans. Or, cette peine complémentaire n'était pas prévue pour le délit de publicité fautive ou de nature à induire en erreur (article L.121-1, L.121-6 et L.213-1 du Code de la consommation)⁸³⁵. Il faut donc retenir de cette dernière solution l'importance que revêt la procédure de réexamen, en ce qu'elle peut conduire concrètement à une modification

⁸²⁹ Site internet de la Cour EDH, JCP G, I, n°203, p 197, observations SUDRE (Frédéric) ; suite à un arrêt de la Cour de cassation du 24 septembre 1996.

⁸³⁰ Cour EDH, arrêt GOTH contre France du 16 mai 2002, suite à un arrêt de la Chambre criminelle du 23 février 1999 ; COSTE contre France du 17 décembre 2002, suite à un arrêt de la Chambre criminelle du 4 juin 1998, légifrance n°97-83347 (inédit) ; MOREL contre France du 12 février 2004, suite à un arrêt de la Chambre criminelle du 18 octobre 1995 ; WALSER contre France du 1er juillet 2004, suite à un arrêt de la Chambre criminelle du 9 novembre 1999. Arrêts disponibles sur le site internet de la Cour EDH.

⁸³¹ D 2000, jurisprudence p 602, note TEISSIER (Anne) ; RTDH 2000, p 147, note KUTY (Franklin).

⁸³² Site internet de la Cour EDH, requête n°54210/00

⁸³³ MARGUENAUD (Jean-pierre), *La dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes*, D 2000, Chronique p 249.

⁸³⁴ Il s'agit des arrêts OMAR, 4 octobre 2002, pourvoi n°93-81533 (publié au bulletin) ; KALFAOUI, 14 février 2003, pourvoi n°96-80088 (publié au bulletin) ; PAPON, 11 juin 2004, pourvoi n°98-82323 (publié au bulletin) : ces arrêts sont disponibles sur le site internet Légifrance et MOREL, 2 décembre 2005, pourvoi n°96-81553 (publié au bulletin), disponible sur le site internet de la Cour de cassation, avec le rapport du Conseiller NOCQUET et l'avis de l'Avocat général CROZE.

⁸³⁵ AP 24 octobre 2003, pourvoi n°07-85.763 (publié au bulletin), disponible sur le site internet de la Cour de cassation avec le rapport du Conseiller ANZANI et l'avis du Premier Avocat général DE GOUTTES.

de la situation juridique du demandeur. Il en est de même dans l'autre contentieux relatif à la transmission du rapport du Conseiller rapporteur et de l'avis de l'Avocat général.

358. En effet, les juges européens ont observé que le Ministère public, assimilé à une partie⁸³⁶, devait remplir son office en considération des garanties découlant de l'article 6 de la CEDH, en particulier dans leurs dimensions relatives à l'égalité des armes et au respect du contradictoire⁸³⁷. A l'occasion de l'affaire REINHARDT et SLIMANE-KAÏD contre France, rendue en Grande chambre le 31 mars 1998⁸³⁸, la Cour EDH constate que l'Avocat général a reçu communication de l'ensemble du rapport du Conseiller rapporteur et de ses projets d'arrêts, alors que les avocats des parties n'ont pu avoir accès qu'au premier volet comportant l'exposé des faits, de la procédure et des moyens, ne bénéficiant, une semaine avant l'audience, que du sens de la solution retenue par le magistrat. Prenant en considération l'importance du second volet du rapport, à savoir l'analyse juridique de l'affaire et les conclusions du rapporteur, elle considère que le déséquilibre créé ne s'accorde pas avec les exigences du procès équitable⁸³⁹. Ensuite, elle remarque que l'avis de l'Avocat général n'est pas communiqué aux parties. Certes, elles sont informées de son sens avant l'audience et leurs représentants peuvent répliquer oralement durant l'audience ou par note de délibéré, mais le gouvernement n'a pas apporté la preuve que ces pratiques, qui semblent satisfaire aux exigences du procès équitable, existaient à l'époque où le pourvoi du requérant a été analysé⁸⁴⁰. La Cour affirme que l'article 6§1 de la CEDH a été violé⁸⁴¹. Depuis le 1^{er} juin 2002, la note d'étude et le projet d'arrêt du rapporteur ne sont plus communiqués⁸⁴².

⁸³⁶ SUDRE (Frédéric), *Les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme in Le Ministère public et les exigences du procès équitable*, Droit et justice n°44, Bruylant, Nemesis, 2003, Bruxelles, p 39 : plus spécialement le Professeur SUDRE explique, p 48 et suivantes, que la juridiction européenne superpose à la partie *stricto sensu* la notion de partie *lato sensu*, désignant le Ministère public comme « *intervenant d'influence* ».

⁸³⁷ SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, p 354 et suivantes.

⁸³⁸ Requêtes n° 21/1997/805/1008 et 22/1997/806/1009, disponibles sur le site internet de la Cour EDH ; D 1999, jurisprudence p 281 ; JDI 1999, jurisprudence p 232, observations ASCENCIO (Hervé) ; Procédures, juillet 1998, Commentaire n°177, p 16, note BUISSON (Jacques) ; RTDCiv. 1998, p 511, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre). Voir également PERRIN DE BRICHAMBAUT (Marc), DUBROCARD (Michèle), *Quelques aspect de la spécificité de la procédure devant la Cour de cassation française face au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme*, in Mélanges en l'honneur de Louis-Edmond PETTITI, Bruylant – Nemesis, 1998, Bruxelles, p 613.

⁸³⁹ §105 de l'arrêt, confirmé par les décisions ultérieures rendues à l'encontre de la France : BERGER du 3 décembre 2002, requête n° 48221/99 ; PASCOLINI du 26 juin 2003, requête n° 45019/98 ; LILLY FRANCE du 14 décembre 2003, requête 53892/00 ; WEILL du 5 février 2004, requête n°49843/99 ; QUESNE du 1^{er} avril 2004, requête n°65110/01 ; FABRE du 2 novembre 2004, requête n°69225/01 ; COULAUD du 2 novembre 2004, requête n°69680/01 ; SCP HUGLO, LEPAGE et Associés du 1^{er} février 2005, requête n°59477/00 : ces arrêts, dont la liste n'est pas exhaustive, sont disponibles sur le site internet de la Cour EDH.

⁸⁴⁰ §106 de l'arrêt.

⁸⁴¹ Cette solution est réaffirmé à l'occasion d'un arrêt SLIMANE KAÏD contre France du 25 janvier 2000, requête 29507/95, disponible sur le site internet de la Cour EDH ; D 2000, SC p 186, observations FRICERO (Nathalie) ; PA 11 août 2000, n°160, p 6, note PICCA (Georges), SAURET (Alain).

⁸⁴² En effet, les Avocats généraux ne bénéficiaient que du rapport expurgé de la note, tout comme les parties : DE GOUTTES (Régis), *La situation à la Cour de cassation in Le Ministère public et les exigences du procès équitable*, Droit et justice n°44, Bruylant, Nemesis, 2003, Bruxelles, p 75 ; NADAL (Jean-Louis), *La*

Désormais, les parties et les Avocats généraux bénéficient d'un « *rapport enrichi* », qui informe sur l'ensemble du débat juridique, les questions du litige et les réponses envisagées⁸⁴³.

359. Ces préalables procéduraux étant rappelés, l'Assemblée plénière a eu à se re-prononcer sur les pourvois de parties qui n'avaient pas bénéficié de l'avis de l'Avocat général et du rapport du Conseiller rapporteur. Il aurait été naturel de considérer que ce nouveau recours n'avait que peu de chance de porter ses fruits, les moyens développés par les demandeurs au pourvoi ayant déjà été examinés par la Chambre criminelle. En effet, l'Assemblée plénière statue en considération des mémoires déposés lors de l'examen initial du pourvoi. Les demandeurs ne sont pas recevables à articuler de nouveaux moyens, sauf ceux qui consisteraient à répondre aux arguments restitués dans l'avis ou le rapport. Une solution différente priverait de sens la jurisprudence européenne. Cependant, ce raisonnement ne tient pas compte de la possibilité que se réserve la formation solennelle de relever d'office des moyens de pur droit⁸⁴⁴. Cette procédure a finalement contribué au rayonnement du réexamen.

Sur les quatre pourvois déferés, seul un a été rejeté purement et simplement⁸⁴⁵. En revanche, dans l'arrêt SLIMANE KAÏD, l'Assemblée plénière a relevé d'office une application du principe de rétroactivité *in mitius*, car l'interdiction professionnelle à laquelle le demandeur avait été condamné pour une durée de dix ans, devait, depuis l'entrée en vigueur du NCP, être ramenée à cinq ans⁸⁴⁶.

Les affaires PASCOLINI et QUESNE sont beaucoup plus intéressantes en ce qu'elles démontrent que le réexamen constitue un véritable recours, permettant de rejurer le pourvoi et plus largement d'obtenir un nouveau procès.

Dans la première affaire⁸⁴⁷, la Haute juridiction accueille un moyen qui avait été rejeté par la Chambre criminelle et casse sans renvoi. La condamnation est tout simplement annulée. Pourtant, ainsi que le remarque Monsieur MARON, « *habituellement, et d'une jurisprudence*

jurisprudence de la Cour de Strasbourg : une chance pour le parquet général de la Cour de cassation, D2005, Chronique p 800. En réalité, est désormais évoquée une nouvelle forme de rapport, appelé enrichi. Il devrait contenir le rapport au sens strict et les problèmes juridiques soulevés.

⁸⁴³ ANCEL (Jean-Pierre), *Les opinions dissidentes in Les méthodes de jugement, les opinions dissidentes*, cycle de séminaires, 18 octobre 2005, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

⁸⁴⁴ DE GOUTTES (Régis), *La procédure de réexamen des décisions pénales après un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme in Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Tome 1, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 563.

⁸⁴⁵ AP 18 janvier 2006, pourvoi n°02-80.787 (publié au bulletin), disponible sur le site internet de la Cour de cassation avec le rapport du Conseiller CROZE et l'avis de l'Avocat général FINIELZ.

⁸⁴⁶ AP, 22 novembre 2002, pourvoi n°92-82460 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

⁸⁴⁷ AP 8 juillet 2005, pourvoi n°97-83.023, disponible sur le site internet de la Cour de cassation avec le rapport du Conseiller LAURANS et l'avis de l'Avocat général MOUTON ; voir également la note de MARON (Albert), *Droit pénal* octobre 2005, commentaire 153, p 25 et les observations de GIRAULT (Carole), *AJDPénal* octobre 2005, n°10, jurisprudence p 374.

séculaire, en cas d'examen d'un second pourvoi, après une première cassation, un moyen reprenant un moyen rejeté à l'occasion de l'examen du premier pourvoi est irrecevable ».

L'affaire QUESNE⁸⁴⁸ mérite une attention particulière en raison de sa spécificité et de son actualité. En l'espèce, une Cour d'assises avait condamné le prévenu à une peine de réclusion criminelle de 16 ans pour viols aggravés. Le condamné avait formé un pourvoi en cassation, sans bénéficier, avant son examen par la Chambre criminelle, du rapport du Conseiller et de l'avis de l'Avocat général. Cette atteinte à l'égalité des armes et au respect du contradictoire permet à Monsieur QUESNE d'obtenir une condamnation de la France par la Cour EDH.

L'affaire relevant de la matière pénale, le requérant victorieux invoque directement l'arrêt européen devant la Commission. La procédure lui est profitable puisque cette dernière admet que le réexamen est justifié. La violation de la CEDH résultant de la défectuosité de la procédure au stade de la cassation, la Commission renvoie l'affaire devant l'Assemblée plénière. La formation solennelle rejette les moyens développés dans le pourvoi initialement présenté à la Chambre criminelle. Elle relève, également, que le moyen nouveau, développé par le demandeur, n'est pas recevable. En effet, ce dernier faisait valoir qu'une question avait été incorrectement formulée à la Cour d'assises. Cependant, l'Assemblée plénière emprunte le raisonnement élaboré dans ce moyen, en relevant d'office une violation de la procédure pénale. Elle constate que la décision ne répond pas aux exigences posées par l'article 349 du Code de procédure pénale. Elle casse l'arrêt rendu par la Cour d'assises et renvoie l'affaire devant une autre formation.

Par conséquent, le fait d'avoir obtenu une condamnation à Strasbourg et un réexamen à Paris permet, finalement, au demandeur de bénéficier d'un nouveau procès. Il profite, d'ailleurs, d'une remise en liberté.

Cette procédure n'est, pourtant, pas favorable à Monsieur QUESNE. L'invocabilité directe de l'arrêt européen n'est concevable, en l'espèce, que devant la Commission de réexamen et devant l'Assemblée plénière. En revanche, la Cour d'assises de renvoi n'est pas concernée par la solution strasbourgeoise, puisque la violation de la CEDH n'est pas imputable à la première juridiction de jugement. La nouvelle formation est réunie car la Cour de cassation a constaté une application inadéquate du code de procédure interne. Après avoir correctement formulé la question posée au jury d'assises, la Cour prononce, le 21 octobre 2006, une peine plus lourde à l'encontre du prévenu⁸⁴⁹.

⁸⁴⁸ AP 8 juillet 2005, pourvoi n°99-83.846, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, avec le rapport du Conseiller LAURANS et l'avis de l'Avocat général COMMARET ; voir également la note de MARON (Albert), Droit pénal octobre 2005, commentaire 153, p 25 et les observations de GIRAULT (Carole), AJDPénal octobre 2005, n°10, jurisprudence p 374.

⁸⁴⁹ Monsieur QUESNE est condamné à 17 ans de réclusion criminelle.

Cette décision dénote des revers de la procédure de réexamen. Elle pourrait même décourager les justiciables à entamer une telle action. S'il ne convient pas de remettre en cause la déclaration de culpabilité prononcée par la Cour d'assises, il faut, en revanche, s'interroger sur la pertinence de la sanction. En effet, Monsieur QUESNE a parcouru un long périple afin de faire valoir ses droits. La juridiction européenne a admis qu'il avait subi une violation du droit au procès équitable. Par la suite, l'Assemblée plénière a remarqué que la procédure pénale française n'avait pas été respectée. Incontestablement, la situation de Monsieur QUESNE révèle une double défaillance du système juridique interne. Malgré tout, le justiciable est entraîné vers la voie d'une condamnation plus sévère.

Une telle incohérence des solutions démontre l'opportunité d'admettre un "effet cliquet" au regard de la peine, lorsque le requérant a subi une violation des droits de l'Homme suffisamment grave pour justifier le réexamen de l'affaire. La procédure instituée par la loi du 15 juin 2000 ne devrait pas avoir pour effet de défavoriser le justiciable. L'anéantissement de l'autorité de la chose jugée en droit interne résulte d'une violation des droits de l'Homme. L'Etat reconnaissant ses torts, par la voix de ses juridictions, ne devrait pas sanctionner le justiciable qui a eu le courage de porter sa cause devant la juridiction européenne.

360. L'arrêt rendu par la Cour d'assises ne doit pas, cependant, minimiser les positions parfaitement originales de l'Assemblée plénière. Elles démontrent la spécificité du réexamen, qui anéantit la chose jugée dans l'ordre juridique interne, par l'intermédiaire de l'invocabilité directe de l'arrêt rendu par la Cour EDH. Ainsi, les limites à la recevabilité d'un moyen, originellement définies, n'ont plus lieu d'être retenues dans le cadre de la procédure de réexamen. L'intervention de l'organe supranational et de la Commission de réexamen conduit, en quelque sorte, à remettre les choses dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant que n'intervienne l'arrêt rendu par la Cour EDH.

Il est alors regrettable que cette procédure se limite à la question pénale puisque, dans les contentieux civils, les justiciables ont, avant la réforme de la procédure devant la Cour de cassation, subi une violation identique. Il en résulte une discrimination inappropriée entre les requérants victorieux à strasbourg.

361. L'invocabilité directe des arrêts rendus par la Cour EDH engendre souvent un réexamen efficace des décisions internes. Toutefois, le mécanisme de justiciabilité est trop limité. Il ne permet pas d'embrasser toutes les matières et ne joue que pour quelques décisions rendues à l'encontre de l'Etat Français. En outre, seuls les arrêts de la juridiction strasbourgeoise empruntent ce mécanisme de justiciabilité. Sont donc exclues les constatations de violations émises par d'autres organes supranationaux de contrôle. Finalement le champ d'application du droit d'accès au juge ne couvre qu'une infime partie des interprétations supranationales. Il faut donc envisager la transposition d'un mécanisme d'invocabilité qui permettrait d'assurer la justiciabilité de toutes les interprétations

supranationales pertinentes au regard des différents litiges soumis à la Cour de cassation. L'invocabilité d'interprétation conforme semble répondre à cette exigence.

Section II- L'invocabilité d'interprétation conforme à la chose interprétée par les organes supranationaux de contrôle

362. Le juge interne doit appliquer les dispositions conventionnelles. Il est également amené à les interpréter puisque, depuis les arrêts BEAUMARTIN⁸⁵⁰ et CHEVROL⁸⁵¹ rendus par la Cour EDH, il ne peut plus avoir recours à l'interprétation fournie par le pouvoir exécutif. Cette jurisprudence européenne a été entendue par la Cour de cassation, qui, moins d'un an après l'arrêt BEAUMARTIN, a renoncé, dans sa décision BANQUE AFRICAINE DE DEVELOPPEMENT⁸⁵², « au renvoi en interprétation des traités auprès de l'exécutif »⁸⁵³.

Cependant, les organes supranationaux de contrôle disposent également d'une compétence interprétative. Ce partage du rôle d'interprète peut susciter des divergences, qui ne seront éteintes que par le dialogue des juges. Ainsi, la Cour de cassation n'exerce plus souverainement son pouvoir d'interprétation, étant parfois amenée à transposer les raisonnements interprétatifs construits par les organes supranationaux de contrôle. Le droit prétorien élaboré en ce sens s'inscrit dans une démarche de coordination de tous les acteurs chargés de veiller au respect des droits de l'Homme.

363. Le justiciable se prévalant d'une disposition conventionnelle s'appuie parfois explicitement sur les interprétations fournies par les organes supranationaux de contrôle⁸⁵⁴. Le plus souvent, il n'y fait pas expressément référence, mais suppose que la Haute juridiction interprètera le texte conformément à l'interprétation retenue par l'organe de contrôle. La Cour de cassation ne se plie pas toujours à cette exigence. Si elle élabore désormais une jurisprudence globalement conforme aux exigences posées par la Cour EDH, force est de constater certains hiatus. En outre, les interprétations fournies par les autres organes supranationaux de contrôle ne semblent pas profiter aux arrêts rendus par la juridiction suprême de l'ordre judiciaire.

364. Afin que le juge de cassation accepte de se conformer à la chose interprétée, il faut rechercher les fondements lui imposant d'appliquer ce mécanisme de justiciabilité aux interprétations supranationales (§1) et étudier sa mise en œuvre (§2).

⁸⁵⁰ Rendu contre la France le 24 novembre 1994, Série A, n°296B.

⁸⁵¹ Rendu contre la France le 12 février 2003, RTDCiv. 2003, note LIBCHABER (Remy), p 572.

⁸⁵² Civ. 1^{re}, 19 décembre 1995, Bull. civ. I, n°470, p 326.

⁸⁵³ ALLAND (Denis), *Jamais, parfois, toujours. Réflexions sur la compétence de la Cour de cassation en matière d'interprétation des conventions internationales*, RGDIP, 1996, vol III, p 599 (spécialement p 601).

⁸⁵⁴ Pour des arrêts récents voir : Crim. 4 avril 2006, pourvoi n°06-80748 (inédit) ; 18 janvier 2006, pourvoi n°05-86445 (inédit) ; 14 décembre 2005, pourvois n°04-84337, 04-85084 et 04-85085 (inédits) : ces arrêts sont disponibles sur le site internet Légifrance.

§1- Les fondements de l’invocabilité d’interprétation conforme à la chose interprétée

365. L’invocabilité d’interprétation conforme du droit national, telle qu’elle a été définie par la jurisprudence communautaire, a pour vocation de préserver l’effet utile des traités et d’assurer leur primauté⁸⁵⁵. L’invocabilité d’interprétation conforme à la chose interprétée par les organes supranationaux de contrôle s’inscrit dans une démarche différente puisque la disposition conventionnelle, qui va être interprétée par le juge national, dispose déjà de la primauté et peut être appliquée grâce à un mécanisme de justiciabilité adapté. Inversement, les objectifs des deux formes d’invocabilité d’interprétation conforme se rejoignent car l’invocabilité d’interprétation conforme à la chose interprétée garantit également l’effet utile du traité. En effet, les organes supranationaux de contrôle chargés de ‘l’interprétation première’ ou authentique, qu’il convient de transposer, ont été institués par les engagements conventionnels.

366. En revanche, l’obligation pour le juge de cassation de se conformer à l’interprétation supranationale doit être encore précisée. Pour ce faire, il faut opérer une distinction entre les organes supranationaux. En effet, les arrêts de la Cour EDH bénéficient d’une double autorité de la chose jugée (article 46 de la CEDH) et de la chose interprétée (article 32 de la CEDH). Selon Monsieur DELISCOSTOPOULOS, seul le mécanisme du précédent permet de rendre compte l’autorité de la chose jugée et interprétée et de commander une transposition adéquate de la solution par le juge national⁸⁵⁶ (A). Au contraire, les autres organes de contrôle fournissent des interprétations qui ne disposent d’aucune force obligatoire. Pour autant, elles bénéficient d’une autorité de fait qui impose également leur réception judiciaire (B).

A- L’autorité du précédent rendu par la Cour européenne des droits de l’Homme

367. La problématique de la justiciabilité des interprétations fournies par la Cour EDH est embarrassante en raison du caractère individuel et déclaratoire pour l’essentiel des arrêts de la Cour EDH. Les interprétations fournies n’étant pas tenues, au sens de la CEDH, de déborder le cas d’espèce, il devient délicat d’imposer au juge de cassation une invocabilité d’interprétation conforme à la chose interprétée.

368. Pourtant, la jurisprudence de la Cour EDH, épaulée par une doctrine ambitieuse, permet de justifier la mise en œuvre de ce mécanisme de justiciabilité au bénéfice des arrêts de la Cour EDH.

⁸⁵⁵ Ce Titre, CI, Section II, §1, A.

⁸⁵⁶ S. DELICOSTOPOULOS (Ioannis), *Le procès civil à l’épreuve du droit processuel*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 401, 2003, Paris, n° 191 et 192.

La Cour EDH combat l'effet simplement individuel de ses arrêts en dégagant un caractère *erga omnes* de ses décisions, alors même que la CEDH ne l'envisage pas⁸⁵⁷. En effet, il est souhaitable que les juridictions internes tiennent compte de ses interprétations au delà des cas d'espèces soumis à son contrôle. La solution européenne ne doit pas se limiter à un « *jugement sanction* », mais prospérer au travers de l'idée que le jugement constitue également un « *événement* »⁸⁵⁸.

Les effets de l'arrêt VERMEIRE se rattachent aussi bien à l'autorité de la chose jugée – puisqu'il revenait à tous les organes de l'Etat, y compris les juridictions, de tirer les conséquences de la première condamnation – qu'à l'autorité de la chose interprétée. D'ailleurs, à l'occasion de son arrêt GRANT contre Royaume-Uni du 23 mai 2006⁸⁵⁹, la Cour ajuste cette autorité. En effet, dans l'affaire GOODWIN contre Royaume-Uni du 11 juillet 2002⁸⁶⁰, la Cour EDH procède à un revirement de jurisprudence⁸⁶¹, imposant désormais à l'Etat de reconnaître juridiquement l'identité nouvelle du transsexuel. Cette décision engendre des répercussions, notamment sur le fondement du droit au respect de la vie privée. Désormais l'Etat doit modifier le sexe du transsexuel sur les registres de naissance et en tirer les conséquences dans les domaines de l'emploi, de la sécurité sociale et des pensions. Le Royaume-Uni respecte cette décision en modifiant la situation juridique des transsexuels par le Gender Recognition Act de 2004. Toutefois, la Cour considère, dans l'arrêt GRANT, que les requérants, n'ayant pas bénéficié des conclusions de l'arrêt GOODWIN durant la période s'étalant de la solution européenne jusqu'à la réforme législative, peuvent se prévaloir de la qualité de victime. Une transsexuelle s'étant vu refuser les droits de retraite applicables aux femmes durant cette période a subi une violation de son droit au respect de la vie privée. L'Etat doit immédiatement tirer les conséquences de l'autorité de la chose jugée et interprétée par la Cour EDH dans l'arrêt GOODWIN, alors même qu'une loi est en cours d'examen.

L'autorité de la chose interprétée doit produire toute son efficacité également à l'égard des Etats qui ne sont pas parties au litige, afin que ces derniers ne reproduisent pas, à l'avenir, les erreurs commises par les autres signataires du traité.

Ainsi, la Cour EDH a pris le soin de préciser, dans son arrêt Irlande contre Royaume Uni⁸⁶², que les solutions qu'elle dégage « ...servent à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention, et à contribuer de la sorte au respect, par les Etats, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes ». Le choix des termes employés par la Cour EDH renforce la démarche générale de son œuvre interprétative. Tirant les conséquences de cette affirmation, la Cour

⁸⁵⁷ ABRAHAM (Ronny), *La France devant les juridictions européennes* in *Les cours européennes de Luxembourg et Strasbourg*, Revue Pouvoirs, n°96, Janvier 2001, p 143 (spécialement p 158).

⁸⁵⁸ S. DELICOSTOPOULOS (Ioannis), Op. Cit. n°191-193.

⁸⁵⁹ Requête n°32570/03, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

⁸⁶⁰ LEVINET (Michel), *GA CourEDH*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris, n°42, p 219.

⁸⁶¹ Eu égard à son arrêt REES contre Royaume Uni du 17 octobre 1986, Série A n°106.

⁸⁶² Du 18 janvier 1978, série A n°25.

condamne Chypre, dans son affaire MODINOS⁸⁶³, car l'Etat a maintenu une législation condamnant pénalement les relations homosexuelles entre adultes consentants alors que ce type de législation avait été déclaré contraire à la CEDH, dans son arrêt DUDGEON⁸⁶⁴. Ainsi, les interprétations fournies à l'occasion d'un arrêt de la Cour EDH s'envisage *inter partes* par la voie combinée de l'autorité de la chose jugée et interprétée. En outre, l'autorité de la décision se traduit également *erga omnes*.

369. Il reste alors à déterminer sur quel fondement les juridictions nationales doivent prendre en compte, pour l'avenir, les enseignements tirés de la jurisprudence strasbourgeoise. Certains auteurs ont avancé l'idée que l'autorité des arrêts de la Cour EDH était une « *autorité de fait* »⁸⁶⁵ ou une « *obligation déontologique d'appliquer les décisions qui ont condamné l'Etat au nom duquel il rend la justice* », tout en précisant que cette « *obligation ne saurait être limitée aux juges de l'Etat défendeur à la procédure devant la Cour européenne : le juge d'un Etat tiers qui résiste à la jurisprudence de la Cour européenne, risque fort de permettre la mise en jeu de la responsabilité européenne de son propre Etat par un justiciable insatisfait, si la situation juridique présente des éléments similaires...* »⁸⁶⁶. Plus généralement, la doctrine considère que les arrêts de la Cour EDH bénéficient de l'autorité de la chose interprétée, qui se distingue de l'autorité de la chose jugée⁸⁶⁷, ceci signifiant que la jurisprudence, sur le fondement de l'article 32, s'unit à la disposition conventionnelle⁸⁶⁸. Cette autorité interprétative imposerait au juge interne d'envisager la conventionnalité de son droit à la lumière du traité interprété par la juridiction strasbourgeoise⁸⁶⁹ et garantirait ainsi l'effectivité des arrêts de la Cour EDH⁸⁷⁰. Toutefois, le caractère *erga omnes* des

⁸⁶³ Arrêt du 22 avril 1993, Série A.259, §20-24.

⁸⁶⁴ Arrêt DUDGEON contre Royaume Uni du 22 octobre 1981, série A, n°45.

⁸⁶⁵ MANIN (Philippe), *Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises* in *Les Cours européennes de Luxembourg et de Strasbourg*, Revue Pouvoirs n°96, janvier 2001, p 51 (plus particulièrement p 56) ; VELU (Jacques), *A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : vue de droit comparé sur les évolutions en cours* in *Nouveaux itinéraires en droit, hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, Bruxelles, p 527 (plus spécialement p 529).

⁸⁶⁶ FRICERO (Nathalie), *La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, un nouvel instrument de régulation de l'éthique du juge judiciaire* in *La procédure dans tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, PA, 2004, Paris, p 229 (spécialement p 233).

⁸⁶⁷ VELU (Jacques), *A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : vue de droit comparé sur les évolutions en cours* in *Nouveaux itinéraires en droit, hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, Bruxelles, p 527 (plus spécialement p 533) ; COHEN-JONATHAN (Gérard), *Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* in *Liber Amicorum Marc-André EISSEN*, Bruylant, 1995, Bruxelles, p 39.

⁸⁶⁸ LAMBERT (Elisabeth), *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 1999, Bruxelles, p 319 ; CLAUDE (Virginie), *L'interprétation consensuelle de la Convention européenne des droits de l'homme*, Mémoire de DEA de droit communautaire et européen, sous la direction de Frédéric SUDRE, IEDH, 1998, Montpellier, p 71.

⁸⁶⁹ COHEN-JONATHAN (Gérard), *La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français* in *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974 -1992*, Ouvrage sous la direction de Frédéric SUDRE, Editions N.P. Engel. Kehl. Strasbourg. Arlington, 1994, p 1 et suivantes (plus spécialement p 14 et suivantes) ; également BILLAU (Marc), Op. Cit.

⁸⁷⁰ ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), *L'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et ses conséquences* in *L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Colloque organisé les 30 et 31 mars 2006, par l'OMIJ, Faculté de droit et de sciences économiques de Limoges, actes à paraître.

interprétations fournies par la Cour EDH divise certains auteurs, cet effet étant rattaché soit à l'autorité de la chose jugée⁸⁷¹, soit à la force du précédent⁸⁷².

370. Selon Monsieur DELISCOSTOPOULOS, seul le mécanisme du précédent permet d'embrasser la double autorité, de la chose jugée et interprétée, des arrêts de la Cour EDH. Par ailleurs, il ne se heurte pas à l'absence de hiérarchie entre les juridictions et maintient leur dialogue. Ainsi, sont prises en compte tant la violation de la CEDH par un Etat que l'interprétation objective des dispositions conventionnelles. Pour parvenir à mettre en œuvre le précédent invoqué, le juge national devrait comparer les faits des espèces et faire ressortir la *ratio decidendi* transposable. L'analogie des faits justifierait l'application de la solution juridique dégagée par la juridiction strasbourgeoise⁸⁷³.

371. L'idée que l'autorité des arrêts de la Cour EDH se rattacherait à la force du précédent découle de la jurisprudence⁸⁷⁴, en particulier de l'arrêt CHAPMAN contre Royaume Uni du 18 janvier 2001⁸⁷⁵. Selon les juges strasbourgeois, « *sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, la Cour considère qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents...* ». Certes, il serait possible d'objecter que la Cour se réfère à l'affaire BUKCLEY contre Royaume Uni du 25 septembre 1996⁸⁷⁶. Ce renvoi au précédent se produit dans le cadre d'affaires concernant le même Etat. Néanmoins, la formule générale utilisée par la Cour (« *des précédents* ») n'accrédite pas cette analyse.

372. L'autorité du précédent est renforcée par « *l'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme* »⁸⁷⁷ qui facilite incontestablement sa transposition par les juridictions nationales. Originellement, la Cour EDH ne statue qu'à l'égard du cas particulier soumis à son contrôle. Les arrêts bénéficient donc d'une portée individuelle. Cependant, la solution ne dispose que d'un caractère déclaratoire et la juridiction strasbourgeoise ne peut annuler la décision, réformer la loi d'où procéderait la violation. Ainsi, les Etats demeurent, en principe, libres de choisir les moyens permettant de remédier à la violation des droits de l'individu. En principe, car la Cour EDH développe désormais une jurisprudence par laquelle elle indique les mesures qui permettraient à l'Etat défendeur de mettre fin à la violation des droits de

⁸⁷¹ ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), Op. Cit.

⁸⁷² S. DELICOSTOPOULOS (Ioannis), Op. Cit. n°200 et 204.

⁸⁷³ S. DELICOSTOPOULOS (Ioannis), Op. Cit. n°195-203.

⁸⁷⁴ DUBOS (Olivier), *L'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme à la lumière de l'autorité des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes* in *L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Colloque organisé les 30 et 31 mars 2006, par l'OMIJ, Faculté de droit et de sciences économiques de Limoges, actes à paraître.

⁸⁷⁵ Site internet de la Cour EDH, requête n°27238/95 ; §70 de l'arrêt.

⁸⁷⁶ Site internet de la Cour EDH, requête n°23/1995/529/615.

⁸⁷⁷ LAZAUD (Frédéric), *L'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme (lecture de l'arrêt Broniowski à la lumière du protocole 14)*, RRJ 2005-2, p 913.

l'Homme⁸⁷⁸. En effet, la Cour EDH a déjà esquissé un contrôle objectif de la conventionnalité des lois nationales, permettant ainsi de dégager les conséquences de ses solutions d'espèces⁸⁷⁹. Par exemple, dans son arrêt XENIDES-ARESTIS contre Turquie du 22 décembre 2005, la juridiction strasbourgeoise n'hésite pas à enjoindre à l'Etat d'ouvrir un recours permettant à la requérante aux autres individus placés dans une situation similaire d'obtenir réparation⁸⁸⁰. Surtout, cette objectivisation se dessine particulièrement à la lecture des arrêts pilotes récemment rendus par la Cour EDH⁸⁸¹. Cette nouvelle procédure permet à la juridiction strasbourgeoise de traiter les problèmes systémiques ou structurels constatés dans les ordres juridiques nationaux. A l'occasion d'une requête individuelle, la Cour EDH expose les mesures générales et individuelles qu'il conviendrait de prendre afin de faire cesser la violation des droits de l'Homme subie par de multiples victimes et gèle les affaires pendantes dans l'attente d'une mise en œuvre de ces mesures⁸⁸².

⁸⁷⁸ Dans l'affaire ASSANIDZE contre Géorgie, du 8 avril 2004, requête n°71503/01, la Cour indique que seule une remise en liberté du requérant dans de brefs délais permet d'éteindre la violation de ses droits. De même, dans un arrêt ILASCU contre Moldova et Russie, du 8 juillet 2004, requête n°48787/99, elle préconise la libération de requérant comme seule mesure permettant la cessation de la violation.

⁸⁷⁹ Dans l'arrêt LAMBERT contre France, requête 88/1997/872/1084 : la Cour offre un bon point de conventionnalité à la loi française relative aux écoutes téléphoniques, tout en constatant que son inapplicabilité décidée par la Cour de cassation, lorsque l'interception s'opère sur la ligne d'un tiers, risquerait de vider la loi de sa substance : Voir MARGUENAUD (Jean-Pierre), RTDCiv. 1998, p 995. Egalement dans l'arrêt THLIMMENOS contre Grèce, 6 avril 2000, requête n°34369/97, la Cour EDH affirme qu'elle n'a jamais exclu de constater qu'un texte emportait directement violation de la CEDH (§48 de l'arrêt) : MARGUENAUD (Jean-Pierre), RTDCiv. 2000, p 434. Arrêts disponibles sur le site internet de la Cour EDH. En outre, dans un arrêt KARNER contre Autriche, du 24 juillet 2003, la Cour EDH n'hésite pas à consacrer l'*actio popularis*. En l'espèce un requérant homosexuel discriminé dans son droit au respect de la vie privée était décédé durant l'instance. La juridiction strasbourgeoise a, néanmoins, examiné la requête s'estimant compétente à statuer sur les situations individuelles qui emporteraient violation de la CEDH, mais également sur des questions de principe. Cette solution conduit le Professeur MARGUENAUD à considérer qu' « on assiste donc à une lente mais profonde transformation de la nature du contentieux européen qui, en se déplaçant du plan individuel au plan général, se fait de moins en moins subjectif pour devenir de plus en plus objectif » : RTDCiv 2003, p 764.

⁸⁸⁰ Requête n°46347/99 : « La Cour estime que l'Etat défendeur doit mettre en place un recours qui garantisse véritablement une réparation effective des violations de la Convention constatées en l'espèce dans le chef de la présente requérante, mais aussi dans toutes les affaires similaires pendantes devant elle, suivant les principes de protection des droits énoncés dans les articles 8 de la Convention et 1 du Protocole n° 1 et conformément à sa décision sur la recevabilité du 14 mars 2005. Ce recours devra être disponible dans les trois mois à compter de la date du prononcé du présent arrêt et une réparation devra être fournie dans les trois mois suivants. » §40 disponible sur le site internet de la Cour EDH. La Cour n'évoque pas explicitement, dans cet arrêt, la procédure "d'arrêt pilote", même si elle constate que de nombreuses affaires pendantes sont similaires. En particulier, elle n'ajourne pas l'examen des requêtes similaires.

⁸⁸¹ Arrêts BRONIOWSKI contre Pologne, 22 juin 2004, requête n°31443/96 ; SEJDOVIC contre Italie du 10 novembre 2004, requête n°56581/00 ; HUTTEN-CZAPSKA contre Pologne du 22 février 2005, requête n°35014/97, arrêts disponibles sur le site internet de la Cour EDH. Cette dernière affaire a donné lieu à un renvoi devant la Grande Chambre de la Cour EDH. Dans son arrêt du 19 juin 2006, la Cour précise que la procédure "d'arrêt pilote" a vocation à être mise en œuvre. Elle spécifie, d'ailleurs, que si seule 18 affaires, portant sur la même question, sont actuellement inscrite au rôle, elle doit prendre en considération, afin de déterminer si la violation est systémique ou structurelle « le flux d'affaires susceptible d'être portées à l'avenir devant elle... » : §236 de l'arrêt, requête n°35014/97.

⁸⁸² Sur la procédure "d'arrêt pilote" voir : SZYMCZAK (David), *L'arrêt pilote : un remède efficace contre l'engorgement du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme...à condition de bien lire la notice !* JCP A 2006, 1111, p 661 ; BRIBOSIA (Emmanuelle), *La prévention des affaires répétitives et les arrêts pilotes in L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Colloque organisé les 30 et 31 mars 2006, par l'OMIJ, Faculté de droit et de sciences économiques de Limoges, actes à paraître ; LAMBERT-

La Cour EDH veut favoriser la diffusion et la compréhension de sa jurisprudence. Dans l'affaire SCORDINO (1) contre Italie du 29 mars 2006⁸⁸³, plusieurs Etats, tiers intervenants, interrogeaient la juridiction strasbourgeoise sur la portée de ses arrêts à l'égard des violations du délai raisonnable. Démontrant sa volonté de tendre vers une harmonisation des solutions nationales, la Cour EDH fait œuvre pédagogique. Elle répond à ces interrogations, en justifiant ses solutions, avant même de se pencher sur le cas individuel soumis à son contrôle.

373. La force du précédent, combinant l'autorité de la chose interprétée et de la chose jugée, justifie la transposition des interprétations fournies par la Cour EDH. Elle se matérialisera par la mise en œuvre de l'invocabilité d'interprétation conforme. La disposition conventionnelle sera appliquée en considération de l'œuvre interprétative supranationale qui lui est attachée. En outre, par-delà l'autorité des arrêts rendus par la Cour EDH, le juge de cassation doit procéder à cette réception judiciaire des interprétations afin de préserver l'Etat d'une multiplication des condamnations. Cette volonté le guidera également à envisager l'autorité de fait des interprétations fournies par d'autres organes de contrôle supranationaux.

B- L'autorité de fait des interprétations fournies par les autres organes supranationaux de contrôle

374. La plupart des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme instituent des organes compétents afin d'interpréter les dispositions conventionnelles. Parfois, ils disposent des pouvoirs leur permettant de recevoir des recours individuels ou collectifs. Au fil de leurs décisions individuelles ou de leurs interprétations *erga omnes*, ils ont élaborés une œuvre interprétative d'une grande richesse. Ces organes, le plus souvent nommés Comités, ne bénéficient pas de l'autorité de la Cour EDH, ils ne peuvent être qualifiés de juridictions. Leurs interprétations, alors même qu'elles résulteraient de recours individuels ou collectifs, ne disposent pas de l'autorité de la chose jugée. Néanmoins, elles apportent un éclairage nouveau aux droits consacrés, les enrichissant, en définissant la portée.

375. La détermination de l'autorité, qui permettra à ces interprétations d'emprunter le mécanisme de justiciabilité de l'invocabilité d'interprétation conforme, est rendue délicate par l'immense diversité des supports interprétatifs et l'inégalité des pouvoirs réservés aux Comités.

ABDELGAWAD (Elisabeth), *La Cour européenne au secours du Comité des Ministres pour une meilleure exécution des arrêts « pilotes »*, RTDH 2005, p 203 ; SUDRE (Frédéric), RDP 2005-3, p 758 ; FLAUSS (Jean-François), AJDA 2006, p 466 ; TAVERNIER (Paul), JDI 2005, n°2, p 544.

⁸⁸³ Requête n°36813/97, disponible sur le site internet de la Cour EDH : §166 et suivants de l'arrêt concernant les tierces interventions et §173 relativement à la réponse de la Cour EDH.

Au sein des Nations Unies, les compétences des Comités sont variées⁸⁸⁴. Certains ne peuvent examiner que les rapports élaborés par les Etats, d'autres sont compétents pour accueillir des recours individuels. Tous, à l'exception du Comité des droits économiques sociaux et culturels⁸⁸⁵, ont été institués par voie conventionnelle, renforçant ainsi l'idée que les Etats leur ont délégués les compétences d'interprétations.

Le Comité européen des droits sociaux est compétent pour examiner les rapports fournis par les Etats⁸⁸⁶. Il peut, désormais, recevoir les réclamations émanant des organisations d'employeurs et de travailleurs participant, à titre consultatif, aux travaux du Comité gouvernemental et celles des organisations non gouvernementales, habilités, après sélection, à déposer des réclamations et des organisations nationales d'employeurs et de travailleurs représentatives⁸⁸⁷.

376. Si ces organes disposent d'une certaine autorité, elle n'est pas comparable à celle de la Cour EDH. Il s'agit, en réalité, de « *systèmes de contrôle non judiciaire* »⁸⁸⁸, permettant, simplement, d'émettre des recommandations à l'attention des Etats.

377. Toutefois, un organe supranational de contrôle tente de se judiciairiser en élaborant une jurisprudence audacieuse. Il mérite une attention particulière. La quatrième partie du PIDCP institue le CDH, qui, en vertu de l'article 40 du Pacte, a pour mission d'examiner les rapports que les Etats parties doivent lui présenter⁸⁸⁹. Un protocole facultatif se rapportant au PIDCP a également été adopté le 16 décembre 1966⁸⁹⁰. Il permet à un Etat partie de reconnaître au CDH compétence pour recevoir et examiner des communications individuelles émanant de particuliers relevant de sa juridiction et se prétendant victime d'une violation de l'un des droits énoncés par le PIDCP⁸⁹¹.

⁸⁸⁴ TISTOUNET (Eric), *Amélioration des procédures conventionnelles des Nations Unies en matière de droits de l'homme*, RUDH, 1995, Doctrine p 145.

⁸⁸⁵ TEXIER (Philippe), *La France et les Pactes des Nations Unies* in THIERRY (Hubert) et DECAUX (Emmanuel), *La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, colloque des 12 et 13 octobre 1989, Cahiers de la CEDIN, Montchrestien, p 183 ; par le même auteur, *La garantie des droits sociaux par le Comité des droits sociaux, économiques et culturels* in *Juger les droits sociaux*, Colloque organisé par l'association Adeage, le 19 octobre 2001, Les chroniques de l'OMIJ n°2, Pulim, 2004, Limoges, p 107 ; TURP (Daniel), *Le contrôle du respect du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mélanges Michel VIRALLY, Pedone, 1990, Paris, p 483.

⁸⁸⁶ RENUCCI (Jean-François), *Droit européen des droits de l'homme*, manuel LGDJ, 2ème édition, 2000, Paris, n°140, p 580, n°457 à 460.

⁸⁸⁷ SUDRE (Frédéric), *Le protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives*, RGDIP, 1996, vol 2, p 715.

⁸⁸⁸ VALTICOS (Nicolas), *Les systèmes de contrôle non judiciaire des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, in *Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Mélanges offerts à Polys MODINOS, Pedone, 1968, Paris, p 331.

⁸⁸⁹ DECAUX (Emmanuel), *La mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, RGDIP, 1980, p 487.

⁸⁹⁰ Ce protocole additionnel est entré en vigueur le 23 mars 1976.

⁸⁹¹ TISTOUNET (Eric), *Rapport sur la nature et les activités du Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, RTDH, 1989, p 50 ; COHEN JONATHAN (Gérard), *Quelques observations sur le Comité des droits de*

Les constatations résultant des communications individuelles n'ont pas force obligatoire, le CDH n'ayant pas de compétence juridictionnelle, elles ne revêtent pas l'autorité de la chose jugée. Dépourvues de cet effet juridique⁸⁹², les Etats peuvent se contenter de prendre acte des constatations de violation. Cependant, l'organe de contrôle onusien a, au fil de ses décisions, tenté de surmonter ce handicap en renforçant son autorité. Le Professeur SUDRE évoque aujourd'hui l'autorité de la « chose constatée » par le CDH⁸⁹³. Cette autorité a été acquise au prix d'une pratique quasi judiciaire.

En effet, face aux reproches des justiciables se considérant comme désœuvrés une fois l'examen du fond de l'affaire achevé, le CDH a décidé de judiciariser⁸⁹⁴ sa procédure en désignant, lors de sa 38^{ème} session, un rapporteur spécial chargé de « *systematiser les demandes de renseignements concernant la suite donnée par les Etats aux constatations du Comité* ». Plus encore, lors de sa 39^{ème} session, le CDH a nommé un rapporteur spécial recommandant aux Etats de justifier de la suite donnée aux plaintes dans lesquelles les victimes prétendaient ne pas avoir bénéficié d'un recours utile⁸⁹⁵.

Il a, par ailleurs, dans sa décision Peter BRADSHAW contre Barbade, considéré que : « *L'Etat partie est tenu d'adopter des mesures appropriées pour donner juridiquement effet aux constatations du Comité en ce qui concerne l'interprétation et l'application du Pacte dans des cas particuliers soumis au titre du Protocole facultatif* »⁸⁹⁶. Il insiste sur la nécessité de donner « *un effet juridique* » à ses constatations « *concernant l'interprétation et l'application du Pacte* »⁸⁹⁷.

Il a également rappelé, dans l'affaire HOPU contre France que « *...l'Etat partie est tenu de protéger effectivement les droits des auteurs et de veiller à ce que les violations analogues ne se reproduisent pas à l'avenir* »⁸⁹⁸. De plus, le Comité souhaite que ses constatations aient une portée générale puisque, dans sa décision McINTYRE contre Canada⁸⁹⁹, il n'hésite pas à enjoindre à l'Etat de modifier sa loi. Ainsi, le CDH tend à garantir à ses constatations un

l'homme des Nations Unies in Humanité et droit international, Mélanges Jean-René DUPUY, Pedone, 1991 Paris, p 83.

⁸⁹² SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, p 654.

⁸⁹³ SUDRE (Frédéric), Op. Cit.

⁸⁹⁴ DHOMMEAUX (Jean), *Le Comité des droits de l'homme : 25 ans d'expérience in Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Tome 1, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 653. Le professeur DHOMMEAUX suggère « *...une juridictionnalisation de plus en plus poussée des activités du Comité* » (spécialement p 656) ; COHEN-JONATHAN (Gérard), *L'évolution du droit international des droits de l'homme in Mélanges offerts à Hubert THIERRY, L'évolution du droit international*, Pedone, 1998, Paris, p 107 (p 121, le Professeur COHEN-JONATHAN évoque une « *méthode d'examen quasi juridictionnelle* »).

⁸⁹⁵ DE ZAYAS (Alfred), *Les procédures de communications individuelles devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, RTDH 1990, p 339.

⁸⁹⁶ Décision du 19 juillet 1994, Communication n°489/1992, site internet ONU.

⁸⁹⁷ CDH, constatation Denzil ROBERTS contre Barbade, 19 juillet 1994, n°504/1992, site internet de l'ONU

⁸⁹⁸ Décision du 29 juillet 1997, Communication n°594/1993, RTDH 1998, p 27.

⁸⁹⁹ Décision du 31 mars 1993, Communication n°385/1989, RTDH 1993, p 156.

caractère général, précédant la Cour EDH dans sa quête d'objectivisation du contentieux. Il précise « *les conséquences que l'Etat doit tirer du manquement constaté* »⁹⁰⁰.

Ainsi, qu'il s'agisse de la recevabilité des requêtes ou de l'efficacité de ses décisions, le CDH met tout en œuvre pour que ces constatations ne demeurent pas lettre morte. Il s'appuie sur une « *autonomie organique* » en adoptant ses propres méthodes d'interprétation du traité⁹⁰¹. Certes, ces constatations sont dépourvues de force obligatoire, mais l'autorité de la chose interprétée et constatée, telle qu'elle peut être dégagée de la jurisprudence du Comité se rapproche incontestablement de l'autorité que revêtaient les premiers arrêts de la Cour EDH. Le caractère quasi juridictionnel du CDH doit être constaté⁹⁰².

378. L'objectivisation de l'interprétation découle également de la pratique des observations générales. Le CDH a décidé d'élaborer des observations générales – pratique étendue à tous les Comités onusiens – afin de faire bénéficier aux Etats de son expérience et d'attirer leur attention sur les insuffisances que font apparaître grand nombre de rapports. Ces observations générales sont considérées comme une source majeure d'interprétation des dispositions du PIDCP⁹⁰³. Cette interprétation est applicable à tous et déborde largement les solutions individuelles fournies par les constatations ou les rapports.

379. Face à ce considérable travail interprétatif, certains auteurs ont tenté de définir l'autorité des interprétations fournies par ces organes supranationaux de contrôle.

Selon le Professeur COHEN-JONATHAN, les Etats ayant reconnu la compétence interprétative de ces organes de contrôle, il est possible de considérer que l'interprétation emprunte son caractère contraignant aux dispositions conventionnelles⁹⁰⁴.

Pour le Professeur WACHSMANN, l'article 26 de la Convention de Vienne impose l'obligation d'exécuter les traités de bonne foi⁹⁰⁵. Ainsi, bien que les interprétations fournies

⁹⁰⁰ COHEN-JONATHAN (Gérard), *Intervention lors de la journée de réflexion au Palais des droits de l'homme de Strasbourg sur l'efficacité du système de la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDH 2000, p 637 (spécialement p 639) ; *Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* in Liber Amicorum Marc-André EISSEN, Bruylant, 1995, Bruxelles, p 39 (spécialement p 43).

⁹⁰¹ DHOMMEAUX (Jean), *Le Comité des droits de l'homme : 25 ans d'expérience* in *Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Tome 1, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 653. L'auteur évoque une interprétation « *autonome, holiste et vivante du Pacte* » (p 666).

⁹⁰² Qui est le plus souvent reconnue au CDH : COHEN-JONATHAN, *Quelques observations sur le CDH des Nations Unies in Humanité et droit international*, Mélanges Jean-René DUPUY, Pedone, 1991, Paris, p 83.

⁹⁰³ TISTOUNET (Eric), *Rapport sur la nature et les activités du Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, RTDH, 1989, p 50.

⁹⁰⁴ COHEN-JONATHAN (Gérard), *Les droits de l'homme et l'évolution du droit international* in *Clés pour l'avenir*, Dalloz, 2000, Paris, p 611 (p 629, note n°34).

⁹⁰⁵ WACHSMANN (Patrick), *Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme*, in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 157.

par les Comités résultent d'un contrôle non juridictionnel⁹⁰⁶ et que les conclusions qui en découlent ne soient pas juridiquement contraignantes⁹⁰⁷, les Etats doivent s'y soumettre.

380. Plus largement, les interprétations fournies par les organes supranationaux de contrôle sont le fruit d'un pouvoir qui leur a été attribué par les Hautes parties contractantes. Ces interprétations font foi et peuvent, tout autant que les arrêts de la Cour EDH, bénéficier de l'autorité de la chose interprétée. Si l'absence d'effet obligatoire entrave leur transposition, cette dernière est néanmoins renforcée par le "bon sens" juridique. En effet, le caractère objectif des droits de l'Homme peut venir en renfort de ces interprétations. L'Homme étant au centre des préoccupations des organes supranationaux, il est difficilement concevable que les Etats et leurs représentants, au premier rang desquels se situent les juridictions nationales, refusent de tirer les enseignements des interprétations fournies.

381. La chose interprétée par les organes supranationaux de contrôle bénéficie au moins d'une autorité de fait. Les interprétations doivent, tout autant que les précédents rendus par la Cour EDH, faire l'objet d'une réception judiciaire par la Cour de cassation grâce à l'invocabilité d'interprétation conforme.

§2- La mise en œuvre de l'invocabilité d'interprétation conforme à la chose interprétée

382. Le mécanisme d'invocabilité d'interprétation conforme à la chose interprétée va permettre à la Cour de cassation de rendre justiciables toutes les interprétations supranationales pertinentes pour la résolution du litige. La Haute juridiction, dans le premier temps de son raisonnement, va rechercher la disposition conventionnelle applicable en retenant un mécanisme de justiciabilité qui lui sera propre. Dans un second temps, elle interprètera cette disposition conventionnelle conformément à l'interprétation fournie par les organes supranationaux de contrôle.

383. Ce raisonnement peut s'appliquer dès lors que le justiciable invoque la disposition conventionnelle. Peu importe qu'il se réfère spécifiquement à une interprétation, cette démarche doit être considérée comme implicite, puisqu'au regard de l'autorité de la chose interprétée, l'interprétation est "agglomérée" à la disposition conventionnelle. En revanche, la multiplication des organes supranationaux de contrôle peut placer la Cour dans une situation délicate. En effet, les parties peuvent invoquer diverses interprétations supranationales et il reviendra à la Haute juridiction de déterminer celle qui est la plus pertinente au regard de la cause qui lui est soumise.

⁹⁰⁶ SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, n°354 et suivants.

⁹⁰⁷ SCHMIDT (Markus G.), *Portée et suivi des constatations du Comité des droits de l'homme des Nations Unies* in *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, sous la direction de Frédéric SUDRE, IEDH, 1995, Montpellier, p 157.

384. Aujourd'hui, la Cour de cassation transpose, le plus souvent, les interprétations fournies par la Cour EDH. A cette fin, elle a créé, en 2002, un Observatoire du droit européen qui permet, grâce à une veille bimestrielle, d'informer les magistrats des évolutions du droit communautaire et du droit européen des droits de l'Homme⁹⁰⁸. Cette structure élabore également des articles portant sur des thèmes particulièrement importants en droit européen⁹⁰⁹. Le service de documentation et d'études de la Cour de cassation s'associe, également, à la diffusion de la jurisprudence, élaborée par la Cour de cassation, sur le fondement de la CEDH⁹¹⁰. La Haute juridiction a compris que ses décisions « *ne sont pas souveraines* » car placées sous la « *dépendance d'une juridiction supranationale* »⁹¹¹, bien qu'il n'existe aucun lien hiérarchique. La Cour de cassation s'est inscrite dans une logique de dialogue avec la Cour EDH⁹¹², qui repose sur « *l'idée de coopération entre ces juridictions* »⁹¹³. Cette conversation des juges ne révèle pourtant pas un caractère de systématisme et ne préside pas dans les rapports avec les autres organes supranationaux de contrôle. La Cour de cassation s'inscrit donc dans une démarche inconstante (A) qu'il convient de rationaliser (B).

A- L'inconstance de la Cour de cassation dans la transposition des interprétations supranationales

385. Les juges nationaux, en particulier suprêmes, peuvent parfois reprocher à la Cour EDH d'emprunter « *une attitude de supérieur hiérarchique* »⁹¹⁴ s'inscrivant difficilement dans une démarche de dialogue. Par réaction, une résistance a pu s'organiser à la Cour de cassation et, bien que son Président s'en défende⁹¹⁵, certains soubresauts peuvent encore être remarqués. En outre, la Haute juridiction ne tient pas compte des interprétations fournies par les autres organes supranationaux de contrôle. La jurisprudence actuelle de la Cour de cassation démontre que les réflexes souverainistes à l'égard de la juridiction strasbourgeoise

⁹⁰⁸ LACABARATS (Alain), *Communication, L'observatoire du droit européen de la Cour de cassation*, BICC 619, du 15 mai 2005, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

⁹⁰⁹ Le premier document, datant d'octobre 2006, relatif à « *La liberté d'expression et protection des droits de la personnalité en matière de presse* » est disponible en ligne sur le site internet de la Cour de cassation.

⁹¹⁰ Service de documentation et d'études de la Cour de cassation, *Les Chambres civiles de la Cour de cassation et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 2006, Paris.

⁹¹¹ BILLAU (Marc), *Quel rôle pour la Cour de cassation au XXIème siècle* in *Justice et droits fondamentaux*, Etudes en l'honneur de J. NORMAND, Litec, 2003, Paris, p 31 (spécialement p 38).

⁹¹² SOULARD (Christophe), *La Cour de cassation et le dialogue des juges* in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 95.

⁹¹³ POTVIN-SOLIS (Laurence), *Le concept de dialogue entre les juges en Europe* in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 19 (plus spécialement p 23).

⁹¹⁴ MARGUENAUD (Jean-Pierre), *Logiques de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme* in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, sous la direction de Nicolas MOLFESSIS, Economica, 2004, Paris, p 219 (plus spécialement p 225).

⁹¹⁵ CANIVET (Guy), *La Cour de cassation et la Convention européenne des droits de l'homme* in *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et justice n°33, Nemesis, Bruylant, 2002, Bruxelles, p 257 (plus spécialement p 268).

s'essoufflent. La transposition de l'interprétation supranationale peut être immédiate ou retardée par une résistance de certaines formations de la Haute juridiction. Dans ces situations, le justiciable pâtit de la réaction souverainiste de la Cour de cassation, puisqu'il ne bénéficie pas de l'interprétation conforme qui lui serait favorable. Par ailleurs, lorsque la Haute juridiction s'approprie la jurisprudence européenne, elle ne prend pas toujours soin de préciser de quel précédent elle tire sa motivation. Ainsi, l'inconstance de la Cour de cassation est double puisqu'elle ne transpose pas systématiquement ou immédiatement l'interprétation supranationale (1) et, alors même qu'elle procède à sa transposition, la formalisation de cette transposition est variable (2).

1- L'inconstance de la réception judiciaire des interprétations

386. La résistance aux enseignements découlant des précédents européens s'est inscrite dans une certaine antipathie à l'égard des juges supranationaux. Ainsi, une partie de la doctrine a considérablement décrié l'impact des solutions européennes sur le droit national⁹¹⁶, stigmatisant la « peur »⁹¹⁷ que suscitait une juridiction strasbourgeoise, qu'il conviendrait sans doute de « supprimer »⁹¹⁸. Cette perception de la jurisprudence a pu influencer la Cour de cassation dont la « mission » ne devait pas consister à « se lancer dans une surenchère avec la Cour de Strasbourg sur le terrain des droits de l'homme, mais de poser les solutions les meilleures pour la société française »⁹¹⁹. Plus vraisemblablement, la Cour de cassation a éprouvé certaines difficultés à discréditer le législateur lorsque la loi nationale était contraire aux dispositions conventionnelles

387. Comme l'indique le Professeur Jean FOYER, la violation de la CEDH « peut résulter de l'application exacte, par le juge national, d'une loi que la Cour estimera contraire aux stipulations de la Convention européenne »⁹²⁰. Il faut bien reconnaître que les exemples les plus spectaculaires de résistance au précédent européen s'appuient généralement sur un texte législatif national. Ils démontrent ainsi que la Cour de cassation éprouve, parfois, certaines difficultés à relayer la juridiction strasbourgeoise lorsqu'elle décide de sermonner le législateur. Cette soumission de la Cour de cassation à l'autorité législative apparaît à travers des contentieux pour lesquels la transposition du précédent ne soulevait aucune difficulté.

⁹¹⁶ Pour une « approche par la doctrine privatiste » de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour EDH, voir : MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La Convention européenne des droits de l'homme : approche par le droit privé* in *Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON*, Pedone, 2004, Paris, p 155 (spécialement p 156 et suivantes).

⁹¹⁷ HAÏN (Victor), *Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme ?* D 2001, Doctrine p 2988.

⁹¹⁸ RICCI (Jean-Claude), *Faut-il avoir peur de la Cour européenne des droits de l'homme ?* RRJ 2001-2, p 469.

⁹¹⁹ TERRE (François), cité par MARGUENAUD (Jean-Pierre), Op. Cit. p 158.

⁹²⁰ FOYER (Jean), *Le droit civil dominé* in *Le droit privé français à la fin du Xxème siècle*, Mélanges offerts à Pierre CATALA, Litec, 2001, Paris, p 14 (spécialement p 17).

388. La « *réticence* »⁹²¹ ou « *résistance* »⁹²² dont a fait preuve la Chambre criminelle dans le contentieux relatif à l'irrecevabilité ou à la déchéance du pourvoi, fondée particulièrement sur l'ancien article 583 du CPP est caractéristique de cette attitude. Le législateur a dû intervenir afin de faire taire l'opposition entre les juges strasbourgeois et nationaux. Il est d'ailleurs surprenant qu'une telle intervention ait été nécessaire alors que dans un contentieux parallèle, la Cour de cassation s'est, d'elle-même, rangée à l'interprétation strasbourgeoise. En effet, dans l'affaire POITRIMOL, la Cour d'appel avait refusé au demandeur en fuite le droit de se faire représenter par un avocat, sur le fondement de l'article 410 du CPP. Cette déchéance du droit à l'assistance d'un défenseur, tel que garanti par l'article 6§3c du traité, était fondée sur l'ancien article 410 du CPP. Selon la Cour EDH, l'atteinte ainsi portée au droit au procès équitable s'avérait disproportionnée⁹²³. Cette solution provoque une opposition temporaire de la Cour de cassation. En effet, par deux arrêts du 21 juin 1995⁹²⁴ et du 6 mai 1997⁹²⁵, la formation répressive réaffirme sa jurisprudence, décidant que l'article 410 du CPP n'est pas contraire à l'article 6 du traité européen. Peu après, dans l'affaire VAN PELT contre France du 23 mai 2000⁹²⁶, la Cour EDH condamne de nouveau la France. Elle étend ensuite la solution à la procédure par contumace devant la Cour d'assises, dans l'arrêt KROMBACH contre France du 13 février 2001⁹²⁷. Cette jurisprudence aurait pu entraîner d'autres condamnations, mais fort heureusement l'Assemblée plénière met fin à cette dissidence, au visa de l'article 6, par un arrêt de cassation du 2 mars 2001⁹²⁸, respectant ainsi la primauté du traité européen tel qu'interprété par la juridiction strasbourgeoise. Il est alors difficile de déterminer pourquoi la Haute juridiction n'ose pas, dans un cas, contredire le législateur, alors que, dans l'autre, elle s'approprie le raisonnement européen. La seule distinction entre les deux pans de l'affaire POITRIMOL réside dans l'intervention de

⁹²¹ DE GOUTTES (Régis), *Le juge judiciaire français et la Convention européenne des droits de l'homme, avancée et réticences* in *Quelle Europe pour les droits de l'homme. La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite" (35 ans de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 218 (plus spécialement p 232 et suivantes).

⁹²² DE GOUTTES (Régis), *Le juge français et la Convention européenne des droits de l'homme : avancées et résistances*, RTDH, 1995, p 605 (plus spécialement p 612 et suivantes).

⁹²³ Arrêt de la Cour EDH, POITRIMOL contre France, du 23 novembre 1993, Série A n°277-A : §35 de l'arrêt ; AFDI 1994, p 684, observations COUSSIRAT-COUSTERE (Vincent).

⁹²⁴ Bull. crim. n°230 p 630.

⁹²⁵ Bull. crim. n°176 p 580.

⁹²⁶ Site internet de la Cour EDH, requête n°31070/96 ; JCP G 2001, I, n° 291, observations SUDRE (Frédéric) ; RSC 2001, p 429, observations MASSIAS (Florence).

⁹²⁷ D 2001, jurisprudence p 3302, note MARGUENAUD (Jean-Pierre) ; RSC 2001, p 429, observations MASSIAS (Florence).

⁹²⁸ BICC n°533, 5 avril 2001, avec les conclusions de Monsieur l'Avocat général DE GOUTTES et la note de Madame la Conseiller rapporteur MAZARS. Il convient de noter l'exhaustive référence à la jurisprudence européenne qui découle de ces travaux présentés à l'Assemblée plénière. Ils démontrent l'intérêt qu'accordent désormais les membres de la Cour de cassation aux sources européennes des droits de l'homme. Egalement D 2001, jurisprudence p 1899, note PRADEL (Jean) ; JCP G 2001, II, n°10611, note LIEVREMONT (Christophe). Cette jurisprudence est réaffirmée par la Chambre criminelle Crim. 16 mai 2001, Bull. crim. n°127, p 391 ; 16 février 2003, Bull. crim. n°45, p 171 ; 12 mars 2003, Bull. crim. n°66, p 244 ; 7 avril 2004, Bull. crim. n°92, p 352.

l'Assemblée plénière. La formation la plus solennelle de la Haute juridiction, s'appuyant sur son autorité, a peut être osé anticiper sur la réforme législative⁹²⁹.

389. Pourtant, ce raisonnement paraît peu justifié à la lecture du contentieux relatif à l'indemnisation des personnes contaminées par le virus d'immunodéficience humaine (ci-après VIH), lors d'injection de produits sanguins. La loi du 31 décembre 1991⁹³⁰ a créé le fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le VIH. Les victimes insatisfaites de l'évaluation de l'indemnisation ou n'ayant, tout simplement, pas reçu de proposition de l'organisme dans les délais impartis par la loi, peuvent saisir la Cour d'appel de Paris. Une victime, ayant accepté l'offre du fond d'indemnisation, a néanmoins assigné la fondation nationale de transfusion sanguine en réparation du préjudice résultant de sa contamination. Le 26 janvier 1994, son pourvoi est rejeté par la deuxième Chambre civile⁹³¹. Elle saisit alors la Cour EDH qui, par arrêt du 4 décembre 1995⁹³², condamne la France pour violation du droit d'accès à un tribunal, en raison du manque de « clarté » de la loi interne⁹³³. La Cour de cassation affronte alors directement la Cour EDH. Par un arrêt du 26 janvier 1995⁹³⁴, la Chambre sociale emprunte la solution précédemment dégagée par la deuxième Chambre civile. Elle est relayée par la première Chambre civile, par un arrêt du 9 juillet 1996⁹³⁵. Mais surtout, cette opposition atteint son paroxysme lors de l'intervention de l'Assemblée plénière. Statuant au visa de l'article 47 de la loi du 31 décembre 1991, la formation solennelle interdit, par arrêt du 6 juin 1997⁹³⁶, le recours des victimes indemnisées par le fonds, entraînant une nouvelle condamnation de la France le 30 octobre 1998⁹³⁷. Il convient donc de rechercher les motivations de l'Assemblée plénière, alors même que le Conseil d'Etat avait émis un avis selon lequel l'acceptation de l'indemnisation fournie par le fonds n'obérait pas la recevabilité d'actions en responsabilité⁹³⁸. La réponse se trouve partiellement fournie par l'Avocat général TATU qui indique dans ses conclusions : « ... nous nous en sommes tenus au texte de loi voté par le législateur, il lui appartient de le modifier s'il l'estime utile mais je ne vois, pour l'instant, aucune raison valable pour opérer le revirement

⁹²⁹ L'article 410 a été modifié par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004.

⁹³⁰ Loi n°91-1406, abrogée par l'ordonnance n°2000-548 du 15 juin 2000, site internet légifrance.

⁹³¹ Civ. 2^{ème}, 26 janvier 1994, Bull. civ. II, n°41, p 23.

⁹³² Cour EDH, arrêt BELLET contre France, 4 décembre 1995, JCP G. 1996, II, n°22648, note HARICHAUX (Michèle).

⁹³³ §37 de l'arrêt.

⁹³⁴ Soc. 26 janvier 1995, légifrance pourvoi n°92-20274 ; Bull. civ. V, n°42, p 30 ; JCP G, I, 3853, p 271, observations VINEY (Geneviève).

⁹³⁵ 1^{re} Civ. 9 juillet 1996, légifrance pourvoi n°94-13414, Bull. civ. I, n°303, p 210 ; RTDCiv 1997, p 146, n°5, observations JOURDAIN (Patrice) ; JCP G. 1996, I, n°306, §11, observations VINEY (Geneviève) ; D 1996, jurisprudence p 610, note LAMBERT-FAIVRE (Yvonne).

⁹³⁶ Bull. AP, n°8, p 20 ; BICC, 15 octobre 1997, n°459, avec les conclusions du Conseiller rapporteur DORLY et de l'Avocat général TATU ; JCP G, 1997, I, n°4070, p 521, observations VINEY (Geneviève) ; D 1998, SC, p 204, observations MAZEAUD (Denis). Cette solution fut d'ailleurs réaffirmée par la deuxième Chambre civile dans un arrêt du 14 janvier 1998, Bull. civ. II, n°16, p 10.

⁹³⁷ Cour EDH, arrêt F.E contre France, 30 octobre 1998, requête n° 60/1998/963/1178, site internet de la Cour EDH ; JCP G 1999, I, n° 125, p 621, observations SAVATIER (Emmanuel).

⁹³⁸ CE, avis du 15 octobre 1995, RFDA 1994, p 553, conclusions FRYDMAN (Patrick).

*considérable que constituerait le rejet du pourvoi... »*⁹³⁹. L'insoumission à la jurisprudence européenne serait donc stimulée par une allégeance au pouvoir législatif.

Pourtant, La Haute juridiction, tout en évitant la confrontation, aurait pu, au contraire, maintenir sa jurisprudence traditionnelle, trouvant dans les arrêts de la Cour EDH les moyens de la conforter pour l'avenir. En effet, dans la décision BELLET contre France⁹⁴⁰, la Cour EDH ne se reconnaissait pas compétente pour procéder à l'interprétation du droit interne⁹⁴¹. L'interprétation de la loi de 1991, fournie par la Cour de cassation, n'était donc pas en cause. Seul le doute qui avait pu naître dans l'esprit du demandeur à la simple lecture de cette loi était condamnable. Dès lors, tout justiciable, ayant accepté l'offre du fonds après l'interprétation de la loi fournie par l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 26 janvier 1994⁹⁴², ne pouvait douter des répercussions de son acceptation sur la recevabilité de ses actions en responsabilité. La violation de l'article 6§1 de la CEDH n'existait que si l'acceptation était antérieure à la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans les autres cas, cette dernière prévalait⁹⁴³. Cette analyse est d'ailleurs affirmée par la lettre même de l'arrêt F.E. contre France et transposée par la première Chambre civile lors d'un arrêt du 6 juin 2000⁹⁴⁴.

390. Cette réticence à réécrire le droit à la lumière de l'interprétation strasbourgeoise est parfaitement transposable lorsque le contentieux d'où procède le précédent a été rendu à l'égard d'un Etat tiers. Dans l'affaire MAZUREK, du 25 juin 1996⁹⁴⁵, La première Chambre civile refuse de tirer les enseignements⁹⁴⁶ découlant des arrêts MARCKX contre Belgique du 13 juin 1979⁹⁴⁷, VERMEIRE contre Belgique du 29 novembre 1991⁹⁴⁸ et INZE contre Autriche du 28 octobre 1987⁹⁴⁹. La condamnation de la France, le 1^{er} février 2000⁹⁵⁰, était

⁹³⁹ BICC, 15 octobre 1997, n°459, avec les conclusions du Conseiller rapporteur DORLY et de l'Avocat général TATU.

⁹⁴⁰ Op. Cit.

⁹⁴¹ §34.

⁹⁴² Bull. civ. II, n°41, p 23.

⁹⁴³ MARGUENAUD (Jean-Pierre), observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH du 30 octobre 1998, F.E. contre France, RTDCiv 1999, p 490.

⁹⁴⁴ Bull. civ. I, n°179, p 116.

⁹⁴⁵ JCP G, 1997, II, n°22834, note MALAURIE (Philippe) ; Droit de la Famille, Décembre 1996, p 17, note BEIGNIER (Bernard) ; PA, 29 janvier 1997, n°13, p 25, note BRUNET (Laurence) ; D 1998, jurisprudence, p 454, note PICQUET CABRILLAC (Sabine).

⁹⁴⁶ MARGUENAUD (Jean-Pierre), RTDCiv 1997, p 542 ; RTDCiv 1999, p 497 ; *Le juge judiciaire et l'interprétation européenne* in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, colloque organisé par l'IDEH, sous la direction de Frédéric SUDRE, les 13 et 14 mars 1998, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 231 (plus spécialement p 236).

⁹⁴⁷ Série A, n°31 ; JT 1979, p 513, note RIGAUX (François) ; GOUTTENNOIRE (Adeline), *GA CourEDH*, 3^{ème} édition, Thémis, PUF, 2005, Paris, n°48.

⁹⁴⁸ Op. Cit.

⁹⁴⁹ Série A, n°126.

⁹⁵⁰ RTDCiv. 2000, p 429, n°1, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre) ; JCP G, II, 10286, p 643 note GOUTTEMORE-CORNUT (Adeline) ; RTDCiv 2000, p 601, observations PATARIN (Jean) ; RTDCiv. 2000, p 311, observations HAUSER (Jean) ; Droit de la Famille, février 2000, n°33, p 20, note De LAMY (Bertrand) ; CASEY (Jérôme), *Droit successoraux de l'enfant adultérin : condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme*, RJPF, 2000, n°3, p 24 ; Defrénois 2000, p 654, observations MASSIP

inévitables. La solution retenue par la Cour de cassation ne semble pouvoir être expliquée que par une volonté de ne pas s'arroger le pouvoir de procéder à une réforme législative par la voie du contrôle de conventionnalité. Elle laisse ainsi au législateur le soin de tirer les conséquences de la condamnation, ce qu'il fait en réformant le droit des successions, par une loi du 3 décembre 2001⁹⁵¹. L'affaire MAZUREK stigmatise l'indifférence de la Cour de cassation à l'égard des précédents rendus par la Cour EDH. Il donne, en outre, l'un des plus contestables exemples⁹⁵² d'opposition ostensible entre les juridictions nationales et supranationales. Il démontre également les limites de la coopération puisque la Cour de cassation se retranche derrière le législateur, appelé, en dernier lieu, à trancher en faveur du respect du droit conventionnel. Pourtant, l'article 55 de la Constitution offre à la juridiction suprême les outils permettant d'éviter un arrêt de condamnation⁹⁵³. Il lui suffit d'interpréter le droit interne conformément aux articles 8 et 14 de la CEDH, tel qu'ils ont été, eux-mêmes, interprétés par la Cour EDH. Cette double interprétation respecte la hiérarchie des normes et l'interprétation authentique de la juridiction européenne.

Malgré tout, la Haute juridiction ne tire pas les conséquences de ses erreurs et entraîne inévitablement l'Etat dans l'engrenage d'une nouvelle condamnation européenne. Ainsi, la première Chambre civile, dans un arrêt du 3 mai 2000⁹⁵⁴, pense pouvoir s'émanciper des enseignements découlant de l'affaire MAZUREK, générant un nouvel arrêt de condamnation MERGER et CROS du 22 décembre 2004⁹⁵⁵. La solution retenue par la première Chambre civile paraît inexplicable, de prime abord, car le projet de réforme du droit des successions avait pratiquement abouti au moment où elle rend sa décision. La seule justification permettant d'expliquer une telle solution découle de ce que les demanderesse au pourvoi n'ont pas invoqué, même en substance, les dispositions conventionnelles neutralisant le droit interne discriminatoire. Toutefois, elles s'étaient plaintes d'une violation de l'article 8 combiné à 14 devant les juridictions du fond. En outre, ainsi que le spécifient les

(Jacques) ; D 2000, jurisprudence p 332, note THIERRY (Jean) et du même auteur, voir la Chronique, D 2000, p 157, *Doit-on accorder aux enfants adultérins les mêmes droits successoraux qu'aux enfants légitimes ?*

⁹⁵¹ Loi n° 2001-1135, qui élimine du Code civil toutes les dispositions discriminatoires au regard du droit de succession de l'enfant adultérin.

⁹⁵² Bien entendu d'autres exemples d'inconventionnalité des décisions de la Cour de cassation au regard de la jurisprudence de la Cour EDH peuvent être identifiées : GUINCHARD (Serge), *Application de la Convention européenne par le juge judiciaire*, Revue Europe, HS Octobre 1999, p 10 ; également sur la prolongation de la garde à vue par le Procureur de la République voir l'arrêt HUBER contre Suisse du 23 octobre 1990 et la jurisprudence de la Chambre criminelle du 28 janvier 1992, pourvoi n°91-86119, site internet légifrance (publié au bulletin) et crim.10 mars 1992, pourvois n°s 91-86944 et 92-80389, site internet légifrance (publié au bulletin).

⁹⁵³ MARGUENAUD (Jean-Pierre), *L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en France in Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Colloque organisé pour le 50^{ème} anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme, Bordeaux 29-30 septembre 2000, UAE, Bruylant, 2001, Bruxelles, p 137 (plus spécialement p 146).

⁹⁵⁴ Pourvoi n°98-12567 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance.

⁹⁵⁵ Requête n°68864/01, disponible sur le site internet de la Cour EDH ; RTDCiv. 2005, p 335, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre) ; JCP G. 2005, I, n°103, observations SUDRE (Frédéric).

requérantes⁹⁵⁶, la Haute juridiction aurait pu, à la lumière du précédent européen, relever d'office une violation de la CEDH⁹⁵⁷. Dans cette dernière décision, la Haute juridiction peut difficilement se retrancher derrière le législateur, qui avait entamé la procédure de réforme. Peut-être la Cour de cassation a-t-elle considéré que l'épuisement des voies de recours internes, imposant au demandeur d'invoquer les dispositions conventionnelles durant la procédure interne⁹⁵⁸ engendrerait, à Strasbourg, l'irrecevabilité de la requête ? Cependant, lors de l'examen de la recevabilité, la Cour EDH admet l'épuisement des voies de recours interne en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation. Outre l'invocation explicite des articles 8 et 14 et implicite de l'article 1 protocole 1 devant la Cour d'appel, la juridiction strasbourgeoise constate que les solutions retenues par la Cour de cassation ne permettraient pas à l'argument européen de prospérer⁹⁵⁹.

Il faut désormais espérer que la première Chambre civile ne s'entêtera pas dans cette voie, ce que laisse pourtant craindre un arrêt rendu le 7 juin 2006⁹⁶⁰. Dans cette affaire, la Cour refuse d'appliquer la loi du 3 décembre 2001 à une succession ayant donné lieu à partage. Selon certains auteurs, cette démarche pourrait être contestée par la Cour EDH⁹⁶¹. Ceci étant, la Haute juridiction précise qu'en vertu des dispositions transitoires, la loi sera applicable aux successions ouvertes au 4 décembre 2001 et n'ayant pas donné lieu à partage avant cette date. Il faut souhaiter que les successions ouvertes avant cette date et qui n'auraient pas encore donné lieu à partage, en raison d'un conflit familial, ne se verraient certes pas appliquer la loi nouvelle mais la jurisprudence européenne. La Haute juridiction aurait pu préciser, alors même que le demandeur au pourvoi invoquait la CEDH, que l'application dans le temps de la loi du 3 décembre 2001 n'obérait pas les perspectives égalitaires dégagées par la jurisprudence de Strasbourg pour les successions n'ayant pas donné lieu à partage.

391. Par ailleurs, les interprétations fournies par la Cour EDH ne sont pas les seules malmenées. La Haute juridiction semble indifférente aux constatations rendues par le CDH. S'il est possible de considérer que cette démarche relève de l'ignorance à l'égard des travaux de cet organe, elle semble parfois procéder d'une véritable résistance⁹⁶².

⁹⁵⁶ Décision sur la recevabilité du 11 mars 2004, requête n°68864/01, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

⁹⁵⁷ Cf. infra, Partie II, TI, CII, S1, §1, B.

⁹⁵⁸ MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, connaissance du droit, Dalloz, 2005, Paris, p 6 et suivantes.

⁹⁵⁹ Décision sur la recevabilité du 11 mars 2004, requête n°68864/01, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

⁹⁶⁰ Pourvoi n°04-19176 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

⁹⁶¹ MARGUENAUD (Jean-Pierre), DAUCHEZ (Benjamin), *Les dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001 à l'épreuve de la CEDH*, Répertoire Defrénois 2002, article 37615, p 1366.

⁹⁶² ROUX (François), *Le recours supranational, instrument de défense in La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies – les communications individuelles*, colloque des 6 et 7 mars 1995, sous la direction de Frédéric SUDRE, IEDH, 1995, Montpellier, p 149 (plus spécialement p 153 et suivantes).

Le contentieux des objecteurs de conscience est représentatif de cette résistance. En vertu de l'article L 116-6 du Code du service national, tel qu'issu de la loi du 8 janvier 1983, la durée du service de substitution des objecteurs de conscience était doublée par rapport à celle du service militaire traditionnel. Plusieurs individus, poursuivis et condamnés pour désertion en temps de paix, formèrent, en 1994 et 1995, pourvois en cassation, arguant d'une violation des articles 4§3b, 9, 10 et 14 de la CEDH et 18, 19 et 26 du PIDCP. Selon eux, « *l'accomplissement d'un service civil d'une durée double à celle du service militaire constitue une atteinte à ces textes supérieurs à la loi, en ce qu'il constitue une discrimination à raison des opinions et des convictions des objecteurs* ».

Si l'argument n'avait que peu de chance de prospérer devant les organes européens – la Commission EDH ayant, à plusieurs reprises, déclaré irrecevables des réclamations similaires⁹⁶³ – en revanche, il avait toutes les chances de séduire le CDH. En effet, si dans sa constatation JARVINEN contre Finlande⁹⁶⁴, le CDH avait déclaré conforme au PIDCP une durée excédant de quatre mois le service national, rien ne laissait pressentir qu'il en serait de même pour une durée portant ledit service au double. Au contraire, comme l'indique François ROUX, avocat des plaignants, « *Le Comité a estimé qu'une durée du service civil de quatre mois supérieure au service national n'était, au cas d'espèce, pas discriminatoire au regard de l'article 26 du Pacte de New York. Cependant trois membres du Comité ont exprimé une opinion divergente particulièrement motivée⁹⁶⁵ dans laquelle ils estiment qu'une durée supérieure de quatre mois est discriminatoire. Il est raisonnable d'espérer, dans ces conditions, une décision favorable lorsque la durée du service est double* »⁹⁶⁶.

La probabilité d'une condamnation de la loi française, vraisemblablement inconstitutionnelle, aurait dû conduire la Cour de cassation à l'évincer. Mais dans quatre arrêts convergents⁹⁶⁷, elle décide⁹⁶⁸ «... *que l'article L.116-6 du Code du service national, alors en vigueur, fixant la durée du service des objecteurs de conscience n'était pas contraire aux dispositions des articles 9, 10 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour d'appel n'encourt pas les griefs allégués ;* »

Il faut signaler que dans trois arrêts, la Cour de cassation ne répond que sur le fondement de la CEDH⁹⁶⁹, omettant de statuer sur le fondement du traité onusien.

⁹⁶³ Commission EDH, CRESPO-AZORIN contre Espagne, 17 mai 1990, requête n°13872/88 ; Commission EDH, CHARDONNEAU contre France, 19 juin 1992, requête n°17559/90, site internet de la Cour EDH.

⁹⁶⁴ 25 juillet 1990, communication n°295/1988 site internet ONU.

⁹⁶⁵ Non disponible sur le site internet de l'ONU.

⁹⁶⁶ ROUX (François), Op. Cit.

⁹⁶⁷ Crim. 12 décembre 1994, pourvoi n°93-85084, site internet légifrance (inédit) ; 14 décembre 1994, Bull. crim n°416, p 1014 ; 14 décembre 1994, pourvoi n°93-80563, site internet légifrance (inédit) ; 7 août 1995, pourvoi n°94-85930, site internet légifrance (inédit titré).

⁹⁶⁸ Elle s'appuyait en cela sur sa jurisprudence antérieure : crim. 20 janvier 1993, Bull. crim. n°33, p 72. Mais en l'espèce, le demandeur avait simplement invoqué la CEDH.

⁹⁶⁹ Crim. 12 décembre 1994, pourvoi n°93-85084, site internet légifrance (inédit) ; 14 décembre 1994, Bull. crim n°416, p 1014 ; 14 décembre 1994, pourvoi n°93-80563, site internet légifrance (inédit).

A la suite des arrêts rendus par la Chambre criminelle le 12 décembre 1994⁹⁷⁰ et le 14 décembre 1994⁹⁷¹, une requête a été formée devant le CDH. Le 3 novembre 1999, dans l'affaire FOUIN contre France⁹⁷² et le 10 juillet 2000, dans l'affaire VERNIER et NICOLAS contre France⁹⁷³, le CDH rend des constatations de violation, sur le fondement de l'article 26 du traité, droit autonome à la non-discrimination⁹⁷⁴. Plus encore, face à l'obstination de la Cour de cassation, le CDH rejette, dans l'affaire MAILLE contre France du 10 juillet 2000⁹⁷⁵, l'exception d'irrecevabilité, présentée par la France, sur le fondement d'un non épuisement des voies de recours internes. Il considère qu'un individu n'ayant pas formé recours en cassation a, néanmoins, épuisé toutes les voies de recours judiciaires utiles, puisque, selon l'organe onusien : « ...un recours en cassation de l'auteur n'aurait eu aucune chance d'aboutir »⁹⁷⁶. L'organe onusien face à l'opposition de la Cour de cassation décide ouvertement de la court-circuiter.

392. Pour l'instant, les constatations du CDH n'exercent encore aucune influence sur la jurisprudence de la Cour de cassation. Toutefois, la présence de Madame CHANET, sa Présidente, au sein de la Haute juridiction pourrait inverser cette tendance. Elle a publié, au BICC⁹⁷⁷, une communication relative au CDH. Cette démarche reflète probablement une volonté de la Haute juridiction de s'investir davantage dans la diffusion des interprétations fournies par l'organe de contrôle onusien. Cette prise en considération des travaux du CDH pourrait même s'épanouir grâce à l'observatoire du droit européen. Dans sa publication relative à la « *liberté d'expression et la protection des droits de la personnalité en matière de presse* », l'observatoire réserve des développements importants aux interprétations fournies par l'organe onusien⁹⁷⁸. Ainsi, l'autorité de la chose interprétée à Genève ou New-York aura des chances de prospérer à l'image de seule retenue à Strasbourg. En effet, les actes de résistance à la jurisprudence rendue par la Cour EDH sont de moins en moins nombreux, la Haute juridiction préférant souvent transposer le précédent européen. Toutefois, la formalisation de cette transposition est, elle aussi, fort inconstante.

⁹⁷⁰ Crim. 12 décembre 1994, pourvoi n°93-85084, site internet légifrance (inédit).

⁹⁷¹ Crim. 14 décembre 1994, Bull. crim n°416, p 1014 ; 14 décembre 1994, pourvoi n°93-80563, site internet légifrance (inédit).

⁹⁷² Communication n°666/1995.

⁹⁷³ Communications n° 690/1996 et 691/1996.

⁹⁷⁴ KARAGIANNIS (Syméon), *Considération sur l'article 26 du pacte de Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, en marge de la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 467 ; SUDRE (Frédéric), *Le droit à la non discrimination dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme*, in *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies – les communication individuelles* – Acte du colloque de Montpellier des 6 et 7 mars 1995, Sous la direction de SUDRE (Frédéric), IDEDH, Montpellier, p 33.

⁹⁷⁵ Communication n° 689/1996, site internet de l'ONU

⁹⁷⁶ § 6.2 du constat.

⁹⁷⁷ BICC n°619 du 15 mai 2005.

⁹⁷⁸ Octobre 2006, disponible sur le site internet de la Cour de cassation (voir plus particulièrement p 28 et suivantes du document).

2- L'inconstance de la formalisation de la transposition

393. La jurisprudence de la Cour de cassation démontre que la Haute juridiction ne s'inscrit pas dans une démarche systématique de résistance à la jurisprudence de la Cour EDH. Bien au contraire, il lui arrive fréquemment de transposer les interprétations fournies par la juridiction européenne. Ainsi, elle démontre que l'invocabilité d'interprétation conforme à la chose interprétée est déjà réalisée dans certaines décisions. Cependant, la formalisation de cette transposition varie selon les arrêts. Par ailleurs, les pourvois élaborés par les parties ne sont pas toujours accessibles et il est délicat de déterminer si la transposition procède d'une invocation du précédent européen par le justiciable ou d'un raisonnement autonome de la Haute juridiction.

394. Plusieurs difficultés rendent complexe l'étude de l'invocabilité d'interprétation conforme à la chose interprétée par la Cour EDH.

La première découle de l'utilisation des moteurs de recherche informatique, dont les réponses sont approximatives. En effet, au 30 juin 2006, une recherche sur le site internet Légifrance permet de dénombrer 480 décisions dans lesquelles apparaissent les termes "Cour européenne droits homme". Ces arrêts ne font, en réalité, pas tous explicitement référence, dans les motifs de la décision, à un précédent strasbourgeois. En effet, la proximité des termes "Cour d'appel" et "Convention européenne des droits de l'homme" rend certains arrêts non pertinents dans le cadre de ce développement.

En outre, il faut également exclure les décisions de la Commission de réexamen et de l'Assemblée plénière se rattachant à la procédure instituée par la loi du 15 juin 2000. Dans ces décisions, la Cour de cassation reconnaît l'invocabilité directe de l'arrêt européen au bénéfice d'un individu victorieux à Strasbourg. Il ne s'agit pas d'une invocabilité d'interprétation conforme au précédent qui bénéficierait à n'importe quel justiciable.

Enfin, de nombreux arrêts rendus par la Cour de cassation ne font pas explicitement référence à une décision de la Cour EDH, mais en empruntent le raisonnement. Les décisions représentatives de cette démarche seront plus largement abordées dans la seconde partie de cette étude. L'objet de ce développement consiste à mettre en lumière les arrêts dans lesquels la Haute juridiction se réfère explicitement à un arrêt de la Cour EDH, démontrant ainsi sa justiciabilité par la voie du mécanisme d'interprétation conforme.

395. Assez curieusement cette interprétation conforme du traité au précédent européen, formalisée par une référence explicite, est mise en œuvre, pour la première fois, alors même que le précédent découle d'un arrêt de condamnation rendu à l'égard d'un pays voisin.

Cette jurisprudence de la Cour de cassation prend sa source dans une série d'arrêts rendus par la première Chambre civile. Tirant les conséquences de la décision LE COMPTE, VAN

LEUVEN et De MEYERE contre Belgique du 23 juin 1981⁹⁷⁹, la Haute juridiction, par arrêt du 10 janvier 1984⁹⁸⁰, reconnaît implicitement l'applicabilité de l'article 6 à la matière ordinale. Elle exclut, cependant, une violation du droit à ce que la cause soit entendue publiquement, si lors de la procédure disciplinaire les avocats poursuivis et jugés à huis clos, n'ont pas revendiqué l'application de ce droit. La spécificité de cette décision réside dans la référence explicite à l'arrêt de la Cour EDH, dans le corps même de la décision⁹⁸¹. La Cour ne nomme pas l'arrêt, mais cite simplement sa date. Elle applique la disposition conventionnelle, telle qu'interprétée par l'organe de contrôle strasbourgeois : « ...si l'article 6, alinéa 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, tel qu'interprété par un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme en date du 23 juin 1981, ... ».

La formulation employée par la Haute juridiction caractérise parfaitement le raisonnement. La première Chambre civile applique la disposition conventionnelle et recherche, dans les arrêts rendus par la Cour EDH, l'interprétation qu'il convient de lui donner. Il s'agit bien d'une interprétation conforme de la disposition conventionnelle à la chose interprétée par la juridiction strasbourgeoise.

Il convient de noter que l'Avocat général avait considérablement développé l'implication européenne du litige, tout en démontrant que la solution empruntée par la Haute juridiction n'aboutissait pas à un bouleversement considérable des audiences. Cette solution dégagée à l'égard de la procédure disciplinaire de l'ordre des avocats⁹⁸², s'étend aux notaires⁹⁸³ ainsi qu'à la procédure suivie en matière d'inscription sur la liste des conseils juridiques⁹⁸⁴, pérennisant définitivement, par une référence systématique à la jurisprudence de la Cour EDH, l'interprétation européenne. Simplement, il convient de remarquer que dès l'arrêt rendu le 12 juillet 1989⁹⁸⁵, la Haute juridiction n'évoque plus précisément la date de la décision LE COMPTE, VAN LEUVEN et De MEYERE, mais appuie sa motivation sur la CEDH telle qu'interprétée par la juridiction strasbourgeoise.

⁹⁷⁹ Rendue par la Cour plénière, Série A, n°43 ; GP 15 décembre 1981, 2^{ème} semestre, jurisprudence p 775, note DELAMARRE (Gérard).

⁹⁸⁰ Bull. civ. I, n°8, p 6 ; JCP G. 1984, II, 20210, avec les conclusions de M. l'Avocat général GULPHE ; GP 1984, journal n°326-327, 21-22 novembre 1984, p 702, note A.D.

⁹⁸¹ Dans le sommaire, la Haute juridiction cite nominativement l'arrêt : Bull. civ. I, n°8, p 6.

⁹⁸² Solution réaffirmée par les arrêts de la Première Chambre civile du 22 janvier 1985, Bull. civ. I, n°29, p 28 ; 12 juillet 1989, Bull. civ. I, n°288, p 191 ; 26 novembre 1996, Bull. civ. I, n°416, p 289.

⁹⁸³ Arrêts de la Première Chambre civile du 10 décembre 1985, Bull. civ. I, n°341, p 307 ; JCP G. 1987, II, n°20749 et JCP N. 1987, II, p 7, note PILLEBOUT (Jean-François) ; 3 novembre 1993, Bull. civ. I, n°308, p 214 ; 4 février 1997, Bull. civ. I, n°43, p 28 ; 3 février 1998, Bull. civ. I, n°43, p 28.

⁹⁸⁴ Civ. 1^{re}, 2 mars 1994, Bull. civ. I, n°84, p 65.

⁹⁸⁵ ROUZET (Gilles), note relative à l'arrêt rendu par la Première Chambre civile le 3 novembre 1993, Répertoire Defrénois, 1994, n°35714, p 174. Il faut réserver l'arrêt rendu par la Première Chambre le 26 novembre 1996, par lequel la Haute juridiction revient à une référence explicite à l'arrêt Le COMPTE, VAN LEUVEN et De MEYERE contre Belgique.

396. La transposition du précédent européen retenue par la première Chambre civile apporte incontestablement plusieurs éclairages sur sa position. Elle permet de comprendre que la Cour de cassation peut s'inspirer des interprétations européennes quand bien même elles auraient été élaborées à l'occasion d'un contentieux impliquant un autre Etat membre du Conseil de l'Europe. Par là même, elle se soumet à l'autorité interprétative des arrêts de la juridiction strasbourgeoise. En outre, elle se réfère explicitement à la décision supranationale support de l'interprétation empruntée, tant dans le corps de la décision que dans les titrages.

397. Différemment, la Chambre criminelle, par arrêt rendu le 26 avril 1990⁹⁸⁶, se réfère explicitement, non dans le corps de la décision, mais dans les notes de l'arrêt publié au bulletin, aux affaires PIERSACK contre Belgique du 1^{er} octobre 1982⁹⁸⁷ et DE CUBBER contre Belgique du 26 octobre 1984⁹⁸⁸, rendues par la Cour EDH. Contrairement aux décisions précédentes les affaires sont nommées. Cette démarche de la formation répressive facilite la "traçabilité" du raisonnement emprunté. En l'espèce, l'arrêt est relatif à l'impartialité objective des magistrats. La formation répressive de la Haute juridiction décide qu'un magistrat ayant connu d'une affaire en qualité de représentant du Ministère public ne peut participer au jugement, sans violer le droit à un tribunal indépendant et impartial, tel que garanti par l'article 6 du traité européen et interprété par la Cour EDH.

398. La prise en compte du précédent européen est, en revanche, moins explicite dans la jurisprudence de la Chambre sociale empruntant le raisonnement européen à l'égard des droits sociaux⁹⁸⁹. La jurisprudence GAYGUZUZ contre Autriche du 16 septembre 1997⁹⁹⁰ est transposée en droit interne par la Chambre sociale à l'occasion d'une décision BOZKURT du 14 janvier 1999⁹⁹¹. Cet arrêt, remarquable au titre de l'appropriation de l'interprétation européenne, n'est pourtant pas exempt de critiques. En effet, bien que se référant au précédent strasbourgeois, la Cour de cassation ne vise pas expressément la décision supranationale support de sa motivation. En nommant directement l'arrêt GAYGUZUZ, il aurait été plus aisé de noter la similitude entre des discriminations fondées sur la nationalité dans l'octroi d'une allocation chômage ou d'une allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité⁹⁹². La décision de la Chambre sociale n'est pas isolée, puisque transposée, sur le même fondement, à

⁹⁸⁶ Bull. crim. n°162, p 418 ; D 1990, SC p 379, observations PRADEL (Jean)

⁹⁸⁷ Série A, n°53.

⁹⁸⁸ Série A, n°86.

⁹⁸⁹ Sur cette volonté de prise en compte de la jurisprudence européenne voir WAQUET (Philippe), *Le juge social et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* in Soixantième anniversaire de la Chambre sociale de la Cour de cassation 1938-1998, Actes du colloque du 27 novembre 1998, La Documentation française, 2000, Paris, p 163.

⁹⁹⁰ D 1998, jurisprudence p 438, note MARGUENAUD (Jean-Pierre) et MOULY (Jean).

⁹⁹¹ Bull. civ. V, n°24, p 17 ; D 1999, jurisprudence p 334, note MARGUENAUD (Jean-Pierre) et MOULY (Jean) ; Travail et Protection sociale mars 1999, p 20 et JCP G, II, n°10082, p 869, note SUDRE (Frédéric).

⁹⁹² Ainsi les Professeurs MARGUENAUD et MOULY relèvent le caractère « elliptique » de la démonstration de la Chambre sociale. Op. Cit.

l'allocation pour adultes handicapés, par les arrêts du 21 octobre 1999⁹⁹³, du 13 juillet 2000⁹⁹⁴ du 31 janvier 2002⁹⁹⁵.

En outre, il a déjà été constaté que la formation sociale faisait, dans certains de ces arrêts, référence à l'effet direct⁹⁹⁶, alors même que les dispositions conventionnelles ne peuvent, en l'espèce, être appliquée par la voie de ce mécanisme de justiciabilité. En effet, la Cour EDH ne dégage pas, par la combinaison des articles 1 protocole 1 et 14, un "droit à" l'allocation mais interdit, si ce droit est envisagé par la législation nationale, qu'il soit octroyé de manière discriminatoire. Par conséquent, le mécanisme de justiciabilité mis en œuvre par la Cour de cassation procède ici d'une double interprétation conforme. Le droit national, créateur du droit subjectif à l'allocation, doit être interprété conformément aux dispositions conventionnelles, elles mêmes interprétées conformément à la jurisprudence de la Cour EDH.

399. La Chambre commerciale, par un arrêt du 12 juillet 2004⁹⁹⁷, va procéder à une assimilation de la jurisprudence européenne relative à l'applicabilité de l'article 6§1 au contentieux fiscal. Ainsi, se référant explicitement à l'arrêt FERRAZINI contre Italie du 12 juillet 2001⁹⁹⁸, dont elle reprend les termes mêmes⁹⁹⁹, la Cour décide que l'article 6§1 (pris dans sa dimension civile) n'est pas applicable au litige concernant le contentieux fiscal qui «...en l'absence de toute accusation en matière pénale,...échappe au champ des droits et obligations de caractère civil, en dépit des effets patrimoniaux qu'il a nécessairement quant à la situation des contribuables (CEDH 12 juillet 2001 Y... c/ Italie) »

Par cette décision, la Cour revient sur la jurisprudence précédemment développée par l'Assemblée plénière à l'occasion d'un arrêt du 14 juin 1996¹⁰⁰⁰. La formation solennelle avait considéré que l'article 6 §1 pouvait « être invoqué devant toute juridiction civile statuant en matière fiscale ». Ce revirement justifie que la Cour de cassation ait souhaité préciser la source prétorienne d'où provenait cette interprétation moins favorable au justiciable¹⁰⁰¹.

⁹⁹³ Bull. civ. V, n°395, p 290.

⁹⁹⁴ RJS 11/00 n°1154, p 767.

⁹⁹⁵ Bull. civ. V, n°395, p 290 et n°44, p 41.

⁹⁹⁶ Soc. 14 janvier 1999, Droit social mars 1999, p 219, note BERNARD (Jacques); 21 octobre 1999, Bull. civ. V, n°395, p 290 ; 31 janvier 2002, Bull. civ. V, n°44, p 41.

⁹⁹⁷ Bull. civ. IV, n°153, p 167.

⁹⁹⁸ JCP G. 2002, I, 105, n°6, observations SUDRE (Frédéric).

⁹⁹⁹ § 29 de l'arrêt.

¹⁰⁰⁰ Bull. AP, n°5, p 9 ; JCP G II, n°22692, p 356, Conclusions de MONNET (Yves). Voir également note n°129.

¹⁰⁰¹ Sur ces questions, voir le rapport de la Cour de cassation 2004, *La vérité*, partie jurisprudence, Convention européenne des droits de l'homme, n°5, Commentaire de l'arrêt de la Chambre commerciale du 12 juillet 2004, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à La Documentation française, Paris, 2005. Cet arrêt est confirmé par plusieurs décisions inédites : Com. 11 janvier 2005, pourvoi n°03-10548 (il s'agit d'une cassation car la Cour d'appel avait déclaré l'article 6§1 applicable) ; 14 janvier 2005, pourvoi n°03-15214 et 31 janvier 2006, pourvoi n°04-15259 : disponibles sur le site internet Légifrance.

400. L' «intranéité du précédent jurisprudentiel »¹⁰⁰² est également spécifiée dans plusieurs décisions de la Cour de cassation. Dans ces hypothèses, la juridiction du droit se trouve, en quelque sorte obligée, puisque la Cour EDH a déjà interprété le traité, de manière certaine, dans une affaire sanctionnant l'Etat. Cette « *interprétation conforme* »¹⁰⁰³ procède moins d'un dialogue entre les juges¹⁰⁰⁴, que d'une reconnaissance incontestable pour l'avenir de l'autorité de la chose interprétée et jugée¹⁰⁰⁵.

401. La Chambre commerciale s'empare de la jurisprudence européenne relative au contentieux fiscal. A l'occasion d'une décision BENDENOUN contre France du 21 février 1994¹⁰⁰⁶, la Cour EDH considère que l'article 6§1, dans sa dimension pénale, a parfois vocation à s'appliquer aux sanctions fiscales. Selon la juridiction strasbourgeoise, l'article 1789 du Code général des impôts consacre une pénalisation au sens autonome des termes de la CEDH¹⁰⁰⁷. Par ricochet, il convient de s'assurer que les garanties de fond du droit au procès équitable sont préservées¹⁰⁰⁸. Lors d'un arrêt rendu le 29 avril 1997, la Chambre commerciale¹⁰⁰⁹ est confrontée à un litige similaire. Dans cette affaire dite de la «supervignette», elle procède à un raisonnement en deux temps. La Haute juridiction considère, d'une part, que l'article 6§1 est applicable au litige. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour EDH, elle reconnaît, d'autre part, que l'article 1840-N quater constitue une sanction fiscale ayant le caractère d'une punition¹⁰¹⁰. Elle en tire les conséquences, dans un second temps, au regard des conditions de fond et applique l'article 6. En effet, la décision de l'administration n'est soumise à aucun « *recours de pleine juridiction permettant au tribunal de se prononcer sur le principe et le montant de l'amende* ». Dès lors

¹⁰⁰² SUDRE (Frédéric), *A propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité in Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, Pedone, 2004, Paris, p 212.

¹⁰⁰³ SUDRE (Frédéric), *A propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité in Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, Pedone, 2004, Paris, p 216.

¹⁰⁰⁴ SOULARD (Christophe), *La Cour de cassation et le dialogue des juges in Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 96.

¹⁰⁰⁵ SUDRE (Frédéric), *Débats in Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 109.

¹⁰⁰⁶ Série A, n°284-A.

¹⁰⁰⁷ § 47 et suivants de l'arrêt ; SUDRE (Frédéric), JCP G 1997, II, n°22935, p 464 (voir plus spécialement p 466).

¹⁰⁰⁸ En l'espèce, la non communication de certaines pièces du dossier n'avait pas engendré une violation des droits de la défense et de l'égalité des armes : §52 et 53 de l'arrêt.

¹⁰⁰⁹ Bull. civ. IV, n°110, p 96 ; JCP G. II, n°22935, p 464, note SUDRE (Frédéric) ; PA, 1^{er} décembre 1997, n°144, p 6, note TIXIER (Gérard) et HAMONIC-GAUX (Anne-Gaël) ; RGP 1998, p 126, observations LAMARQUE (Jean) ; Répertoire Defrénois 1998, article 36736, p 202, observations CHAPPERT (André) ; RJF 1997, n°6, décision 641.

¹⁰¹⁰ Une loi du 30 décembre 1996 a ramené le montant de cette majoration à 80%. Il est intéressant de noter qu'un justiciable a fait valoir l'application immédiate de cette loi au titre de la rétroactivité *in mitius*. Il obtient gain de cause devant la Haute juridiction sur le fondement de l'article 8 de la DDHC. Cette analyse confirme le caractère pénal du droit interne. Le pourvoi également fondé sur l'article 6 de la CEDH n'avait pas ici prospéré, la disposition conventionnelle n'ayant pas été invoquée devant les juges du fond, le moyen était donc nouveau, mélangé de fait et de droit : Com. 21 mars 2000, Bull. civ. IV, n°67, p 56.

le texte interne doit être évincé¹⁰¹¹. Comme le remarque un auteur, il est regrettable que la Cour de cassation n'ait pas expressément fait référence aux arrêts de la Cour EDH ayant présidé à l'élaboration de son raisonnement¹⁰¹². Elle se contente d'évoquer de manière indéterminée la jurisprudence de la Cour EDH. La Chambre commerciale réaffirme cette position à l'égard des majorations prévues par l'article 1728-3 du Code général des impôts, à l'occasion d'un arrêt du 22 février 2000¹⁰¹³.

En outre, elle précise, en s'appuyant sur « *la jurisprudence de la Cour européenne* », sans se référer explicitement au précédent qu'un système de majoration d'impôt n'est pas contraire à l'article 6, lorsque le contribuable peut saisir un tribunal garantissant le droit au procès équitable¹⁰¹⁴.

La décision de la Chambre commerciale est décevante car elle ne garantit pas une identification exacte du précédent justiciable, mais elle est remarquable quant à son appropriation des principes d'interprétation élaborés par la Cour EDH. En effet, la juridiction strasbourgeoise interprète les dispositions conventionnelles en se dégageant des acceptions nationales des termes employés par les rédacteurs de la CEDH¹⁰¹⁵. Elle procède ainsi à la définition d'un véritable sens européen des termes employés. Par-delà l'appropriation de l'interprétation supranationale, la formation commerciale de la Haute juridiction marque une volonté incontestable d'assimilation des méthodes d'interprétation fournies par la juridiction européenne.

¹⁰¹¹ Toutefois, dès lors que l'applicabilité de l'article 6§1 est reconnue, il appartient aux juridictions du fond de se prononcer sur le principe et le montant de l'amende, en appréciant la proportionnalité de la sanction au comportement du contribuable. Le Tribunal ne procédant pas à ce contrôle viole tant la disposition conventionnelle que le texte interne : com. 15 juin 1999, Bull. civ. IV, n°130, p 109. Les juges du fond analysent donc le principe et le montant de l'amende. Ce contrôle opéré conduit, par la suite, la Chambre commerciale à ne pas accueillir les arguments des demandeurs cherchant à s'exonérer des droits dus au titre de la taxe : Com. 14 juin 2000, pourvoi n°98-14361 (publié au bulletin). En l'espèce, les juges du fond ont considéré que la majoration de la taxe était justifiée par une attitude constante du contribuable consistant à s'exonérer des droits dont il était redevable, au titre de la taxe différentielle sur les véhicules à moteur. En revanche, dans un arrêt rendu le 13 décembre 2005, la Chambre commerciale censure les juges du fond qui n'ont pas apprécié la proportionnalité de l'amende eu égard au comportement du redevable : pourvoi n°03-13984 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance

¹⁰¹² LAMARQUE (Jean), Op. Cit. En effet, l'arrêt de la Chambre commerciale soulevait également un problème de droit communautaire résolu grâce à la jurisprudence de la CJCE, dont la décision soutien de l'argumentation est nommément citée.

¹⁰¹³ Bull. civ. IV, n°39, p 34, solution réaffirmée par arrêt du 27 juin 2000, pourvoi n°97-22.351 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance. En revanche, par deux arrêts du 17 mars 2004, la Chambre commerciale a considéré que les intérêts de retard découlant de l'article 1727 du Code général des impôts ne relevaient pas du volet pénal de l'article 6 de la CEDH. Elles ne servent qu'à indemniser l'administration du préjudice financier subi par le fait de l'encaissement tardif d'une créance et ne peuvent donc être qualifiées de sanctions : Bull. civ. IV, n°54, p 55 et BICC n°599 du 1^{er} juin 2004 ; Bull. civ. IV, n°57, p 59 ; Droit et patrimoine octobre 2004, n°130, observations GRANIER (Albert).

¹⁰¹⁴ Com. 13 décembre 2005, pourvoi n°03-13984 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁰¹⁵ MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, connaissance du droit, Dalloz, 2005, Paris, p 37.

Poursuivant son œuvre de transposition du précédent, la Chambre commerciale, dans un arrêt du 21 octobre 1997¹⁰¹⁶, démontre, en nommant l'arrêt HENTRICH contre France, rendu le 22 octobre 1994¹⁰¹⁷, que la Cour EDH n'a pas jugé le principe du droit de préemption fiscale comme contraire au droit au respect des biens.

402. Plus récemment encore, la Première chambre civile, dans un arrêt du 21 juin 2005¹⁰¹⁸, fait référence à la jurisprudence de la « Cour instituée » par la CEDH, sans citer le précédent auquel elle se réfère. En l'espèce, elle considère que l'interdiction de porter le voile islamique dans un établissement privé sous contrat d'association est conforme à la loi du 31 décembre 1959. La Haute juridiction constate que la liberté de religion n'est pas absolue et que l'interprétation fournie par les juges strasbourgeois démontre qu'il doit être concilié avec « *d'autres impératifs* ».

403. Par ces références explicites à la jurisprudence européenne, la Cour de cassation admet la justiciabilité du précédent. Cette justiciabilité est mise en œuvre par l'intermédiaire du mécanisme d'interprétation conforme. Toutefois, la Cour de cassation ne formalise pas de manière uniforme la transposition de l'interprétation européenne. Parfois les arrêts sont nommés, parfois la jurisprudence de la Cour EDH est simplement évoquée.

Cette transposition disparate de la jurisprudence européenne n'est pas uniquement le fait de la Cour de cassation française. Une rapide étude comparative de la jurisprudence élaborée par la Cour de cassation belge démontre que la démarche est similaire. Dans certains arrêts, la Haute juridiction se réfère à la jurisprudence européenne de manière indéterminée¹⁰¹⁹, alors que dans d'autres elle cite explicitement le précédent européen d'où procède sa propre interprétation du traité¹⁰²⁰. Le Conseil d'Etat français semble, dans certains arrêts récents, avoir une approche plus offensive de la transposition du précédent puisqu'il le cite expressément dans ses visas¹⁰²¹.

404. Cette disparité des méthodes de réception judiciaire des interprétations ne facilite pas toujours la « traçabilité » du précédent d'où procède l'interprétation conforme. En outre, la réception judiciaire de l'interprétation n'est pas systématique, signifiant que l'invocabilité d'interprétation conforme à la chose interprétée par les organes supranationaux de contrôle dépend trop d'une volonté unilatérale de la Cour de cassation. Par conséquent, il convient, en cette matière, de déterminer comment la Haute juridiction pourra rationaliser sa jurisprudence.

¹⁰¹⁶ Bull. civ. IV, n°276, p 239.

¹⁰¹⁷ Requête n°13616/88, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁰¹⁸ Pourvoi n°02-19831 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁰¹⁹ Arrêts du 8 février 2005, JC05281_1 et 14 mars 2005 JC053E2_3 : disponibles sur le site internet de la Cour de cassation belge : www.cass.be.

¹⁰²⁰ Arrêt du 2 mai 2006, JC06622_1 : disponible sur le site internet de la Cour de cassation belge : www.cass.be.

¹⁰²¹ Arrêts du 20 décembre 2005, n°288253 (Publié au Recueil Lebon) et du 6 mars 2006, n°289947 (Publié au Recueil Lebon), disponibles sur le site internet Légifrance.

B- Pour une rationalisation de la jurisprudence relative à l'invocabilité d'interprétation conforme à la chose interprétée

405. Les fluctuations de la transposition de l'interprétation supranationale ne servent pas la sécurité juridique. Le justiciable peut s'égarer dans les méandres des interprétations divergentes et ne plus véritablement cerner la teneur de ses droits. Afin de garantir l'uniformité des interprétations, tout en préservant la spécificité de chaque système juridique, le juge de cassation doit systématiser l'interprétation conforme. Il ne s'agit pas d'emprunter toutes les interprétations, mais de retenir celles pertinentes à la résolution des litiges (1). L'obligation de coopération¹⁰²² existant entre la Cour de cassation et les organes supranationaux de contrôle ne signifie pas que la Haute juridiction est privée d'initiative. Comme chaque juge national, la Cour de cassation demeure juge naturel du traité et peut explorer des questions inédites¹⁰²³, enrichissant ainsi le dialogue des juges (2).

1- La détermination de l'interprétation transposable

406. La détermination du précédent transposable invite à se demander sur qui pèse l'obligation d'invoquer l'interprétation. Il est indiscutable que les justiciables s'appuient de, plus en plus, sur la jurisprudence de la Cour EDH afin d'argumenter leur pourvoi¹⁰²⁴. En ce sens ils facilitent la tâche du juge de cassation qui peut directement se référer à l'arrêt invoqué afin d'élaborer sa motivation. La situation devient plus complexe si différentes parties invoquent différents précédents, car il importe de déterminer l'interprétation transposable au litige qui lui est soumis.

407. Toutefois, les demandeurs aux pourvois se contentent souvent d'invoquer les dispositions conventionnelles, sans se référer explicitement au précédent sur lequel ils appuient leur argumentation. Le juge doit alors rechercher si une interprétation mérite d'être transposée. Par conséquent, en répondant au moyen, le juge de cassation doit raisonner sur le fondement du texte interprété. Il est possible de considérer que l'invocation de la disposition sous-tend une invocation implicite des interprétations supranationales. A l'invocabilité d'interprétation conforme à la chose interprétée par un organe supranational de contrôle s'ajoute une obligation d'interprétation conforme pour le juge. Elle procède d'un respect réciproque entre les juridictions et s'inscrit dans une logique de dialogue des juges.

¹⁰²² POTVIN-SOLIS (Laurence), *Le concept de dialogue entre les juges en Europe* in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 19 (plus spécialement p 24 et suivantes).

¹⁰²³ COSTA (Jean-Paul), *La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges* in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 153 (plus spécialement p 157).

¹⁰²⁴ Pour des arrêts récents voir : Crim. 4 avril 2006, pourvoi n°06-80748 (inédit) ; 18 janvier 2006, pourvoi n°05-86445 (inédit) ; 14 décembre 2005, pourvois n°04-84337, 04-85084 et 04-85085 (inédits) : ces arrêts sont disponibles sur le site internet Légifrance.

408. Cette démarche du juge est impérative face au mouvement d'objectivisation du contentieux européen et, plus largement, des interprétations fournies par d'autres organes de contrôle. Le caractère *erga omnes* qui semble désormais se dégager des précédents strasbourgeois¹⁰²⁵, de certaines constatations rendues par le CDH ou encore des observations générales, interdit au juge national de s'en affranchir, sauf à engager l'Etat pour lequel il rend la justice sur la voie de la condamnation.

409. Concernant le précédent européen, S. DELICOSTOPOULOS déduit de la similitude des faits l'impérativité de la transposition du précédent. Le juge doit opérer un raisonnement en deux temps, après avoir déterminé la règle conventionnelle enrichie de la jurisprudence applicable au litige, il doit faire ressortir la *ratio decidendi*, c'est-à-dire la solution de droit fondée sur certains faits déterminants¹⁰²⁶. Le « critère de l'analogie » est donc déterminant¹⁰²⁷.

410. La similitude des faits ne doit pourtant pas être confondue avec l'identité. La Cour EDH statuant tant en fait qu'en droit, il faut admettre que l'application d'un texte déclaré contraire à la CEDH, dans des faits sensiblement différents, pourrait conduire à une condamnation. Une fois encore, la transposition du précédent doit, désormais, être envisagée à l'aune de l'objectivisation du contentieux européen.

411. En outre, la Cour EDH procède à une interprétation autonome des termes de la CEDH, ce qui peut la conduire à fournir des solutions transposables à des faits dissemblables. A titre d'exemple, le droit au nom ou le droit à la vie privée professionnelle, tels qu'ils découlent de la jurisprudence de la CEDH¹⁰²⁸, doivent être transposés dans la jurisprudence interne, alors même que les faits des litiges se distingueraient sensiblement des affaires BURGHARTZ¹⁰²⁹ ou NIEMIETZ¹⁰³⁰. La Haute juridiction peut citer, au soutien de sa décision, l'arrêt européen d'où procède l'interprétation autonome d'un terme de la CEDH.

412. De manière plus générale, l'interprétation intègre également les mécanismes dégagés par la Cour EDH afin de garantir l'effectivité du traité. Ces mécanismes doivent être assimilés dans la jurisprudence de la Cour de cassation. La Haute juridiction doit tenir compte du principe de proportionnalité ou encore respecter la mise en œuvre des clauses d'ordre public. L'identité des faits est sans incidence sur la transposition des mécanismes d'interprétation.

413. Enfin, une dimension procédurale doit être envisagée dans la détermination du précédent transposable.

¹⁰²⁵ ABRAHAM (Ronny), *La France devant les juridictions européennes* in *Les cours européennes de Luxembourg et Strasbourg*, Revue Pouvoirs, n°96, Janvier 2001, p 143 (spécialement p 158).

¹⁰²⁶ S. DELICOSTOPOULOS (Ioannis), *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 401, 2003, Paris n°202-203.

¹⁰²⁷ ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), *GA CourEDH*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris, p 705.

¹⁰²⁸ MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, connaissance du droit, Dalloz, 2005, Paris, p 67 et 68.

¹⁰²⁹ Cour EDH, arrêt BURGHARTZ contre Suisse du 22 février 1994, Série A 280-B.

¹⁰³⁰ Cour EDH, arrêt NIEMIETZ contre Allemagne du 16 décembre 1992, Série A 251-B

Le juge de cassation peut être appelé à tenir compte de “la réalité de l’interprétation supranationale”. Afin d’être invocable, le précédent doit exister au moment où il est invoqué devant le juge interne. Ceci soulève une difficulté liée aux revirements de jurisprudence. En effet, les solutions dégagées sont susceptibles d’évoluer et de se transformer avec le temps, puisque la Cour EDH élabore une interprétation évolutive du traité¹⁰³¹. Seule l’interprétation existante au moment de la décision peut être considérée comme transposable.

414. Sur le plan formel, le juge de cassation doit procéder à la réception judiciaire du précédent européen. Par conséquent, il peut, à l’instar de la Cour EDH, citer expressément l’arrêt d’où provient l’interprétation. Cette référence se fait, idéalement, dans le corps de la décision. Toutefois, il est concevable de s’y référer dans les titres ou le sommaire de l’arrêt. Il est important qu’une “traçabilité” de l’interprétation soit réalisée afin de parvenir à une lecture croisée des jurisprudences nationales et internationales. Pour l’heure, s’il est incontestable que la Cour de cassation emprunte ses précédents à la jurisprudence européenne, cette “traçabilité” n’est pas effective, puisque la Haute juridiction ne se réfère pas systématiquement à l’arrêt d’où procède son interprétation.

Le principe de proportionnalité, la mise en œuvre des clauses d’ordre public, la marge nationale d’interprétation sont autant de mécanismes que la juridiction strasbourgeoise applique dans tous ses arrêts. Ici, la Haute juridiction peut se contenter d’une référence globale à “la jurisprudence de la Cour EDH”, sans s’appuyer spécifiquement sur une décision, sauf si l’identité des faits d’un arrêt européen rend sa citation pertinente afin de justifier la solution apportée au litige.

415. Tous ces raisonnements méritent d’être nuancés concernant les interprétations supranationales fournies par les organes onusiens de contrôle.

Si le justiciable invoque une interprétation retenue par un Comité, il est difficilement concevable que la Cour de cassation s’oppose à l’interprétation conforme. En revanche, il paraît délicat de lui imposer l’immense travail d’investigation que générerait la recherche de toutes les interprétations fournies¹⁰³² à l’égard des nombreux Etats signataires des traités. Contrairement à la solution retenue pour les précédents européens, qui impose à la Cour de rechercher si un précédent doit être transposé, une voie médiane pourrait être trouvée. L’obligation de transposer l’interprétation fournie, à l’occasion d’un litige ou d’un rapport concernant la France, pourrait être imposée à la Cour de cassation. En revanche, le justiciable devrait rechercher les interprétations élaborées à l’égard de pays étrangers s’il souhaite s’en prévaloir.

¹⁰³¹ La Cour EDH indique que la Convention doit « *se lire à la lumière des conditions de vie d’aujourd’hui* » : arrêt MARCKX contre Belgique, 13 juin 1979, série A, n°31, § 41 et AIREY contre Irlande, 9 octobre 1979, série A, n°32, § 26.

¹⁰³² Les travaux des Comités onusiens sont difficilement accessibles. Le site internet de l’ONU, seule source exhaustive des travaux, est opaque. Par ailleurs, rares sont les revues publiant les décisions des organes supra nationaux de contrôle. Quelques décisions sont retranscrites à la Revue universelle des droits de l’homme.

416. En revanche, les interprétations *erga omnes* rendues par les Comités onusiens, lorsqu'ils élaborent des observations générales¹⁰³³, peuvent être invoquées et transposées sans aucune difficulté. A l'origine, ces observations attiraient l'attention des Etats sur les insuffisances révélées par un nombre important de rapports. Avec le temps, elles se sont transformées en support interprétatif des dispositions conventionnelles¹⁰³⁴. Ces observations permettent à chaque Etat partie de déterminer la portée de la disposition conventionnelle envisagée. Ayant un caractère *erga omnes*, elles ne posent pas des difficultés d'adaptation et sont souvent suffisamment claires pour que les juridictions internes puissent les retenir au titre de l'interprétation conforme. Relativement stables, elles peuvent évoluer à la faveur d'une interprétation plus protectrice.

Avec le temps, la veille juridique instituée à la Cour de cassation, afin d'examiner l'évolution jurisprudentielle européenne, devrait être généralisée au profit d'autres organes de contrôle, qu'ils soient européens comme le CDS ou onusiens. Cette initiative garantirait une connaissance accrue des interprétations et contribuerait à une transposition de toutes les interprétations pertinentes à la résolution du litige. Cette démarche procéderait d'un dialogue des juges qui préside désormais dans les relations entre la Cour de cassation et la Cour EDH, mais qui devrait être renforcé avec les autres organes de contrôle supranationaux.

2- Vers un dialogue des juges

417. Le dialogue des juges se construit généralement par la voie de méthodes procédurales. Au sein de l'Europe communautaire, le renvoi préjudiciel permet au juge interne d'interroger préalablement la CJCE sur l'interprétation des textes et actes communautaires¹⁰³⁵. Au plan interne, la saisine pour avis construit, également, un dialogue entre les juridictions du fond et la Cour de cassation.

Or, aucun mécanisme similaire n'a, pour l'heure, été élaboré par la CEDH. S'il est aujourd'hui envisagé de l'en doter¹⁰³⁶, il n'existe pas encore de procédure permettant aux juridictions nationales d'interroger les juges européens sur l'interprétation du traité.

¹⁰³³ PI, TII, CI, S2.

¹⁰³⁴ TISTOUNET (Eric), *Amélioration des procédures conventionnelles des Nations Unies en matière de droits de l'homme*, RUDH, 1995, Doctrine p 147 et suivantes.

¹⁰³⁵ Art. 234 du TCE. CLAPIE (Michel), *Institutions européennes*, Champs Université, Flammarion, 2003, Paris, p 236 ; GAUTHIER (Yves), *Le renvoi préjudiciel un instrument efficace de dialogue ?* in *Le dialogue des juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 203.

¹⁰³⁶ RITLENG (Dominique), *L'institutionnalisation du dialogue : perspectives d'avenir pour la Cour de justice des communautés européenne et pour la Cour européenne des droits de l'homme* in *Le dialogue des juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 211.

Simplement, depuis l'entrée en vigueur du protocole additionnel numéro 11, le recours devant la Grande chambre permet de poursuivre le dialogue avec les juges européens¹⁰³⁷.

418. Pourtant, les échanges existent entre la Cour EDH et la Cour de cassation. Ils peuvent être informels et se dérouler durant les nombreuses rencontres organisées entre les représentants des différentes Cours¹⁰³⁸, mais ils fructifient essentiellement grâce au dialogue prétorien¹⁰³⁹.

419. En outre, l'emploi du terme dialogue suggère sa réciprocité. Certes, le juge français à la Cour EDH constate que « ...la Cour de Strasbourg constitue le dernier ressort en matière de défense des droits et libertés »¹⁰⁴⁰. En effet, elle bénéficie d'« ... une position éminente pour faire respecter la Convention par les autorités nationales, y compris judiciaires »¹⁰⁴¹. Toutefois, la Cour EDH s'inscrit dans une démarche d'échange avec les juridictions nationales qui se concrétise tant par le bulletin d'information des droits de l'Homme, que par sa propre jurisprudence. Ainsi, un supplément au bulletin d'information sur les droits de l'Homme a été édité en 2005, réservé à la jurisprudence nationale appliquant la CEDH¹⁰⁴². De plus, la Cour EDH se réfère parfois explicitement aux solutions prétoriennes dégagées par les juridictions nationales afin d'étendre sa protection. Elle trouve alors inspiration dans les interprétations nationales¹⁰⁴³. Lors d'un revirement de jurisprudence, dans les affaires GOODWIN¹⁰⁴⁴ et I¹⁰⁴⁵ contre Royaume Uni rendues le 11 juillet 2002, la Cour EDH décide que l'Etat doit désormais reconnaître juridiquement la conversion sexuelle des transsexuels opérés, afin de préserver leur droit à la vie privée et en tirer les conséquences au regard du droit de se marier, sur le fondement de l'article 12 du traité¹⁰⁴⁶. Afin de parvenir à cette conclusion, elle se réfère explicitement, dans sa décision, aux droits internes garantissant ces

¹⁰³⁷ DE GOUTTES (Régis), *Logiques de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme* in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, sous la direction de Nicolas MOLFESSIS, Economica, 2004, Paris, p 236. Evoquant l'affaire MEFTAH, ABOUD et BOSONI contre France du 26 juillet 2002, Monsieur l'Avocat général DE GOUTTES précise que la Cour de cassation, elle-même, a invité l'Etat à saisir la Grande Chambre afin de préciser ses arguments, relativement à la procédure sans représentation obligatoire devant la Cour de cassation.

¹⁰³⁸ COSTA (Jean-Paul), *La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges* in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Droit et justice* n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 159 ; TULKENS (Françoise), *Des passerelles pour l'avenir* in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 933.

¹⁰³⁹ COSTA (Jean-Paul), Op. Cit. p 154 ; POTVIN-SOLIS (Laurence), *Le concept de dialogue entre les juges en Europe* in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Droit et justice* n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 19 et plus spécialement p 22 et suivantes.

¹⁰⁴⁰ COSTA (Jean-Paul), Interview par Pierre RANCE, D 2002, p 3148.

¹⁰⁴¹ COSTA (Jean-Paul), *La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges* in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Droit et justice* n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 153 (plus spécialement p 155).

¹⁰⁴² Conseil de l'Europe, supplément au bulletin d'information sur les droits de l'Homme n°65, septembre 2005.

¹⁰⁴³ COHEN-JONATHAN (Gérard), *La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des Etats contractants* in *Droit et justice*, Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS, Pedone, 1999, Paris, p 385.

¹⁰⁴⁴ Requête n°28957/95, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁰⁴⁵ Requête n°25680/94, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁰⁴⁶ Droit de la famille novembre 2002, p 26, commentaire n°133 de GOUTTENOIRE-CORNUT (Adeline).

mesures protectrices des droits fondamentaux des transsexuels, bien qu'il n'existe pas de démarche européenne commune. Cette référence est empruntée à une tierce intervention qui réunit différentes solutions juridiques provenant, pour la plupart, du droit prétorien¹⁰⁴⁷. L'organisation intervenante évoque, notamment, le système français autorisant le mariage des transsexuels ayant obtenu une modification de leur acte d'état civil, grâce à l'interprétation de la CEDH fournie par l'Assemblée plénière¹⁰⁴⁸.

420. Lorsque la Cour EDH cite les décisions internes au titre du droit pertinent, elle s'inscrit dans une démarche de dialogue et démontre qu'elle n'est pas seul artisan de la construction européenne des droits de l'Homme. L'invocabilité d'interprétation conforme ne prive pas la Cour de cassation de son pouvoir propre d'interprétation du traité. Au contraire, elle peut toujours s'émanciper de l'interprétation européenne si elle souhaite accroître la protection dégagée par la jurisprudence européenne. En effet, le juge naturel du traité dispose également d'un pouvoir créateur allant dans un sens plus favorable à la protection des droits de l'Homme. Ce pouvoir d'interprétation *in favorem* est fondé sur l'article 53 de la CEDH. Comme le constate le Premier Avocat général DE GOUTTES, le juge interne est « *le maître d'œuvre de l'application de la Convention européenne au plan interne* »¹⁰⁴⁹.

421. La Cour de cassation semble avoir compris que le pouvoir d'interprétation autonome du traité ne lui échappait pas, mais qu'elle pouvait, au contraire, faire prospérer les droits de l'Homme, en particulier dans les domaines où la Cour EDH n'avait pas eu l'occasion de s'aventurer. Se faisant la Haute juridiction s'engage dans un dialogue entre juges, qui doit, selon Madame POTVIN-SOLIS « *...permettre l'amélioration constante du système de protection européen* »¹⁰⁵⁰. La CEDH est le terreau d'interprétations particulièrement novatrices opérées par la Cour de cassation. La juridiction du droit apporte sa pierre à l'édifice de la protection des droits de l'Homme.

422. Comme tout traité, la CEDH pose des conditions d'applicabilité. Outre les compétences *ratione temporis* et *loci*, la question de l'applicabilité *ratione materiae* et *personae* des dispositions de la Convention doit être soulevée. Cette applicabilité n'est pas déterminée par un article du traité, mais conditionnée par les termes des différents textes enrichis par l'interprétation évolutive de la jurisprudence rendue par la Cour EDH. La Cour de

¹⁰⁴⁷ § 56 et 57 de l'arrêt GOODWIN.

¹⁰⁴⁸ AP 11 décembre 1992, Bull. AP. n°13, p 27 ; JCP G 1993, II, 21991, conclusions JEOL (Michel) et note MEMETEAU (Gérard) ; RTDciv. 1993, p 97, n° 2, note HAUSER (Jean) ; Répertoire Defrénois, 1993, 1^{re} partie, art. 35502, p 314, *Le transsexualisme suite*, MASSIP (Jacques) et du même auteur, Répertoire Defrénois, 1993, 1^{re} partie, art. 35597, p 896, *Le transsexualisme...encore*.

¹⁰⁴⁹ DE GOUTTES (Régis), *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge ?* in *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974-1992*, sous la direction de Frédéric SUDRE, Engel, 1993, p 49 (spécialement p 50).

¹⁰⁵⁰ POTVIN-SOLIS (Laurence), *Le concept de dialogue entre les juges en Europe* in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 19 (plus spécialement p 31).

cassation retouche cette applicabilité par une interprétation originale de certaines dispositions conventionnelles et déploie le champ d'application du traité.

L'affaire OURY est représentative de cette interprétation originale des dispositions conventionnelles. L'Assemblée plénière, dans un arrêt du 5 février 1999¹⁰⁵¹, a décidé d'appliquer à la Commission des opérations de bourses les exigences dégagées par le droit au procès équitable. Selon elle, cette autorité administrative indépendante n'est pas impartiale car le rapport oral du Rapporteur chargé de l'instruction n'est pas préalablement communiqué. Par cette décision, la formation la plus solennelle de la Haute juridiction adopte une interprétation originale de l'applicabilité *ratione personae* de l'article 6 de la CEDH¹⁰⁵². En effet, la jurisprudence de la Cour EDH n'applique pas la disposition conventionnelle aux autorités administratives ne présentant pas toutes les qualités exigibles d'une juridiction, dès lors que le justiciable est en mesure d'exercer une voie de recours devant une juridiction revêtant les garanties exigées par le droit au procès équitable¹⁰⁵³. En procédant à sa propre interprétation, la formation la Cour de cassation affirme son autonomie par rapport à l'organe de contrôle supranational et accroît les droits des justiciables. Ces derniers n'ont plus intérêt à se prévaloir de l'invocabilité d'interprétation conforme, mais peuvent s'appuyer sur l'interprétation nationale du traité. Cette jurisprudence se propage au Conseil de la Concurrence, par arrêt de la Chambre commerciale du 5 octobre 1999¹⁰⁵⁴, alors même que les juges du fond s'étaient référés implicitement à la jurisprudence strasbourgeoise moins protectrice ÖSTÜK contre Allemagne du 21 février 1984¹⁰⁵⁵.

423. L'interprétation originale des termes de la Convention ne se limite pas à une amplification de leur applicabilité. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation dévoile des décisions à l'occasion desquelles elle se démarque de la jurisprudence strasbourgeoise par une application innovante des dispositions conventionnelles. Christophe SOULARD, Conseiller référendaire à la Cour de cassation, explique qu'il est des cas pour lesquels la Cour EDH n'a pas apporté de réponse à la question soumise à la juridiction du droit. Dans une telle situation, cette dernière « *tente d'extrapoler la solution à partir de décisions concernant des cas différents* », elle raisonne à partir « *d'un état d'esprit général des juridictions*

¹⁰⁵¹ Bull. AP. n°1, p 1 ; JCP E. 1999, p 957, note GARAUD (Eric); Revue droit bancaire et bourse 1999, p 32, observations GERMAIN (Michel) et FRISON-ROCHE (Marie-Anne); GP 24-25 février 1999, avec les Conclusions de LAFORTUNE (Marie-Antoine) et la note de DELGUERDE (Jean-Marie), GRAMBLAT (Luc), HERBIERE (Martine); JCP G. 1999, II, 10060, note MATSOPOULOU (Haritini); PA 10 février 1999, n°29, p 3, note PM; JCP 2000, I, 252, p 1595, observations MAGNIER (Véronique); COURET (Alain), Op. Cit.

¹⁰⁵² GARAUD (Eric), JCP E. 1999, Op. Cit. P 957 et 958. Sur cette affaire, voir également l'arrêt du 1^{er} décembre 1998, Bull. civ. IV, n°283, p 237; JCP E 1999, II, 10057, p 589, note GARAUD (Eric); COURET (Alain), *La sauvegarde des droits de la défense devant la COB*, Revue juridique droit des affaires 1999, n°3, p 203.

¹⁰⁵³ CEDH, arrêt ÖSTÜK contre Allemagne du 21 février 1984, Série A n°73; ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), *GA CourEDH*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris, n°23, p 229.

¹⁰⁵⁴ Bull. civ. IV, n°158, p 133; JCP G. 2000, II, 10255, p 309, note CADOU (Eléonore). Voir également Com. 9 octobre 2001, Bull. civ. IV, n°160, p 152

¹⁰⁵⁵ Op. Cit.

européennes »¹⁰⁵⁶. Cette démarche conduit la Haute juridiction à pratiquer une interprétation que le Professeur SUDRE qualifie de « novatrice »¹⁰⁵⁷. L'application de la CEDH, par la Haute juridiction est « inédite, en l'absence de tout précédent jurisprudentiel européen ... le juge interne ouvre, en quelque sorte, la voie au juge européen »¹⁰⁵⁸.

L'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 4 septembre 2001¹⁰⁵⁹ reflète une démarche d'application indépendante de la CEDH, puisque la Haute juridiction procède à l'éviction du droit interne, déclaré contraire à la CEDH, alors même que la jurisprudence européenne ne connaît pas de précédents similaires. Par cette décision AMAURY, la formation répressive décide que la loi interne du 19 juillet 1977, portant interdiction de publier, diffuser ou commenter des sondages d'opinion, pendant la semaine qui précède chaque tour de scrutin, ainsi que durant le déroulement de celui-ci, est contraire à l'article 10 de la CEDH. En effet, telle publication constituait un délit défini par les articles 11 et 12 de la loi et 90-1 du Code électoral. Cette limite à la liberté d'expression engendrait une ingérence dans le droit conditionnel et la Haute juridiction constate qu'elle n'est pas justifiée au regard des conditions posées par le paragraphe 2 de la disposition conventionnelle. La Cour opère ici un revirement de jurisprudence puisque par un arrêt du 14 mai 1996¹⁰⁶⁰, elle avait estimé que l'ingérence était justifiée par la protection des droits d'autrui, droit à des élections libres et à la sincérité du scrutin, d'ailleurs garantis par l'article 3 du premier protocole additionnel à la CEDH.

424. Lorsque la Cour de cassation s'émancipe des interprétations supranationales, elle préserve l'invocabilité de la disposition supranationale en procédant à une interprétation autonome. Or, cette interprétation nationale peut servir de terreau à l'évolution de la jurisprudence européenne. Le dialogue entre les juges est à double sens, le justiciable étant d'autant plus préservé.

425. En revanche, ce réseau interprétatif n'existe pas entre la Cour de cassation et les autres organes supranationaux de contrôle. L'influence de la Cour EDH empêche les autres interprétations de prospérer. Cependant, il faut spécifier que ces interprétations ne sont pratiquement jamais invoquées devant le juge de cassation. Dans toute la jurisprudence de la Cour de cassation, un seul pourvoi a pu être identifié comme faisant expressément référence aux travaux du CDH¹⁰⁶¹. La présence d'éminents membres de la Cour de cassation au sein des

¹⁰⁵⁶ SOULARD (Christophe), *La Cour de cassation et le dialogue des juges* in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 95 (spécialement p 96).

¹⁰⁵⁷ SUDRE (Frédéric), *A propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité* in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, Pedone, 2004, Paris, p 207 (plus spécialement p 221 et suivantes).

¹⁰⁵⁸ SUDRE (Frédéric), *Op. Cit.* p 221.

¹⁰⁵⁹ Bull. crim. n°170, p 562 ; JCP G. 2001, II, 10623, p 2108, avec les Conclusions de COMMARET (Dominique) et la note de LEPAGE (Agathe) ; Légipresse novembre 2001, n°186, III, Cours et tribunaux, p 183, note ADER (Basile) ; RTDCiv. 2002, p 186, observations LIBCHABER (Rémy).

¹⁰⁶⁰ Bull. crim. n°204, p 577.

¹⁰⁶¹ Crim. 17 mars 1999, Bull. crim. n°44, p 104.

Comités onusien facilitera, certainement, avec le temps, le dialogue entre ces organes supranationaux et la Haute juridiction.

Conclusion du Chapitre II

426. La Cour de cassation procède à la réception judiciaire des interprétations fournies par la Cour EDH. Cette démarche, stimulée par un dialogue des juges¹⁰⁶², garantit la justiciabilité des interprétations européennes par l'intermédiaire de deux mécanismes.

Tout d'abord, l'autorité de la chose jugée, combinée à la loi du 15 juin 2000 permet de consacrer l'invocabilité directe de certains arrêts rendus par la Cour EDH. Ces décisions sont créatrices d'un droit à l'accès au juge.

En outre, la Cour de cassation applique les dispositions conventionnelles conformément à l'interprétation retenue par la Cour EDH. Toutefois, cette seconde forme de justiciabilité ne révèle pas un caractère de systématisme. Parfois, la Cour de cassation tarde à transposer le précédent. Souvent, alors même que son interprétation du traité procède d'une assimilation de la jurisprudence européenne, elle ne se réfère pas explicitement à l'arrêt de la Cour EDH. Dans le meilleur des cas, la Cour de cassation cite le précédent ou se réfère indistinctement à la jurisprudence de la Cour EDH, sans la nommer précisément.

Bien que l'invocabilité d'interprétation conforme à la chose interprétée mérite d'être affinée, elle démontre que le justiciable peut se prévaloir efficacement, devant la Cour de cassation, du précédent rendu par la Cour EDH.

427. Les interprétations des autres organes de contrôle souffrent de cette concurrence strasbourgeoise, car elles sont dépourvues du caractère obligatoire qui caractérise les arrêts européens. La jurisprudence consacrant une justiciabilité de ces interprétations est inexistante. Selon le Professeur SHELTON, « *L'existence d'organes judiciaires et quasi judiciaires rend encore plus complexe le droit des droits de l'homme car ces organes contribuent au développement d'une jurisprudence qui, elle-même, est une combinaison de "hard" et de "soft law"* ». Si les arrêts de la Cour EDH entrent dans cette première catégorie, il faut considérer que les interprétations des différents Comités constituent, au moins, une «... *"soft law" secondaire* » qu'il ne faut pas ignorer car elle détermine « *...l'existence ou non d'une violation d'un traité relatif au droits de l'homme* »¹⁰⁶³. Par conséquent, une obligation de fait, déontologique peut conduire la Haute juridiction à appliquer le traité à la lumière des interprétations. En effet, même le « *non droit peut être politiquement ou moralement contraignant* »¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶² POTVIN-SOLIS (Laurence), *Le concept de dialogue entre les juges en Europe* in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 19.

¹⁰⁶³ SHELTON (Dinah), *Mettre en balance les droits : vers une hiérarchie des normes en droit international des droits de l'homme* in *Classer les droits de l'homme* sous la direction de Emmanuelle BRIBIOSA et Ludovic HENNEBEL, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 153 (plus spécialement p 182-189)

¹⁰⁶⁴ SHELTON (Dinah), *Op. Cit.* p 189.

Conclusion du Titre II

428. Le caractère objectif des droits de l'Homme impose à la Cour de cassation d'élargir la justiciabilité des traités internationaux. Trop de dispositions conventionnelles demeurent inappliqués car dénuées d'effet direct.

L'invocabilité d'exclusion et l'invocabilité d'interprétation conforme constituent des mécanismes de justiciabilité alternatifs à l'effet direct. Loin d'être étrangers à la Cour de cassation, ils prospèrent, à l'état embryonnaire, dans sa jurisprudence. Il semblerait, cependant, que la Haute juridiction réserve leur application aux dispositions conventionnelle issues de la CEDH.

429. L'ambiguïté de cette démarche résulte de ce que la Haute juridiction n'envisage la justiciabilité des dispositions conventionnelles issues des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme que lorsque ces dernières revêtent les caractéristiques de droits d'effet direct. Les autres mécanismes de justiciabilité restent donc complémentaires de l'effet direct alors qu'ils devraient servir des textes qui en sont dépourvus.

Puisque ces mécanismes sont déjà utilisés par la Cour de cassation, une simple adaptation de la jurisprudence permettra à tous les droits de l'Homme d'atteindre la justiciabilité.

430. Cette inclinaison en faveur de la CEDH se traduit également dans la transposition des interprétations fournies par la Cour EDH. La jurisprudence de la Cour de cassation démontre une volonté de coopération avec les juges strasbourgeois, permettant au justiciable de se prévaloir des interprétations européennes. Paradoxalement, les interprétations fournies par les autres organes supranationaux de contrôle demeurent ignorées par la Haute juridiction.

Il faut donc établir un parallèle entre les dispositions conventionnelles et les interprétations supranationales et constater que la justiciabilité des droits de l'Homme est excessivement limitée à celle des droits civils et politiques consacrés par la CEDH et interprétés par la Cour EDH.

431. Cette application quasiment exclusive de la CEDH conduit progressivement le justiciable à se détourner des autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Il préfère la certitude de l'argument européen aux aléas de la justiciabilité d'autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme.

Conclusion de la Partie I

432. La primauté des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme sur le droit interne infraconstitutionnel ne garantit pas leur justiciabilité. Celle-ci dépend de mécanismes élaborés par la jurisprudence internationale et par la doctrine. Le Cour de cassation ne pourra prendre appui sur les dispositions conventionnelles, afin d'asseoir ses décisions, que si elles empruntent un de ces mécanismes.

La Cour de cassation élabore une jurisprudence exclusivement construite autour de l'effet direct. Cependant, les contraignantes conditions attachées à ce mécanisme excluent trop de dispositions conventionnelles de la justiciabilité. Le caractère objectif des droits de l'Homme impose d'assouplir ces critères en dégagant une présomption d'effet direct et d'envisager la justiciabilité sous l'angle plus large de l'invocabilité. Ainsi, l'invocabilité d'exclusion et d'interprétation conforme du droit interne au traité, empruntées au contentieux communautaire, pourraient garantir une applicabilité plus large des droits de l'Homme dénués d'effet direct.

433. Le droit conventionnel des droits de l'Homme est complexe. Les droits consacrés par les dispositions conventionnelles doivent être envisagés à la lumière des interprétations fournies par les organes supranationaux de contrôle. Ces interprétations ont profondément modifié la physionomie des normes, précisant leur portée tout en les enrichissant. Le justiciable devrait pouvoir se prévaloir de ce droit prétorien et obtenir sa transposition. Ainsi, la justiciabilité des interprétations supranationales serait garantie.

La loi du 15 juin 2000, en élaborant une procédure de réexamen consécutif à un arrêt rendu par la Cour EDH offre un précieux indice de cette justiciabilité. Désormais, certains arrêts de la Cour EDH peuvent être directement invoqués par le justiciable victorieux à strasbourg. Cependant, la législation nationale ne définit pas les méthodes permettant de transposer pour l'avenir les interprétations dégagées par les organes supranationaux de contrôle. Ces derniers, interprètes des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, rendent des décisions revêtues de l'autorité de la chose interprétée. Le juge de cassation peut accepter de transposer ces interprétations par la voie de l'invocabilité d'interprétation conforme du traité à la chose interprétée par les organes supranationaux de contrôle.

434. Au terme de la première partie de cette étude, la position privilégiée de la CEDH, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, se dessine. Les dispositions conventionnelles du traité européen sont reconnues d'effet direct vertical et parfois horizontal. Les interprétations fournies par la Cour EDH font l'objet d'une réception judiciaire démontrant l'essoufflement des résistances et la volonté de dialogue avec la juridiction strasbourgeoise.

Cette influence étouffe le contentieux des droits de l'Homme et les justiciables ne cherchent pas à profiter de nombreux droits consacrés par d'autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme.

Si la jurisprudence récente garantissant l'effet direct de certaines dispositions issues de la CIDE peut inverser cette tendance, le chemin à parcourir, afin que toutes les générations des droits de l'Homme parviennent au seuil de la justiciabilité, reste long.

435. En outre, si la justiciabilité garantit l'applicabilité des textes, elle ne conditionne pas l'application qui en résultera. La prolifération des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme place le juge de cassation dans une posture délicate. Il doit envisager l'ensemble des dispositions conventionnelles et les confronter aux autres sources du droit. Une fois encore l'article 55 de la Constitution de 1958 ne lui fournit qu'un indice partiel des méthodes qui lui permettront de coordonner l'application de toutes les sources du droit. Ce texte, qui préserve la primauté des dispositions conventionnelles sur la loi interne infraconstitutionnelle, permettra de mettre en œuvre le contrôle de conventionnalité. Pourtant, cette hiérarchie n'offre pas de solutions à toutes les redondances ou conflits de normes, imposant d'envisager une pluralité de mécanismes de coordination.

Partie II

L'application coordonnée des normes

436. La justiciabilité autorise l'application de la disposition conventionnelle. Le juge de cassation peut prendre appui sur les droits de l'Homme afin de motiver sa décision. Le caractère « *d'exception* » de ces droits, plus « *éminents* » que tous les autres¹⁰⁶⁵, ne signifie pas qu'ils doivent être invoqués dans n'importe quelles circonstances. Cependant, l'engouement des justiciables à l'égard de la CEDH a transformé le traité en « *bonne à tout faire d'un bon nombre de pourvois en cassation* »¹⁰⁶⁶, une référence aux dispositions conventionnelles étant presque systématiquement ajoutée « *...à tout hasard, parce que cela fait très chic* »¹⁰⁶⁷. Cette dangereuse « *banalisation* »¹⁰⁶⁸ de la CEDH et d'autres traités invoqués « *à tort et à travers, dans un patchwork de textes internationaux* »¹⁰⁶⁹, procède d'un raisonnement erroné selon lequel les droits de l'Homme seraient un « *remède universel à toutes les erreurs judiciaires et administratives* »¹⁰⁷⁰.

437. Les dispositions conventionnelles s'intègrent au Droit objectif. Leur réception par l'ordre juridique interne les place au cœur d'un ensemble de normes. Elles ne peuvent, ni ne doivent se substituer à chacune d'entre elles. Il est préférable que le juge de cassation coordonne l'application des différentes sources du Droit afin que chacune prospère eu égard à son rang dans la hiérarchie des normes.

438. Le terme « *norme* » fait l'objet d'une pluralité de définitions. Il peut être employé dans une acception générale « *comme équivalent de règle de droit* »¹⁰⁷¹. Dans la théorie de Hans

¹⁰⁶⁵ GUTMANN (Daniel), *Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ?* in *L'avenir du droit*, Mélanges hommage à François TERRE, D, PUF, 1999, Paris, p 329 (voir plus spécialement p 341).

¹⁰⁶⁶ PERROT (Jacques), *Récusation et impartialité du juge : la subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme*, commentaire de l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 24 novembre 2000, RTDciv. 2001, p 204, n°3.

¹⁰⁶⁷ MARGUENAUD (Jean-Pierre), *Le juge judiciaire et l'interprétation européenne* in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, colloque organisé par l'IDEH, sous la direction de Frédéric SUDRE, les 13 et 14 mars 1998, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 231.

¹⁰⁶⁸ NORMAND (Jacques), *La subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme devant la Cour de cassation* in *La procédure dans tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, PA, 2004, Paris, p 357 (plus spécialement p 365).

¹⁰⁶⁹ GUINCHARD (Serge), *L'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques par le juge judiciaire*, actes du colloque *La France et le Pacte international de New York relatif aux droits civils et politiques*, PA 25 mai 2000, n°104, p 23.

¹⁰⁷⁰ PETTITI (Louis-Edmond), *L'invocation de la Convention européenne devant les juridictions nationales*, in, *L'avocat et l'Europe des 12 et des 21. La défense des droits de l'homme, l'intégration communautaire, perspectives 1992*, Actes du XIIe congrès de l'association des centres de formation professionnelle du barreau, CFPA d'Alsace, 1988, Strasbourg, p 107.

¹⁰⁷¹ CORNU (Gérard), (dir.) *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 7^{ème} édition, Quadrige, 2005, Paris.

KELSEN¹⁰⁷², les normes sont hiérarchisées au sein d'un ordonnancement juridique. Cette gradation permet d'embrasser toutes les sources du Droit, y compris celles résultant des situations individuelles, comme les contrats. Elle comprend également les décisions de justice définies selon le Professeur TERRE comme des « *normes individuelles, concrètes et catégoriques* »¹⁰⁷³. Cette acception très large de la « norme » sera retenue dans cette étude afin de dégager les mécanismes garantissant une application coordonnée, avec les dispositions conventionnelles, de chacune de celles émanant du législateur, du juge, des traités, des individus mais également du droit étranger.

439. L'application coordonnée est garantie par la mise en œuvre de mécanismes de coordination. Le seul indicateur permettant au juge de cassation de procéder à cette application coordonnée résulte de l'article 55 de la Constitution de 1958. Les dispositions conventionnelles trouvent leur place dans la hiérarchie des normes entre la Constitution et la loi. Il appartient à la Haute juridiction, depuis l'arrêt JACQUES VABRE¹⁰⁷⁴, de faire prévaloir les dispositions conventionnelles sur toute norme infraconstitutionnelle.

En revanche, d'autres mécanismes de coordination doivent être définis lorsque des contradictions naissent entre les traités. Ainsi que le souligne Madame BRIERE « *la prolifération des normes conventionnelles consacrant des valeurs totalement opposées engendre inévitablement des conflits* »¹⁰⁷⁵. Si le droit international public dégage certaines règles, leur mise en œuvre doit s'imprégner de la spécificité des droits de l'Homme, particulièrement de leur caractère objectif.

440. Par conséquent, afin de cerner pleinement les mécanismes d'application coordonnée des normes, il convient de distinguer les hypothèses dans lesquelles une disposition conventionnelle créatrice d'un droit de l'Homme est confrontée au droit national (Titre I), de celles à l'occasion desquelles les normes conventionnelles doivent s'articuler entre elles (Titre II).

¹⁰⁷² KELSEN (Hans), *Théorie générale du droit et de l'Etat* suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, LGDJ, Bruylant, La pensée juridique, 1997, p 191 et suivantes ; plus largement voir *Théorie générale des normes*, Léviathan, PUF, 1996, Paris.

¹⁰⁷³ TERRE (François), *Introduction générale au droit*, 6^{ème} édition, Précis Dalloz, 2003, Paris, n°285.

¹⁰⁷⁴ Chambre mixte, 24 mai 1975, RCDIP 1976, p 347, note FOYER (Jacques) et HOLLEAUX (Daniel) ; JDI 1975, p 801, note RUZIE (Daniel) ; ANCEL (Bertrand), LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, D, 4^{ème} édition, 2001, Paris, n° 55-56 p 531 ; D 1975, p 467, Conclusions TOUFFAINT.

¹⁰⁷⁵ BRIERE (Carine), *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 347, 2001, Paris, n°381.

Titre I

L'application coordonnée des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme avec le droit national

441. L'ingérence des droits de l'Homme dans le contentieux judiciaire est un phénomène relativement récent. Dans un premier mouvement, les individus ont ignoré ce réservoir de droits subjectifs¹⁰⁷⁶. Le droit de recours individuel, reconnu au justiciable français le 2 octobre 1981¹⁰⁷⁷, marque la pénétration véritable des droits civils et politiques dans les litiges déferés à la Cour de cassation. Il a permis la « *naissance de la Convention* »¹⁰⁷⁸ puisque, hormis quelques décisions significatives rendues avant cette date, l'emballement de l'invocation du traité correspond à l'admission de sa justiciabilité supranationale. Les individus ont cherché à se prévaloir des droits consacrés devant les juridictions internes, sans doute dans le souci de se ménager un recours devant la Cour EDH. En effet, l'épuisement des voies de recours utiles au plan national conditionne la recevabilité de la requête devant le juge strasbourgeois. Plus largement, la reconnaissance d'un droit de recours individuel devant un organe supranational de contrôle stimule la vitalité du traité protecteur des droits de l'Homme dans l'ordre juridique interne¹⁰⁷⁹.

442. Cet engouement à l'égard de la CEDH a pu aiguïser un réflexe souverainiste du juge de cassation¹⁰⁸⁰, car les textes internes garantissent concurremment la plupart des droits consacrés par le traité. Ce sentiment, renforcé par une doctrine quelque peu hostile à

¹⁰⁷⁶ GUINCHARD (Serge), *Application de la Convention européenne par le juge judiciaire*, Revue Europe, Hors série, octobre 1999, p 10, l'auteur indique : « *La jurisprudence judiciaire s'est forgée dans ce contexte d'ignorance, d'indifférence, sous les coups de boutoir des arrêts de Strasbourg et des plaideurs mieux conseillés que d'autres sur l'importance, pour le respect de leurs droits, de la Convention* ».

¹⁰⁷⁷ Décret portant publication du 9 octobre 1981 n°81-917.

¹⁰⁷⁸ EISSEN (Marc-André), *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme devant les juridictions françaises*, in, *L'avocat et l'Europe des 12 et des 21. La défense des droits de l'homme, l'intégration communautaire, perspectives 1992*, Actes du XIIe congrès de l'association des centres de formation professionnelle du barreau, CFPA d'Alsace, 1988, Strasbourg, p 87.

¹⁰⁷⁹ De même le Comité des droits de l'homme peut séduire le justiciable qui souhaite se prévaloir du traité. La France a admis le recours individuel car elle craignait de voir s'élaborer, dans le giron de l'organe supranational, « *une jurisprudence s'écartant de sa conception des droits de l'homme* » : COUSSIRAT-COUSTERE (Vincent), *L'adhésion de la France au protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, AFDI, 1983, p 50.

¹⁰⁸⁰ BIGOT (Christophe), *Du droit à l'image au droit à la vie privée*, note sous Cour de cassation, 1^{er} civ. 12 juillet 2001, D 2002, jurisprudence p 1380.

l'engagement européen¹⁰⁸¹, a pu conduire la Haute juridiction à préserver, avec une énergie parfois contestable, l'application du droit national.

443. Afin de garantir une mise en œuvre prioritaire du droit interne, le juge de cassation peut s'appuyer sur la subsidiarité du droit conventionnel. En effet, dès lors que les textes nationaux préservent avec efficacité les droits de l'Homme, la Cour de cassation peut statuer sur leur fondement, reléguant les dispositions conventionnelles à une application subsidiaire. Elle considère alors que les droits de l'Homme ont vocation à soutenir sa décision « ...*en second lieu (...), pour le cas où ce qui est principal, primordial, vient à faire défaut...* »¹⁰⁸². Cette subsidiarité, dont la persistance peut, aujourd'hui encore, être constatée, n'est pas uniforme mais fluctue en fonction des litiges soumis à la Haute juridiction. Elle doit, en revanche, céder dès lors que la primauté des dispositions conventionnelles mérite d'être confortée, c'est-à-dire lorsque les normes nationales contredisent les droits de l'Homme définis par les traités. Afin d'assurer cette primauté, la Haute juridiction doit alors confronter les deux sources de droits dans le cadre du contrôle de conventionnalité.

444. Par conséquent, afin de parvenir à une application coordonnée des traités internationaux protecteurs de droits de l'Homme avec le droit national, la Cour de cassation peut s'appuyer sur deux mécanismes. L'application subsidiaire (Chapitre I) s'inclinera au bénéfice de la primauté des dispositions conventionnelles plus favorables que le droit national (Chapitre II).

¹⁰⁸¹ Pour une « *approche par la doctrine privatiste* » de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour EDH, voir : MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La Convention européenne des droits de l'homme : approche par le droit privé* in *Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON*, Pedone, 2004, Paris, p 155 (spécialement p 156 et suivantes).

¹⁰⁸² CORNU (Gérard), (dir.) *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 7^{ème} édition, Quadrige, 2005, Paris.

Chapitre I

La subsidiarité des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme

445. Le mécanisme de subsidiarité¹⁰⁸³ n'est pas inconnu du droit privé français¹⁰⁸⁴, pas plus que du droit communautaire¹⁰⁸⁵, mais mérite d'être précisé quant à sa vocation à l'égard des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme.

Afin de dessiner les contours de cette subsidiarité, il est possible de se référer à la CEDH. En effet, les dispositions conventionnelles permettent d'identifier deux dimensions au caractère subsidiaire du traité¹⁰⁸⁶.

La première relève de l'article 35§1, selon lequel la Cour EDH ne sera saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes. Il s'agit d'une subsidiarité procédurale¹⁰⁸⁷ ou juridictionnelle¹⁰⁸⁸. Elle renforce le rôle du juge national, juge naturel du traité.

La seconde pourrait être rattachée, du moins de manière implicite¹⁰⁸⁹, à l'article 53 du traité européen selon lequel : « *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* ». La subsidiarité est ici « *substantielle* »¹⁰⁹⁰. Elle conditionne, partiellement, l'application coordonnée des normes par les juridictions internes.

¹⁰⁸³ MILLION-DELSOL (Chantal), *Le principe de subsidiarité*, Que sais-je ? PUF, 1993, Paris, passim.

¹⁰⁸⁴ RAYNARD (Jacques), *A propos de la subsidiarité en droit privé* in Mélanges Christian MOULY, Litec, 1998, Paris, p 131 ; CASSON (Philippe), *Le subsidiaire et le droit privé*, RRJ, 2001-1, p 143.

¹⁰⁸⁵ CONSTANTINESCO (Vlad), *Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ?* Mélanges en l'honneur de Jean BOULOUIS, *L'Europe et le droit*, D, 1991, Paris, p 35 ; ISSAC (Guy), BLANQUET (Marc), *Droit communautaire général*, 8^{ème} édition, Armand Colin, 2001, Paris p 46-48 ; CHARPENTIER (Jean), *Quelle subsidiarité*, Pouvoirs, 1994, n°69, p 49 ; voir également le numéro spécial réservé au principe de subsidiarité à la R.A.E. 1998, n°1 et 2.

¹⁰⁸⁶ LAMBERT (Elisabeth), *Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 1999, Bruxelles, p 21 ; VERDUSSEN (Marc), *La protection des droits fondamentaux en Europe : subsidiarité et circularité* in *Le principe de subsidiarité*, sous la direction de Francis DELPEREE, LGDJ, Bruylant, 2002, Paris, Bruxelles, p 311 et plus spécialement p 315 et suivantes.

¹⁰⁸⁷ LAMBERT (Elisabeth), Op. Cit.

¹⁰⁸⁸ VERDUSSEN (Marc), Op. Cit.

¹⁰⁸⁹ ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), *La subsidiarité devant la Cour de justice des communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme*, R.A.E., 1998, n° 1 et 2, p 28.

¹⁰⁹⁰ NORMAND (Jacques), *La subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme devant la Cour de cassation* in *La procédure dans tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, PA, 2004, Paris, p 357 (plus spécialement p 363).

Comme l'indique le Professeur ANDRIANTSIMBAZOVINA : « ...la subsidiarité y paraît comme une subsidiarité complémentarité puisque la protection européenne des droits de l'homme n'existe que pour pallier l'absence ou la défaillance de la protection nationale »¹⁰⁹¹.

La subsidiarité substantielle de la CEDH n'est pas isolée puisqu'il existe, dans tous les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, des dispositions conventionnelles garantissant l'application de la clause plus favorable¹⁰⁹². Il semblerait donc que cette vocation subsidiaire du traité européen à l'égard du droit interne puisse être considérée comme transposable à tous les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme.

446. En s'appuyant sur la subsidiarité substantielle, le juge interne n'appliquera les dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme que dans la mesure où l'arsenal juridique interne ne suffit pas à satisfaire la concrétisation des droits consacrés au plan international. Au contraire, s'il dispose d'un ensemble normatif lui permettant de garantir l'efficacité de ces droits, il ne sera pas tenu de statuer sur le fondement du traité¹⁰⁹³.

Théoriquement, la subsidiarité devrait jouer lorsque le droit interne préserve, identiquement, les droits de l'Homme définis par les traités, eux-mêmes enrichis des interprétations élaborées par les organes supranationaux de contrôle. Cette subsidiarité parfaite n'impose pas que les normes nationales et internationales soient absolument similaires, mais que leurs applications aboutissent à un résultat identique. En d'autres termes, les normes sont parfaitement substituables. La jurisprudence de la Cour de cassation permet d'identifier cette subsidiarité. Cependant, il semblerait que l'utilisation du mécanisme de coordination déborde la situation d'une parfaite similitude des droits. Par conséquent, afin de qualifier la mise en œuvre de la subsidiarité dans la jurisprudence de la Haute juridiction, il est possible d'emprunter la terminologie habituellement retenue à l'égard du droit de la concurrence, car à une subsidiarité parfaite (Section I), s'oppose une subsidiarité imparfaite (Section II).

¹⁰⁹¹ ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), Op. Cit. p 33 où l'auteur évoque la « le caractère persévérant de la subsidiarité substantielle dans la CEDH » en se référant à l'article 53 du traité. Cette subsidiarité est également identifiée par le Professeur France : « Il est vrai que le droit issu de la Convention...ne se substitue pas au droit national, il n'a pas la prétention, ni les moyens de remplacer le droit national. » : France (Gérard), *Conclusions générales in Quelle Europe pour les droits de l'homme. La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite » (35 ans de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 477 et par le Professeur DELMAS-MARTY pour qui : «... la Convention européenne des droits de l'homme, joue un rôle subsidiaire par rapport aux ordres juridiques nationaux, s'efforçant simplement de les compléter et le cas échéant de les corriger » : DELMAS-MARTY (Mireille), *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, Paris, p 99.

¹⁰⁹² Pour une vaste approche comparative : PETTITI (Louis-Edmond), DECAUX (Emmanuel), IMBERT (Pierre-Henri), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, mème, 2^{ème} édition, 1999, Paris, commentaire réservé à l'ancien article 60 de la CEDH (désormais article 53), p 897 ; relativement aux droits sociaux, voir par exemple la partie V de la CSE et son article H relatif aux relations entre la CSE et le droit interne ou les accords internationaux.

¹⁰⁹³ DE GOUTTES (Régis), *Le juge judiciaire français et la Convention européenne des droits de l'homme, avancée et réticences in Quelle Europe pour les droits de l'homme. La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite » (35 ans de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 218 et plus spécialement p 226.

Section I- La subsidiarité parfaite

447. L'utilisation de la subsidiarité n'est pas contestable en soi, car les droits de l'Homme sont garantis par l'application du droit national¹⁰⁹⁴. Elle est même justifiée car elle préserve les normes internes, réservant la mise en œuvre des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme aux cas où elles sont véritablement nécessaires. Elle permet de ne pas galvauder les droits essentiels définis par les traités et constitue, finalement, un rempart contre l'emploi abusif des dispositions conventionnelles dans des tous les litiges.

448. La Cour de cassation retient fréquemment ce mécanisme de coordination des normes. Afin de cerner correctement l'ampleur de la subsidiarité des dispositions conventionnelles, il est souvent nécessaire de se référer aux pourvois articulés par les justiciables. En effet, la mise en œuvre du mécanisme dépend généralement des normes soulevées au soutien des argumentations des parties.

449. Il faut reconnaître que la jurisprudence retranscrite au bulletin, sous la rubrique « *conventions internationales* », ne permet de saisir que partiellement l'utilisation du mécanisme. En effet, la plupart des décisions, rendues fréquemment sur le fondement de la CEDH, révèlent un litige au centre duquel le traité dispose d'une place privilégiée. Il est possible, alors, de se pencher sur la partie la plus importante – sur le plan quantitatif – de la jurisprudence rendue par la Cour de cassation, les arrêts inédits ou inédits titrés, afin de mesurer l'ampleur de la subsidiarité. Plus généralement, pour cerner efficacement « la réalité » du contentieux touchant les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, il ne faut pas uniquement étudier les arrêts à travers le prisme déformant des Bulletins de la Cour de cassation¹⁰⁹⁵. En outre, l'étude du « phénomène subsidiarité » se complique encore lors de l'examen des arrêts de cassation rendus par les Chambres civiles. La structure des décisions ne laisse transparaître que les raisonnements empruntés par les Cours d'appel, non l'articulation du pourvoi¹⁰⁹⁶. Il est donc difficile de déterminer sur quels fondements juridiques les parties ont appuyé leurs demandes afin d'identifier la subsidiarité. Pourtant, grâce aux nombreuses bases de données informatiques¹⁰⁹⁷, actuellement disponibles, il est possible de vérifier la constance de la subsidiarité. L'utilisation de ce mécanisme de

¹⁰⁹⁴ Ainsi que l'indique le Professeur VERDUSSEN, au sujet de la subsidiarité substantielle de la CEDH : « *C'est l'idée qu'un droit fondamental est d'autant mieux protégé, donc respecté, que sa formulation normative est empreinte de l'identité culturelle de l'Etat qui la consacre [...]* Les droits de la Convention ne représentent donc qu'un standard minimum » : VERDUSSEN (Marc), *La protection des droits fondamentaux en Europe : subsidiarité et circularité* in *Le principe de subsidiarité*, sous la direction de Francis DELPEREE, LGDJ, Bruylant, 2002, Paris, Bruxelles, p 311 et plus spécialement p 315 et suivantes.

¹⁰⁹⁵ En effet, seuls les arrêts les plus significatifs font l'objet d'une publication au bulletin.

¹⁰⁹⁶ En vérité, la concision des arrêts de la Cour de cassation ne permet d'envisager que de manière approximative les thèses des pourvois : PERDRIAU (André), *Le pragmatisme de la Cour de cassation*, JCP édition G, I, 364, p 2141.

¹⁰⁹⁷ Seules quelques bases de données permettent d'avoir accès aux pourvois des parties, il s'agit, en particulier, des cédéroms Lamy Cour de cassation. Ces outils peuvent être complétés par les sites internet LamyLine Reflex et Jurisclasseur LexisNexis.

coordination des normes ne procède pas d'une démarche première de la Cour de cassation, consistant à préserver le droit interne, mais s'inscrit dans le temps et perdure aujourd'hui.

450. Cependant, au fil des années, la Cour de cassation a pris pleinement conscience de l'influence des traités internationaux protecteurs de droits de l'Homme sur sa mission de gardienne des libertés individuelles¹⁰⁹⁸. Les dispositions conventionnelles renforcent le pouvoir du juge naturel des traités¹⁰⁹⁹. La promptitude marquée à préserver l'application prioritaire du droit interne semble s'estomper, la digue de la subsidiarité se fissure. La Haute juridiction prend davantage en compte les pourvois, oubliant d'évincer de ses dispositifs les droits conventionnels identiques aux textes nationaux.

451. Afin de rendre compte de la subsidiarité, dans les développements à venir, il n'est pas utile d'évoquer tous les arrêts, cela serait matériellement impossible. Seuls les plus représentatifs seront exposés. Ils permettront de constater la persistance de la subsidiarité parfaite (§1), tout en démontrant qu'elle vacille de plus en plus fréquemment (§2).

§1- La persistance de la subsidiarité parfaite

452. La subsidiarité parfaite est aisément identifiable. Le demandeur au pourvoi peut s'appuyer sur le droit national et sur une disposition conventionnelle protectrice des droits de l'Homme convergente. Il espère, ainsi, multiplier ses chances de succès en puisant dans l'arsenal juridique plusieurs fondements à ses argumentations¹¹⁰⁰. Dès lors qu'aucune contradiction n'existe entre les deux textes, la Haute juridiction peut statuer en se fondant sur le seul droit national. Elle peut également, alors que le demandeur au pourvoi n'aurait invoqué que les dispositions conventionnelles, substituer le droit interne identiquement protecteur des droits de l'Homme.

Par ailleurs, certains arrêts mettent en lumière une variation de la subsidiarité parfaite. Le justiciable ne s'étant pas prévalu d'une cause de récusation, avant la clôture des débats, comme l'impose le droit interne, tente, parfois, de contourner l'irrecevabilité de sa demande

¹⁰⁹⁸ Sur cette question, De MORDANT DE MASSIAC, *L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle : le principe constitutionnel et son application par le juge judiciaire* ; COPPER-ROYER Edouard, *L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle : application du principe constitutionnel*, in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994, PU d'Aix-Marseille, 1995, Aix en Provence, p 117 et suivantes.

¹⁰⁹⁹ SUDRE (Frédéric), *L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 821 ; DE GOUTTES (Régis), *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge ?* in *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974-1992*, sous la direction de Frédéric SUDRE, Engel, 1993, p 49.

¹¹⁰⁰ Cette démarche prémunit le justiciable de l'autre dimension de la subsidiarité, la subsidiarité procédurale qui suspend la recevabilité du recours supranational à l'épuisement des voies de recours internes. Cette démarche n'est pourtant pas nécessaire, puisque la simple invocation en substance des droits lui permet de garantir la recevabilité de sa requête : MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, connaissance du droit, Dalloz, 2005, Paris, p 9.

en s'appuyant sur le droit au procès équitable défini par l'article 6 de la CEDH. La Cour de cassation considère que celui-ci a implicitement renoncé à se prévaloir du traité en omettant d'invoquer, devant la juridiction du fond compétente, le droit national convergent.

Ainsi, selon les litiges déferés à la Cour de cassation, l'application prioritaire du droit interne (A) peut, également, justifier une déchéance du droit de se prévaloir du traité (B).

A- L'application prioritaire du droit interne

453. Toutes les formations de la Haute juridiction usent de la subsidiarité parfaite afin d'appliquer prioritairement le droit national. Les juges¹¹⁰¹, comme la doctrine¹¹⁰², ont identifié cette réalité de la pratique juridictionnelle, comparant les traités internationaux à « *la grosse artillerie* »¹¹⁰³ utilisée, par la Haute juridiction, dans l'hypothèse d'une absolue nécessité.

454. La subsidiarité parfaite n'emporte aucune déperdition de droits. Très souvent, les textes nationaux garantissent les droits de l'Homme tout autant que les dispositions conventionnelles. La mise en œuvre de ce mécanisme d'application coordonnée n'est pas contestable mais peut, au contraire, démontrer au justiciable que la référence systématique au traité n'est pas toujours pertinente lorsqu'elle est redondante.

Parfois, les demandeurs au pourvoi soulèvent une violation du traité sans véritablement démontrer d'où elle procède. Cette « invocation de circonstance », qui vulgarise les dispositions conventionnelles, peut être sanctionnée par la Haute juridiction. La Chambre sociale, dans un arrêt rendu le 27 mars 2001¹¹⁰⁴, déclare la déchéance du pourvoi sur le

¹¹⁰¹ DE GOUTTES (Régis), *Le juge français et la Convention européenne des droits de l'homme : avancées et résistances*, RTDH, 1995, p 605 (plus particulièrement p 609), du même auteur, *Le juge judiciaire français et la Convention européenne des droits de l'homme, avancée et réticences* in *Quelle Europe pour les droits de l'homme. La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite » (35 ans de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 218 (plus particulièrement p 226); BURGELIN (Jean-François), LALARDRIE (Agnès), *L'application de la Convention par le juge judiciaire français* in *Mélanges en l'honneur de René CASSIN*, Bruylant, 1999, Bruxelles, p 145, voir spécialement p 153, les auteurs indiquent : « *Il semble qu'il y ait peu de débats devant les juges du fond mais qu'en revanche, la Convention soit de plus en plus souvent invoquée devant la Cour de cassation. Toutefois, elle n'est utilisée à ce stade qu'à titre subsidiaire, le juge national entendant trouver dans notre droit interne, qu'il considère globalement conforme à la Convention, les fondements de sa décision* ».

¹¹⁰² MEYZEAUD-GARAUD (Marie-Christine), MOUTEL (Béatrice), PLAZY (Jean-Marie), *La jurisprudence civile française face aux interprétations de la CEDH délivrées par le juge européen* in *CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD, La documentation française, 2001, Paris, p 104 (plus spécialement p 110); GARAUD Eric, *La jurisprudence commerciale française face aux interprétations de la CEDH délivrées par le juge européen* in *CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD, La documentation française, 2001, Paris, p 126 (plus spécialement p 142); BEIGNER (Bernard), BLERY (Corinne), *L'impartialité du juge, entre apparence et réalité*, D 2001, Doctrine, p 2427; NORMAND (Jacques), *La subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme devant la Cour de cassation* in *La procédure dans tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, PA, 2004, Paris, p 357.

¹¹⁰³ Expression empruntée au Professeur DERRIDA (François), note sous l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 17 mai 1994, D, 1994, jurisprudence p 510.

¹¹⁰⁴ Pourvoi n°99-43.002 (inédit), Cédérom juridique Lamy.

fondement de l'article 989 du NCPC, car le demandeur se borne à mentionner une violation de l'article 6 de la CEDH sans développer un véritable moyen. De même, la Chambre criminelle, dans son arrêt rendu le 22 décembre 1999¹¹⁰⁵, décide que le pourvoi est irrecevable, car les demandeurs invoquent une violation des articles 6§2 de la CEDH et 3, 12 et 19§2 de la CIDE, se bornant à critiquer les motifs d'une ordonnance rendue par la Chambre d'accusation, sans justifier des griefs autorisant le pourvoi en cassation sur le fondement de l'article 575 du CPP.

Par conséquent, l'application subsidiaire des dispositions conventionnelles est justifiée (1), même si, dans de rares cas, elle s'avère relativement inopportune (2).

1- Une subsidiarité justifiée

455. L'identité de certains droits nationaux avec les dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme est incontestable. Le législateur interne consacre certains droits essentiels et la Cour de cassation applique logiquement les textes d'origine nationale.

L'arrêt rendu par la première Chambre civile le 17 mai 1993¹¹⁰⁶ illustre la démarche dans une affaire relative à la liberté d'association. Un comité d'œuvres sociales se pourvoit en cassation, arguant d'une limitation arbitraire de sa liberté d'association, sur le fondement des articles 11 de la CEDH et 22 du PIDCP, du préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et des articles issus de la loi du 1^{er} juillet 1901. Il obtient gain de cause, mais au visa de l'arrêt de cassation n'apparaît plus que l'article 3 de la loi de 1901. Il s'agit d'une décision illustrant parfaitement la subsidiarité parfaite des dispositions conventionnelles issues de la CEDH et du PIDCP. La Haute juridiction élude le fondement international, puisque le droit interne permet de garantir identiquement la liberté d'association.

La subsidiarité est clairement retenue par la deuxième Chambre civile le 5 mars 1997¹¹⁰⁷, dans une décision relative au droit au respect de la vie privée. Un individu participait à une soirée lors de laquelle étaient conviées plusieurs personnalités. Un cliché paraît dans la presse avec mention de son nom et de ses activités professionnelles. La Cour de cassation est saisie sur le fondement des articles 9 du Code civil, 12 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 8 de la CEDH et 17 du PIDCP. Elle casse en se fondant simplement sur l'article 9 du Code civil. La Haute juridiction ne tient pas compte des divers textes invoqués et n'applique que le droit national car il permet de protéger tout aussi efficacement la vie privée.

Ce raisonnement vaut également alors que la disposition conventionnelle pourrait jouer un effet horizontal. Transposant le raisonnement dégagé dans l'arrêt SPILEERS du 12 janvier

¹¹⁰⁵ Pourvoi n° 99-80469 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

¹¹⁰⁶ Pourvoi n° 91-15.761 (publié au bulletin), Juridisque Lamy, Cour de cassation.

¹¹⁰⁷ Pourvoi n° 95-14.503, Juridisque Lamy, Cour de cassation ; pour un commentaire de la décision, RAVANAS (Jacques), D 1998, jurisprudence p 474.

1999¹¹⁰⁸, la Chambre sociale décide, dans une décision du 12 juillet 2005¹¹⁰⁹, qu'une clause imposant à l'avocat de fixer son domicile au lieu d'implantation du cabinet est attentatoire à la vie privée. En effet, elle se fonde sur la seule nécessité d'une bonne intégration dans l'environnement local et ne justifie pas l'atteinte portée à la liberté individuelle. Le visa de l'arrêt ne se compose que de l'article 9 du Code civil combiné à l'article L 120-2 du Code du travail.

456. Le droit au procès équitable, garanti par les articles 6 de la CEDH et 14 du PIDCP, est également particulièrement touché par le jeu de la subsidiarité. L'empressement du justiciable à invoquer ces textes est déconcertant lorsque les Codes de procédure interne permettent de garantir les droits procéduraux. La Haute juridiction préfère appliquer le droit national sans se référer aux dispositions conventionnelles souvent considérées comme redondantes¹¹¹⁰. Dans un arrêt rendu le 10 mai 1989, la deuxième Chambre civile¹¹¹¹ fonde sa décision sur l'article 16 du NCPC alors que la demanderesse, condamnée sans avoir été mise en cause, se plaignait d'une violation du droit au procès équitable en s'appuyant sur le NCPC et sur l'article 6 de la CEDH. La subsidiarité du principe du contradictoire européen est également mise en œuvre, par la première Chambre civile dans un arrêt du 13 décembre 2005¹¹¹², lorsque les parties n'ont pas été invitées à présenter leurs observations sur un moyen relevé d'office. La Cour de cassation statue sur le fondement de l'article 16 alinéa 3, qui préserve ce droit avec toute la précision nécessaire. Lors d'un arrêt rendu le 15 décembre 2005¹¹¹³, la deuxième Chambre civile rappelle que le juge peut dans le même jugement, mais par dispositions distinctes, se déclarer compétent et statuer sur le fond du litige. Il doit, préalablement, mettre les parties en demeure de répondre sur le fond. Elle casse, ainsi, un jugement sur le fondement de l'article 76 du NCPC, n'ajoutant pas au visa l'article 6§1 de la CEDH pourtant invoqué.

De nombreux arrêts émanant des formations civiles de la Haute juridiction reflètent cette subsidiarité du droit conventionnel au procès équitable¹¹¹⁴, mais également d'autres droits¹¹¹⁵.

¹¹⁰⁸ Bull. civ. V, n°7, p 4 ; TPS mars 1999, p 10, n°96, note VERKINDT (Yves) ; Droit social 1999, p 287, note RAY (Jean-Emmanuel) ; RTDCiv. 1999, p 395, observations MESTRE (Jacques).

¹¹⁰⁹ Pourvoi n°04-13342 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

¹¹¹⁰ BEIGNER (Bernard), BLERY (Corinne), *L'impartialité du juge, entre apparence et réalité*, D 2001, Doctrine, p 2427.

¹¹¹¹ Pourvoi n°88.11941 (publié au bulletin), jurisdisque Lamy, Cour de cassation.

¹¹¹² Pourvoi n°02-16.127 (inédit), disponible sur le site internet Lamyline Reflex.

¹¹¹³ Pourvoi n°04-10.095 (inédit), disponible sur le site internet Lamyline Reflex.

¹¹¹⁴ Pour d'autres décisions illustrant la mise en œuvre de la subsidiarité à l'égard de l'article 6 voir : ROUHETTE (Georges), *La procédure civile et la Convention européenne des droits de l'homme in Le Nouveau Code de procédure civile 20 ans après*, La Documentation française, 1998, Paris, p 285 (se reporter plus spécialement à la page 298).

¹¹¹⁵ Sur la jurisprudence de la Chambre commerciale, voir GARAUD Eric, *La jurisprudence commerciale française face aux interprétations de la CEDH délivrées par le juge européen in CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD, La documentation française, 2001, Paris, p 126 (plus spécialement p 142). Le Professeur GARAUD se réfère en particulier à deux décisions de la Chambre commerciale : 27 avril 1993, PA 13 juillet 1994, n°83, note DERRIDA (Fernand), p 44 et 22 avril 1997, PA 23 février 1998, n°23, p 16, note DERRIDA (Fernand). Dans ces décisions, le mécanisme de subsidiarité est exploité à l'égard de la CEDH

457. La plupart des décisions abordées dans ces développements sont des arrêts de cassation. Bien souvent considérés comme les plus importants, ils ne doivent pas dissimuler l'influence de la subsidiarité dans les arrêts de rejet. Certains pourvois s'appuyant sur les dispositions conventionnelles, éventuellement couplées avec un texte interne, sont rejetés sur le fondement unique du droit national convergent. Il s'agit ici d'une application du mécanisme de subsidiarité parfaite équivalente à celle rencontrée dans les arrêts de cassation.

A titre d'exemple, l'arrêt rendu par la première Chambre civile le 25 juin 1996¹¹¹⁶ met en œuvre une application prioritaire du droit interne. En l'espèce, les demandeurs au pourvoi reprochaient à la Cour d'appel d'avoir aménagé un droit de visite entre les grands-parents et leur enfant mineur, sans avoir pris en considération les contestations de ce dernier, en violation de l'article 12§1 de la CIDE. Leur pourvoi est rejeté, car la Haute juridiction constate que l'article 388-1 du Code civil a été appliqué par les juges du fond. La position de l'enfant a été prise en considération sur le fondement du droit interne. Cette solution, qui permet à la Cour d'esquiver la délicate question de l'effet direct du traité onusien, renvoie au principe de subsidiarité par la mise en œuvre d'un texte convergent puisqu'il concrétise une des exigences posées par la CIDE¹¹¹⁷.

458. La Chambre criminelle statue, également, prioritairement sur le fondement du droit national en usant du mécanisme de subsidiarité¹¹¹⁸. Le principe de légalité criminelle prévu par le NCP est appliqué par préférence à l'article 7 de la CEDH. Dans son arrêt du 21 janvier 2003¹¹¹⁹, la Chambre criminelle constate que la condamnation prononcée à l'encontre d'un individu, poursuivi sur le fondement de l'article L213-4 alinéa 2 du Code de la consommation, excède le maximum de la peine encourue. Cependant, alors que le demandeur au pourvoi se prévaut tant de l'article 111-3 du Code pénal que de l'article 7 de la CEDH, la Haute juridiction casse sur l'unique fondement du droit interne. L'identité des textes justifie la solution. La subsidiarité du principe de légalité criminelle, défini par l'article 7 de la CEDH,

et en particulier de ses articles 6 et 1 protocole 1 ; sur la jurisprudence de la Chambre commerciale, voir par ailleurs com. 16 juin 1998, pourvoi n°96-20.182, juridique Lamy Cour de cassation (publié au bulletin) et sur la jurisprudence des autres Chambres civiles de la Cour de cassation voir à titre d'illustration : Civ. 3^{ème}, 14 décembre 1994, pourvoi n°92-19.219, (publié au bulletin), juridique Lamy Cour de cassation ; soc. 23 mai 2002, pourvoi n°00-14918, (inédit titré), site internet légifrance. D'autres exemples illustrant le mécanisme sont évoqués par NORMAND (Jacques), *La subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme devant la Cour de cassation* in *La procédure dans tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, PA, 2004, Paris, p 357

¹¹¹⁶ Civ. 1^{re}, 25 juin 1996, pourvoi n°95-05080, site internet légifrance (inédit).

¹¹¹⁷ HARDY (Anne), BOURSERIE (Jérôme), DELBARD (Dominique), *La Convention internationale des droits de l'enfant et le principe fondamental de protection de l'enfant en droit français*, RRJ 2001-2, p 907, voir plus spécialement p 924 sur la prise en considération de l'article 12 de la CIDE par le législateur avec l'article 388-1 du Code civil tel qu'issu de la loi n°93-22 du 8 janvier 1993.

¹¹¹⁸ Pour une liste non exhaustive d'arrêts plus récents, rendus par la Chambre criminelle, faisant usage du principe de subsidiarité, voir sur le site internet légifrance : crim. 29 février 2000, pourvois n°99-85573 et n°99-84899, (publiés au bulletin) ; 12 décembre 2000, pourvoi n°98-83969, (inédit) ; 20 mars 2001, pourvoi n°00-84384 (publié au bulletin) ; 27 mars 2001, pourvoi n°00-88262, (publié au bulletin) ; 9 janvier 2002, pourvoi n°01-87123, (publié au bulletin) ; 14 janvier 2003, pourvoi 02-83972 (inédit titré) ; 18 juin 2003, pourvoi n°02-85269 (publié au bulletin) ; 14 octobre 2003, pourvoi n°02-86376 (publié au bulletin)

¹¹¹⁹ Pourvoi n°02-83640 (publié au bulletin), site internet légifrance.

est confirmée dans un arrêt du 4 mai 2006¹¹²⁰. Cette subsidiarité vaut également à l'égard de l'article 112-2 alinéa 3, relatif au régime d'exécution et d'application des peines, comme en atteste un arrêt du 24 mai 2006¹¹²¹.

De même, la Cour applique préférentiellement la loi du 9 mars 2004, en ce qu'elle précise le droit au prévenu absent d'être entendu par la voix de son avocat. Depuis un arrêt du 7 avril 2004¹¹²², la formation répressive de la Cour de cassation statue sur le fondement des articles 410 et 411 du CPP, évinçant la référence à l'article 6§3 des demandeurs jugés en leur absence. La subsidiarité est, aussi, très souvent exploitée par la Chambre criminelle lorsque l'article 6§1 se trouve concurremment invoqué avec l'article 593 du CPP, texte imposant aux jugements et décisions de comporter les motifs propres à justifier leurs décisions, ainsi que le démontrent deux arrêts publiés au bulletin du 11 janvier 2006¹¹²³ et du 14 juin 2006¹¹²⁴. Les exemples pourraient être multipliés¹¹²⁵.

459. Par ailleurs, le mécanisme de coordination des normes est transposé au bénéfice d'autres sources du droit national. L'Assemblée plénière, dans son arrêt du 30 juin 1995¹¹²⁶, retient le principe constitutionnel du respect des droits de la défense par préférence à l'article 6 de la CEDH invoqué au soutien du pourvoi. Le Premier Avocat général¹¹²⁷ insiste sur le caractère subsidiaire des dispositions conventionnelles en affirmant : « *Faut-il se référer, en outre, comme l'y invite le mémoire du requérant, à la Convention européenne des droits de l'homme ? Cette référence ne paraît pas nécessaire..., à partir du moment où les normes juridiques nationales – même jurisprudentielles – sont au moins aussi contraignantes que les normes européennes, lesquelles constituent un "standard minimum", il n'y a pas lieu d'aller chercher à Strasbourg ce qui se trouve à Paris* ».

460. En revanche, il est très rare de rencontrer, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, l'utilisation de la subsidiarité parfaite lorsque le justiciable ne se prévaut que des dispositions conventionnelles. La subsidiarité parfaite impliquerait de relever d'office le droit national, tout en évinçant la norme internationale convergente. Un seul arrêt, procédant à une telle substitution, a pu être identifié dans la jurisprudence de la Cour de cassation. S'il mérite

¹¹²⁰ Pourvoi n°05-84.956 (inédit), disponible sur le site internet Jurisclasseurs LexisNexis.

¹¹²¹ Pourvoi n°05-84.884 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Jurisclasseurs LexisNexis.

¹¹²² Bull. civ. n°92, p 352 ; crim. 23 juin 2004, pourvoi n°03-87270 (inédit) ; 4 janvier 2006, pourvoi n°05-83086 (inédit) ; 11 janvier 2006, pourvoi n°05-80681, arrêts disponibles sur le site internet Légifrance. Néanmoins, dans un arrêt du 5 mai 2004, la formation répressive de la Haute juridiction abandonne la subsidiarité en se fondant sur le CPP et l'article 6§3 c) : pourvoi n°03-84765 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance. La subsidiarité joue également lorsque le droit au procès équitable se trouve en concurrence avec les articles 460 et 513 du CPP : crim. 14 février 2006, pourvoi n°05-84477 (inédit), disponible sur site internet Légifrance.

¹¹²³ Pourvoi n°05-82.988 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Jurisclasseurs, LexisNexis.

¹¹²⁴ Pourvoi n°05-82.453 (publié au bulletin), disponibles sur le site internet Jurisclasseurs, LexisNexis.

¹¹²⁵ Légifrance 17 janvier 2006, pourvoi n°05-86.326 (publié au bulletin) ; crim. 14 février 2006, pourvoi n°05-82.475 (publié au bulletin).

¹¹²⁶ D 1995, jurisprudence p 513, avec les conclusions de l'avocat général JEOL (Michel) et la note de DRAGO (Roland).

¹¹²⁷ Ainsi, Monsieur l'Avocat général Michel JEOL indique, D 1995, jurisprudence p 513.

d'être signalé, son ancienneté et son isolément permettent de considérer que la Cour de cassation ne privilégie pas la mise en œuvre de la subsidiarité dans cette hypothèse. Dans l'arrêt rendu le 3 juillet 1985¹¹²⁸, la deuxième Chambre civile considère qu'il convient de « *substituer d'office* »¹¹²⁹ le droit national au traité pourtant seul invoqué par les parties. Les demandeurs n'avaient pas soulevé, devant les juges du fond, l'article 341 du NCPC leur permettant de récuser un membre de la juridiction ayant « *précédemment connu de l'affaire comme juge* ». Ils articulaient leur pourvoi sur l'unique fondement de l'article 6 de la CEDH. Selon l'Avocat général, l'arrêt d'appel doit être cassé par application du droit interne. La violation de la norme nationale peut être relevée d'office, comme l'autorise l'article 1015 du NCPC¹¹³⁰. Pour le Haut magistrat, la Cour de cassation n'est pas tenue « *de prendre directement en considération le texte de la Convention européenne invoqué par le demandeur au pourvoi... [puisqu'] en cas de concours de textes sur une même question et lorsque ceux-ci ne sont pas opposés, c'est la loi nationale que les juridictions françaises doivent appliquer. Elle ne saurait avoir directement recours aux dispositions d'un traité international lorsque la loi interne conduit par elle-même à une solution semblable. L'ordre juridique externe ne peut se substituer à l'ordre juridique interne qu'en cas de conflit et ce n'est que dans la mesure nécessaire au respect du traité que la loi française doit alors être écartée* »¹¹³¹. Acceptant l'invitation de l'Avocat général et procédant par là même à un revirement de jurisprudence¹¹³², la Cour de cassation condamne l'identité des magistrats entre les différents degrés de juridiction, sur le fondement de l'article 542 du NPCP relevé d'office¹¹³³. Pourtant, la jurisprudence strasbourgeoise, aurait pu conduire la Haute juridiction à statuer de manière identique sur le fondement du traité européen¹¹³⁴.

461. Les raisons incitant la Cour de cassation à ne pas mettre en œuvre la subsidiarité parfaite lorsque le justiciable ne se prévaut que du traité sont difficilement identifiables. Il est possible de considérer que la Haute juridiction, malgré l'identité des droits, ne souhaite pas créer de confusion, dans l'esprit du justiciable, entre l'emploi prioritaire du droit national fondé sur la subsidiarité et la négation de la primauté. Elle se contente de répondre au pourvoi fondé sur la disposition conventionnelle. Cette approche est louable mais relativement surprenante car la Cour de cassation peut, en d'autres hypothèses, privilégier la subsidiarité alors même qu'elle est inopportune.

¹¹²⁸ Bull. civ. II, n° 132, p 89 ; GUINCHARD (Serge), MOUSSA (Tony), GP 1986, I, sommaires annotés, p. 88.

¹¹²⁹ LAFORTUNE (Maurice-Antoine), Avis précédant l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 24 novembre 2000, GP vendredi 12, samedi 13 janvier 2001, jurisprudence p 9.

¹¹³⁰ Article 1015 du NCPC : « *Le président doit avertir les parties des moyens de cassation qui paraissent pouvoir être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'il fixe* ».

¹¹³¹ CHARBONNIER (Lucien), Avis précédant l'arrêt de la Deuxième Chambre civile du 3 juillet 1985, D 1986, jurisprudence p 546.

¹¹³² Civ. 2^{ème}, 25 février 1981, Bull. civ. II, n°39, p 23 ; 18 mai 1982, Bull. civ. II, n°77, p 55 ; GUINCHARD (Serge), MOUSSA (Tony), GP 1986, I, sommaires annotés, p. 88.

¹¹³³ Ce texte garantit le droit au double degré de juridiction en précisant que : « *L'appel tend à faire réformer ou annuler par la cour d'appel un jugement rendu par une juridiction du premier degré* ».

¹¹³⁴ Cour EDH, arrêt PIERSACK contre Belgique, 1^{er} octobre 1982, série A-53, § 30.

2- Une subsidiarité parfois inopportune

462. La subsidiarité parfaite, même si elle n'engendre pas une déperdition des droits de l'Homme, s'avère quelquefois inopportune. Précisément dans un souci de démonstration, la Cour de cassation pourrait appeler en renfort les dispositions conventionnelles. L'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 30 juin 1999¹¹³⁵ illustre cette argumentation.

La formation répressive de la Haute juridiction devait se prononcer sur l'applicabilité de l'infraction pénale d'homicide involontaire au médecin ayant, par négligence, causé la mort d'un fœtus. La Cour d'Appel de Lyon¹¹³⁶, à l'instar d'autres juridictions du fond¹¹³⁷, considérait que les éléments constitutifs de cette infraction étaient réunis lorsqu'un médecin avait, à l'occasion d'une erreur de diagnostic, involontairement attenté à la vie de l'enfant simplement conçu. La solution était scrupuleusement motivée au regard de la compatibilité de la "loi Veil"¹¹³⁸ aux dispositions conventionnelles préservant le droit à la vie. S'appuyant sur la jurisprudence de la Chambre criminelle¹¹³⁹, les juges du fond observaient que l'interruption de grossesse pratiquée par maladresse n'entraîne pas dans les prévisions de la loi. Ainsi, une atteinte au droit à la vie garanti par les articles 2 de la CEDH, 6 de la CIDE et 6 du PIDCP, était portée au fœtus, les textes n'exigeant pas que l'enfant naisse viable, dès lors qu'il était en vie au moment de l'atteinte. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel en se fondant sur l'article 111-4 du NCP¹¹⁴⁰. Au droit à la vie, la Haute juridiction oppose laconiquement le principe de légalité. Si la décision peut être discutée, elle apparaît justifiée. En effet, il semblerait que les juges du fond aient fait une interprétation extensive de la "loi Veil" qui tout en garantissant un droit limité à l'interruption volontaire de grossesse accordait, selon eux, un droit à la vie en faveur de l'embryon ou du fœtus. En portant atteinte à cette vie en devenir, le médecin commettait un homicide involontaire. Cette analyse semble contraire au principe d'interprétation stricte de la loi pénale, corollaire du principe de légalité criminelle. Cette contradiction est affirmée par la Chambre criminelle mais sur le fondement unique du droit interne. Face à une motivation des juges du fond principalement axée sur les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme sans doute eut-il été préférable d'éluder la

¹¹³⁵ Bull. crim. N°174, p 511 ; JCP 2000, n°3, p 77, note FAURE (Georges) ; D 2000, n°4, p 181, note ROUJOU DE BOUBEE (Gabriel) et DE LAMY (Bertrand) ; Droit pénal 2000, n°4, p 4, note RASSAT (Marie-Laure) ; D 1999, jurisprudence p 710, note VIGNEAU (Daniel).

¹¹³⁶ CA Lyon, 13 mars 1997, D 1997, jurisprudence p 557, note SEVERIN (Evelyne).

¹¹³⁷ CA Reims 3 février 2000, PA 5 octobre 2000, p 16, note COLLET ASKRI (Laurence) ; CA Versailles 19 juin 2000.

¹¹³⁸ Loi n°75-17 du 17 janvier 1975.

¹¹³⁹ Crim. 27 novembre 1996, Bull. crim. n°431, D 1997, n°2, IR p 13. Dans cette affaire relative aux "commandos anti IVG", la Haute juridiction considère que la "loi Veil" est conforme aux traités internationaux garantissant le droit à la vie, tout en constatant qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations définies par la loi. Cette solution est confirmée par les arrêts de la Chambre criminelle des 2 avril 1997 et 14 octobre 1998, pourvoi n°96-82024 et n°97-83877, site internet légifrance.

¹¹⁴⁰ Sur cette jurisprudence constante, voir également AP. 29 juin 2001, JCP G II, n°10569, Rapport SARGOS (Pierre) ; Légifrance 25 juin 2002, D 2002, jurisprudence p 3099, note PRADEL (Jean) ; Légifrance 27 juin 2006, pourvoi n°05-83767 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

subsidiarité en rappelant que, tout comme le droit à la vie, le principe de légalité criminelle est garanti par les sources supranationales, au travers des articles 7 de la CEDH et 15 du PIDCP. Par ailleurs, les droits conventionnels invoqués sont intangibles. La Haute juridiction aurait assuré une meilleure compréhension de la décision, si elle avait démontré que le droit au respect de la vie était inapplicable à l’embryon, au sens de l’article 2 de la CEDH. Elle aurait plus aisément convaincu que les infractions commises à l’encontre de la personne, définies par le Code pénal, ne pouvaient justifier la condamnation d’un médecin ayant porté atteinte à l’enfant à naître. Elle aurait, également, spécifié que le principe de légalité, droit intangible, sur le fondement du traité et défini par le NCP devait bénéficier à la personne poursuivie. Ce raisonnement est corroboré par la décision VO contre France¹¹⁴¹, à l’occasion de laquelle la Cour EDH considère que le droit à la vie n’a pas été violé. Selon les juges strasbourgeois, en l’absence de consensus européen il n’est ni « *souhaitable* », ni « *possible* » de répondre « *dans l’abstrait à la question de savoir si l’enfant à naître est une personne au sens de l’article 2 de la Convention* »¹¹⁴².

Cette décision démontre combien il peut être délicat de combiner des droits de l’Homme qui, à l’occasion de certains litiges, semblent s’opposer. Il appartient alors à la Haute juridiction de motiver sa décision en négligeant la subsidiarité des dispositions conventionnelles.

463. Dans un souci de distinction entre les mécanismes de coordination des normes, il importe parfois d’appliquer les dispositions conventionnelles afin qu’une confusion entre subsidiarité et primauté ne perturbe pas la compréhension des décisions.

En effet, les droits de l’Homme peuvent s’entrechoquer, l’application de l’un limitant la portée de l’autre. Ils semblent antagonistes, difficilement conciliables. En réalité, ils préservent des intérêts divergents, dans le cadre d’un litige opposant des personnes privées. La Cour de cassation doit les mettre en balance afin de rechercher un équilibre entre les différents intérêts en présence. La mise en œuvre de la subsidiarité engendre, ici, une équivoque entre l’équilibre des différents droits en présence et la hiérarchie des normes. Cette ambiguïté découle de ce que cet équilibre des droits en conflit est recherché par une application coordonnée d’une disposition issue du traité opposée à une disposition émanant du Code civil. Lorsque le texte national appliqué limite un droit conventionnel, une confusion à l’égard de la hiérarchie des normes peut en résulter.

L’arrêt rendu par la première Chambre civile le 6 mars 2001¹¹⁴³ reflète l’équivoque. En l’espèce, se trouvent confrontés le droit au respect de la vie privée sur le fondement de l’article 9 du Code civil et la liberté religieuse sur le fondement de l’article 9 de la CEDH. Un futur époux poursuivait en justice l’ex-mari de sa compagne pour violation du droit au respect

¹¹⁴¹ Arrêt du 8 juillet 2004, requête n°53924/00, disponible sur le site internet de la Cour mèle

¹¹⁴² § 85 de l’arrêt.

¹¹⁴³ DUVERT (Cyrille), *Article 9 du Code civil contre article 9 de la Convention européenne des droits de l’homme*, note sous Cour de cassation, 1^{re} civ. 6 mars 2001, D 2002, jurisprudence p 248.

de sa vie privée. Ce dernier, de confession musulmane, se considérant toujours marié au regard du droit musulman, avait accompli la *Shari'A* en dénonçant par voie de presse l'adultère des futurs époux. Condamné pour atteinte au droit au respect de la vie privée, par application de l'article 9 du Code civil, le conjoint éconduit forme pourvoi en cassation. Il argue d'une violation de sa liberté religieuse telle que garantie par l'article 9 de la CEDH. La Haute juridiction rejette le pourvoi, la liberté religieuse ne justifiant pas l'atteinte à la vie privée.

464. La solution retenue par la Cour de cassation démontre une mise en œuvre de la subsidiarité parfaite. La vie privée étant identiquement préservée par le Code civil et par la disposition conventionnelle, il convient de retenir l'application du texte interne. Cette application de la norme interne paraît d'autant plus justifiée que le Code civil est seul invoqué au soutien du pourvoi. Cependant, la conciliation des droits de l'Homme, imposant à la Haute juridiction de rechercher un équilibre dans l'application de deux droits conditionnels, aboutit à préserver la vie privée sur le fondement du Code civil, en évinçant la liberté religieuse définie par la CEDH. Abandonnant la subsidiarité, la Haute juridiction aurait pu spécifier qu'il s'agissait de combiner des droits de valeur égale dans la hiérarchie des normes, levant toute ambiguïté à l'égard de la problématique de la primauté. Cette démarche est sans doute nécessaire, car certains commentaires de la décision laissent transparaître la confusion. Ainsi, un auteur écrit : « ...la Cour de cassation affirme nettement, en l'espèce, la primauté de la norme civile sur la norme religieuse, tout en contribuant à tracer les contours de la liberté reconnue par l'article 9 de la Conv.EDH ; celle-ci se trouve neutralisée (II) au bénéfice du droit protégé par l'article 9 c. civ. (I) »¹¹⁴⁴.

465. L'abandon de la subsidiarité est d'autant plus justifié lorsque la disposition conventionnelle est invoquée au soutien du pourvoi. Pourtant, la Cour de cassation retient encore la subsidiarité parfaite. La première Chambre civile, dans un arrêt rendu le 20 février 2001¹¹⁴⁵, énonce les règles à employer afin de concilier le droit au respect de l'image et le droit à la liberté d'expression¹¹⁴⁶. La liberté de communiquer des informations autorise la publication de photographies d'individus impliqués dans un événement (en l'espèce, la victime d'un attentat), sous réserve que les publications ne portent pas atteinte à leur dignité. La Cour reconnaît que le droit au respect de la vie privée n'a pas été violé, mais statue au visa de les articles 10 de la CEDH et 9 du Code civil. Elle évince l'article 8 du traité européen, pourtant soulevé dans l'argumentation du demandeur¹¹⁴⁷. Cette décision, contrairement à celle

¹¹⁴⁴ DUVERT (Cyrille), Op. Cit.

¹¹⁴⁵ Bull. civ. I, n°42, p 26.

¹¹⁴⁶ ANCEL (Jean-Pierre), *La protection des droits de la personne dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation* in Rapport de la Cour de cassation 2000, *La protection de la personne*, site internet de la Cour de cassation et sur la jurisprudence postérieure se référer à BIGOT (Christophe), *La poursuite de la rénovation du régime de l'atteinte à la vie privée*, note relative aux arrêts de la Première Chambre civile du 23 avril 2003, D 2003, jurisprudence p 1854.

¹¹⁴⁷ Pourvoi n°98-23.471, disponible sur le juridique Lamy, Cour de cassation.

précédemment abordée laisserait suggérer que le droit au respect de l'image sur le fondement du texte national succombe à la liberté d'information définie par la CEDH et hiérarchiquement supérieure. Pourtant, il s'agit encore d'une mise en œuvre de la subsidiarité parfaite. La Cour de cassation applique l'article 9 du Code civil équivalent à l'article 8 de la CEDH. Une décision similaire est rendue par la deuxième Chambre civile le 4 novembre 2004¹¹⁴⁸. Une application conjointe de toutes les dispositions conventionnelles invoquées et du droit national aurait explicitement démontré que le raisonnement de la Cour ne s'articule pas autour de la hiérarchie des droits, mais de leur coordination en fonction du litige déféré. Cette subsidiarité, très révélatrice d'une réaction de protection du droit interne, est renforcée par un arrêt de rejet, rendu par la première Chambre civile le 7 février 2006¹¹⁴⁹. A l'occasion de cette décision et alors que la demanderesse au pourvoi invoquait les articles 8 et 10 de la CEDH, ainsi que 9 du Code civil, la Cour précise que « ...les abus de la liberté d'expression qui portent atteinte à la vie privée peuvent être réparés sur le fondement de l'article 9 du Code civil ». Elle rappelle ainsi la capacité du Code civil à jouer efficacement son rôle indépendamment des dispositions conventionnelles.

466. La subsidiarité demeure une vocation, non une obligation. La Cour de cassation peut donc s'y soustraire. Si la subsidiarité invite le justiciable à ne pas galvauder les droits de l'Homme par une "invocation de circonstance", la jurisprudence de la Cour de cassation ne devrait pas aboutir à lui suggérer que les dispositions conventionnelles ne disposent pas de la primauté. La mise en œuvre de la subsidiarité parfaite peut, parfois, contribuer à protéger trop farouchement l'application du droit national. Ce constat est renforcé lorsqu'elle aboutit à déchoir le justiciable du droit de se prévaloir du traité.

B- La déchéance du droit de se prévaloir du traité

467. Le contentieux de la récusation est extrêmement complexe car il soulève deux problématiques très distinctes. Cette division résulte des divergences persistant entre les diverses formations de la Haute juridiction. Pour certaines Chambres, l'article 6 n'est pas applicable à la procédure de récusation alors que, pour d'autres, l'applicabilité de la disposition conventionnelle n'est pas en cause, elle a simplement une vocation subsidiaire. La Haute juridiction retient, alors, une subsidiarité très offensive qui conduit à priver le justiciable du droit de se prévaloir du traité, s'il n'a pas invoqué, à temps, le droit national convergent.

468. Selon le Professeur PERROT, le plaideur disposant de raisons sérieuses de « *suspecter l'impartialité d'un juge déterminé dispose d'un moyen que l'on appelle la récusation et que*

¹¹⁴⁸ Pourvoi n°03-15397 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance, D 2005, jurisprudence p 696, note COPART (Isabelle).

¹¹⁴⁹ Pourvoi n°04-10941 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

l'on peut définir comme étant la procédure par laquelle un plaideur entend faire écarter du tribunal, pour le jugement de sa cause, un juge qui pourrait manquer d'impartialité »¹¹⁵⁰. Les causes de la récusation sont énumérées, en procédure civile, par l'article 341 du NCPC.

469. Le contentieux relatif à la procédure de récusation, envisagé à l'aune de l'article 6 de la CEDH, est à rebondissements. Dans un premier temps, la Haute juridiction a considéré que l'article 6 de la CEDH, en ce qu'il garantit le droit à un tribunal impartial, ne s'appliquait pas à la procédure de récusation. Dans un arrêt rendu le 5 novembre 1991¹¹⁵¹, la première Chambre civile précise que la demande de récusation d'un ou plusieurs juges est incidente et ne revêt pas les caractéristiques d'une contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil au sens de l'article 6 du traité européen¹¹⁵².

470. Le raisonnement de la deuxième Chambre civile est différent. Elle exige, sur le fondement des articles 6 de la CEDH et 14 du PIDCP, que la procédure de récusation soit débattue en audience publique, en raison du caractère d'ordre public de la publicité des débats¹¹⁵³. En outre, combinant la disposition conventionnelle européenne à l'article 16 du NCPC, la formation décide que le requérant doit être informé de la date à laquelle sa demande sera examinée¹¹⁵⁴. Pour cette formation, l'applicabilité du texte européen à la procédure de récusation¹¹⁵⁵ ne soulève pas de difficultés. En revanche, la deuxième Chambre civile considère que les causes de récusation énoncées dans l'article 341 du NCPC sont limitatives, alors même que le demandeur au pourvoi a invoqué l'article 6§1 du traité¹¹⁵⁶.

471. Dans un deuxième temps, la première Chambre civile, se rallie à la position de la deuxième Chambre civile, admettant l'applicabilité de l'article 6 à la procédure de récusation. Toutefois, elle se distingue car, à l'occasion de deux arrêts du 31 mars 1998 et du 28 avril 1998, elle considère que l'article 341 du NCPC, prévoyant huit cas de récusation, n'épuise pas l'exigence d'impartialité des juridictions requise par l'article 6§1 de la CEDH¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁰ PERROT (Roger), *Institutions judiciaires*, 11^{ème} édition, Domat droit privé, Montchrestien, 2004, Paris, n°405, p 325.

¹¹⁵¹ Bull. civ. I, n°294, p 193.

¹¹⁵² GUINCHARD (Serge), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile*, GP 1999, 2^{ème} semestre, doctrine p 1246 (spécialement p 1249).

¹¹⁵³ Civ. 2^{ème}, 20 novembre 1991, Bull. civ. II, n°310 p 163.

¹¹⁵⁴ Civ. 2^{ème}, 10 juin 1998, Bull. civ. II, n°179, p 106. Et cela alors que la lettre de l'article 351 du NCPC affirme qu'il n'est pas « nécessaire d'appeler les parties ni le juge récusé » à la procédure : HERON (Jacques), *Droit judiciaire privé*, 2^{ème} édition par LE BARS (Thierry), Domat droit privé, Montchrestien, 2002, Paris, n°1104, p 855.

¹¹⁵⁵ GUINCHARD (Serge), Op. cit.

¹¹⁵⁶ Civ. 2^{ème}, 14 décembre 1992, Bull. civ. II, n°314, p 155.

¹¹⁵⁷ Civ. 1^{ère}, 31 mars 1998, Bull. civ. I, n°133, p 88 ; 28 avril 1998, Bull. civ. I, n°155, p 102 ; observations de CADIET (Loïc), JCP G 1998, I, 173, n°16, p 1855 ; PRALUS-DUPUY (Joëlle), JCP G 1999, II, 10102, p 1089 ; PERROT (Roger), RTDCiv. 1998, p 744. Cette position est d'ailleurs récemment réaffirmée par la Deuxième Chambre civile, à l'occasion des arrêts du 5 décembre 2002, Bull. civ. II, n°275, p 218 et du 27 mai 2004, BICC n°604, 15 septembre 2004, arrêt n°1288 ; Bull. civ. II, n°245, p 208. Par ces décisions, cette formation abandonne son ancienne position : arrêt du 14 décembre 1992, Bull. civ. II, n°314, p155.

Cette position semble signifier qu'il faut distinguer entre les causes péremptoires de récusation fondée sur l'article 341 du code civil et les autres cas laissés à l'appréciation du juge, sur le fondement de l'article 6 du traité européen¹¹⁵⁸. L'identité entre la disposition conventionnelle et le droit national s'articulerait autour des causes péremptoires de la récusation.

472. La jurisprudence audacieuse de la Haute juridiction ne s'inscrit pas dans la durée mais s'interrompt au profit d'une mise en œuvre agressive de la subsidiarité. En effet, la Cour de cassation dénie aux justiciables la garantie de l'article 6§1 de la CEDH, en ce qu'il édicte le droit à un tribunal indépendant et impartial – ce qui suppose le droit de récuser un juge – dès lors qu'ils ne se sont pas prévalus à temps du droit interne partiellement convergent.

La deuxième Chambre civile inaugure cette jurisprudence¹¹⁵⁹ par deux arrêts du 6 mai 1999¹¹⁶⁰. Le premier pourvoi reprochait à l'arrêt d'appel d'avoir été rendu en la présence d'un conseiller ayant précédemment siégé dans la Chambre d'accusation lors de l'examen d'une plainte pour faux témoignage contre l'un des témoins de l'affaire. Cette procédure avait abouti à un non-lieu sur lequel la Cour d'appel s'était ensuite fondée. Le second pourvoi critiquait la présence en appel du juge, conseiller de la mise en état, ayant rendu l'ordonnance déferée. Dans les deux cas, les demandeurs au pourvoi connaissaient ou avaient pu connaître la composition de la formation collégiale. Ils pouvaient donc, sur le fondement de l'article 342 du NCPC¹¹⁶¹, faire valoir la cinquième cause de récusation envisagée par l'article 341 du NCPC¹¹⁶², avant la clôture des débats. N'ayant pas relevé cette cause de récusation découlant du droit interne, les pourvois s'articulaient sur l'article 6§1 de la CEDH. Tous deux sont déclarés irrecevables :

« N'est pas recevable à invoquer devant la Cour de cassation la violation de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors qu'il avait eu [1^{ère} espèce] qu'il avait [2^{nde} espèce] la possibilité de récuser...par application de l'article 341.5° du nouveau Code de procédure civile »

Ces décisions renforcent la subsidiarité du droit international puisque le justiciable ne pourra se prévaloir d'une disposition conventionnelle que dans la mesure où il n'a pas eu

¹¹⁵⁸ PERROT (Roger), RTDCiv. 1998, Op. cit. p 746 ; HERON (Jacques), Op. Cit. n°1104, p 855.

¹¹⁵⁹ Les prémices de cette jurisprudence pouvaient être identifiés dans un arrêt inédit titré, rendu par la Chambre commerciale le 11 juillet 1995, pourvoi n°93-20840 et dans un arrêt inédit de la Deuxième Chambre civile du 6 mai 1997, pourvoi n°93.21201, site internet légifrance. Cependant, dans cette dernière affaire l'article 6 de la CEDH n'était pas invoqué.

¹¹⁶⁰ Bull. civ. II, n° 77 et 78, p 57 ; J. J. Procédures 1999, commentaires n° 201, p 11 ; NORMAND (Jacques), RTDCiv 1999, n°3, p 685 ; PERROT (Roger), RTDCiv 1999, n°3, p 704 ; WIEDERKEHR (Georges), RGDP 1999, n°4, p 622, n° II ; JCP G 1999, IV, n° 2149 et 2150.

¹¹⁶¹ Selon ce texte : *«La partie qui veut récuser un juge doit, à peine d'irrecevabilité, le faire dès qu'elle a connaissance de la cause de récusation.*

En aucun cas la demande de récusation ne peut être formée après la clôture des débats.»

¹¹⁶² Selon l'article 341-5°, la récusation d'un juge peut être admise : *«S'il a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre ou s'il a conseillé l'une des parties ; »*

connaissance de la cause de récusation et que cette dernière ne relève pas des cas énoncés par le Code de procédure civile. Dans cette dernière hypothèse, l'intéressé doit faire valoir la cause de récusation avant la clôture des débats, en application de l'article 342 du NCPC. Cette démarche suggère une renonciation implicite à se prévaloir du traité¹¹⁶³, confirmée explicitement par les décisions ultérieures.

473. Réaffirmant cette jurisprudence, la Cour, réunie en Assemblée plénière, interdit au demanderesse au pourvoi, dans son arrêt du 24 novembre 2000¹¹⁶⁴, de se prévaloir de la disposition conventionnelle dès lors qu'après avoir pris connaissance de la cause de récusation et avant la clôture des débats¹¹⁶⁵ il n'a pas invoqué le droit interne :

« ... ; que celle-ci n'est pas recevable à invoquer devant la Cour de cassation la violation de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'elle n'a pas fait usage de la possibilité d'en obtenir le respect en récusant M. Bensoussan par application de l'article 341-5° du nouveau Code de procédure civile et qu'en s'abstenant de la faire avant la clôture des débats, elle a ainsi renoncé sans équivoque à s'en prévaloir ; »

De la connaissance de la cause de la récusation découlant du droit interne, la Cour déduit la renonciation implicite du droit de se prévaloir de l'article 6§1 du traité européen. Le demandeur, en n'invoquant pas le droit interne, renonce implicitement au droit à un tribunal indépendant et impartial.

L'irrecevabilité du moyen n'est pas fondée sur sa nouveauté, puisque selon l'avis de l'Avocat général « l'exigence d'impartialité du tribunal a la force d'un principe d'ordre public », mais sur le « principe de loyauté » dont doit faire preuve le justiciable¹¹⁶⁶. Certes, la position se justifie en ce qu'elle limite le recours aux « pourvois-nullité »¹¹⁶⁷ dilatoires auxquels conduirait l'application de la disposition conventionnelle. Cependant, elle engendre une subsidiarité¹¹⁶⁸ entraînant la déchéance du droit de se prévaloir d'une disposition conventionnelle¹¹⁶⁹.

¹¹⁶³ PERROT (Roger), p 706.

¹¹⁶⁴ LAFORTUNE (Maurice-Antoine), Avis précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 24 novembre 2000, GP vendredi 12, samedi 13 janvier 2001, jurisprudence p 9 ; BEIGNER (Bernard), BLERY (Corinne), *L'impartialité du juge, entre apparence et réalité*, D 2001, Chronique p 2427 ; CADIET (Loïc), JCP G. I, n°311, observations n°3, p 703 ; FRICERO (Nathalie), D 2001, SC p 1067 ; NORMAND (Jacques), RTDCiv. 2001, p 192, II ; PERROT (Robert), RTDCiv. 2001, p 204, n°3 ; Procédure janvier 2001, commentaire n°3, p 9.

¹¹⁶⁵ En l'espèce, une mesure d'expertise avait été refusée par la juridiction statuant en référé. Lors de l'examen au fond de l'affaire, la formation collégiale était présidée par l'un des magistrats ayant tranché en référé.

¹¹⁶⁶ LAFORTUNE (Maurice-Antoine), Op. Cit. p 14 et 23 ; PERROT (Robert), RTDCiv. 2001, p 204, n°3.

¹¹⁶⁷ PERDRIAU (André), *Existe-t-il des « pourvois-nullités » ?* D 2002, Doctrine p 1993.

¹¹⁶⁸ BEIGNER (Bernard), BLERY (Corinne), *L'impartialité du juge, entre apparence et réalité*, D 2001, Chronique p 2427 ; PERROT (Robert), RTDCiv. 2001, p 204, n°3.

¹¹⁶⁹ NORMAND (Jacques), RTDCiv. 2001, p 192 (spécialement p 196) ; PERROT (Robert), RTDCiv. 2001, p 204, n°3.

474. La Cour de cassation impose au justiciable d’user de toutes les dispositions de droit interne convergentes avant d’invoquer le traité. Pour certains auteurs, ce mécanisme paralyse la primauté du droit supranational¹¹⁷⁰. D’autres commentateurs relèvent, en outre, qu’il convenait, sans doute, de s’interroger sur la conformité des articles 341 et 342 du NCPC à l’article 6§1 du traité, puisque la subsidiarité ne peut être envisagée que dans l’hypothèse d’une convergence des textes internes et conventionnels¹¹⁷¹. Comme le souligne le Professeur NORMAND, les normes ne sont pas parfaitement similaires. Le justiciable ne se prévalant pas à temps du droit interne ne pourra bénéficier de l’annulation d’un arrêt, sur le fondement de la disposition conventionnelle, « *sans égard à une éventuelle renonciation implicite* »¹¹⁷². D’ailleurs, l’adéquation de cette renonciation implicite, avec la jurisprudence européenne peut également se poser¹¹⁷³. Enfin, il convenait de rechercher si « *les dispositions procédurales en cause poursuivent un but légitime* » et si « *les moyens employés soient proportionnés au but légitime* »¹¹⁷⁴.

475. Cependant, la deuxième Chambre civile s’emploie à s’assurer que la renonciation n’est pas équivoque. Ainsi, par arrêt du 12 juillet 2001¹¹⁷⁵, elle précise, au visa de l’article 6§1 de la CEDH, qu’il ne peut être reproché au justiciable de ne pas s’être prévalu de l’article 341-5° du NCPC, « *..., dès lors qu’en raison de l’ancienneté de l’affaire et de son changement de conseil, il ne pouvait avoir une connaissance suffisante de cette cause de récusation ;* »

476. Si cette décision rassure sur le rôle effectif du droit à un procès équitable, elle renforce également sa vocation subsidiaire. Ce dernier ne peut servir de fondement à l’arrêt que pour autant que le justiciable n’a pu avoir recours à la disposition interne. Cette approche renforce le rôle de la subsidiarité parfaite. Lorsque le pourvoi, déféré à la Haute juridiction, s’appuie sur la disposition conventionnelle, dans une hypothèse relevant identiquement du droit national, le justiciable ne peut s’en prévaloir. Il est déchu du droit de se prévaloir du traité. La disposition conventionnelle ne dispose, alors, que d’une vocation résiduelle.

477. Elle soulève également une interrogation sur le régime applicable aux différents motifs de récusation. En effet, le justiciable pouvant se prévaloir des causes péremptoires de récusation, définies par l’article 341 du NCPC devra le faire, en vertu de l’article 342 du NCPC, avant la clôture des débats. A défaut, il sera considéré comme renonçant à ce droit. Il ne pourra, alors, se prévaloir du traité que dans l’hypothèse d’une méconnaissance de la cause

¹¹⁷⁰ PUTMAN (Emmanuel), *La convention européenne des droits de l’homme serait-elle subsidiaire au droit français*, Droit et patrimoine février 2002, n°101, observations 3019, relatives à l’arrêt de la Deuxième Chambre civile du 15 février 2001, p 101 (plus spécialement p 102). Certains auteurs vont jusqu’à évoquer la « *Primauté du droit interne* », BEIGNER (Bernard), BLERY (Corinne), Op. Cit.

¹¹⁷¹ NORMAND (Jacques), RTDCiv. 1999, n°3, p 685 (voir plus spécialement p 788).

¹¹⁷² NORMAND (Jacques), RTDCiv. 1999, Op. Cit. et RTDCiv. 2001 p 195.

¹¹⁷³ NORMAND (Jacques), RTDCiv. 2001, p 197 et suivantes.

¹¹⁷⁴ NORMAND (Jacques), *La subsidiarité de la Convention européenne des droits de l’homme devant la Cour de cassation in La procédure dans tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, PA, 2004, Paris, p 357 (spécialement p 372).

¹¹⁷⁵ Bull. civ. II, n°142 p 95.

de récusation. En revanche, l'article 341 du NCPC n'épuisant pas les causes de récusation, le justiciable pourrait, sur le fondement de l'article 6§1, se prétendre victime d'une violation du droit à un tribunal impartial sans se voir appliquer le formalisme de la procédure de récusation. Il en découlerait alors une distinction inopportune selon que la récusation relève du droit interne convergent, qui impliquerait une subsidiarité parfaite, ou du droit international original.

478. Dans cette dernière hypothèse, seul l'article 430 du NCPC pourrait imposer au demandeur de se prévaloir de la cause de la récusation dès l'ouverture des débats ou dès la révélation de l'irrégularité, sous peine de ne pouvoir prétendre à la nullité de la décision rendue par une juridiction¹¹⁷⁶. Cette solution est vraisemblable si l'on se réfère à l'arrêt rendu par la deuxième Chambre civile le 8 mars 2005¹¹⁷⁷. En effet, la Chambre sociale considère, depuis un arrêt du 17 décembre 1998¹¹⁷⁸, que la composition du Tribunal du contentieux de l'incapacité ne garantit pas l'indépendance et l'impartialité du juge, telles qu'imposées par l'article 6 du traité européen. Dans le litige soumis à la deuxième Chambre civile, une décision avait été rendue par ce Tribunal. La caisse primaire d'assurance maladie reprochait au demandeur au pourvoi de ne pas avoir, sur le fondement de l'article 430 alinéa 2, contesté la régularité de la composition de la juridiction avant l'ouverture des débats. Dès lors, il ne pouvait se prévaloir de la disposition conventionnelle. La Cour de cassation rejette cet argument car le droit interne établissait la composition de ce tribunal d'exception. En contestant sa composition, le demandeur s'exposait à ce que le litige ne soit pas tranché. L'analyse *a contrario* de cette décision suggère qu'en toute autre hypothèse l'argument aurait été recevable, obligeant le justiciable à contester la régularité de la composition sur le fondement du droit interne.

479. La subsidiarité imposant de se prévaloir des garanties du droit interne afin de bénéficier des dispositions conventionnelles paraît trop rigoureuse et très aléatoire puisqu'elle ne définit pas un régime uniforme. Cette jurisprudence surprenante, pourtant réitérée plusieurs fois¹¹⁷⁹, est sensiblement identique dans le contentieux répressif relatif à la récusation.

¹¹⁷⁶ NORMAND (Jacques), *La subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme devant la Cour de cassation* in *La procédure dans tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, PA, 2004, Paris, p 357 (spécialement p 374).

¹¹⁷⁷ Pourvoi n°03-19747 (publié au bulletin), site internet légifrance.

¹¹⁷⁸ Bull. civ. V, n°578, p 430 ; Droit ouvrier 1999, p 141, avec l'avis de LYON-CAEN (Pierre) ; RTDciv. 2000, p 622 (B), observations NORMAND (Jacques) ; Droit social 1999, p 158, note LIFFRAN (Hubert), *Les tribunaux du contentieux de l'incapacité et l'article 6,§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ; TPS 1999, commentaire n°113, note PRETOT (Xavier) ; décision confirmé par l'arrêt du 9 mars 2000, Bull civ. V, n°97, p 76 et par celui du 1^{er} mars 2001, Bull. civ. V, n°66, p 51.

¹¹⁷⁹ Civ. 2^{ème}, 15 février 2001, pourvoi 98-17643, site internet légifrance ; D 2001, IR p 981 ; Com. 5 février 2002, Procédures avril 2002, commentaire n°72, p 8 ; Civ. 2^{ème}, 8 avril 2004, pourvoi n°01-04196, site internet légifrance (publié au bulletin).

480. En procédure pénale, la récusation est régie par les articles 668 et suivants du CPP. L'Assemblée plénière a ainsi décidé, par arrêt du 11 juin 2004¹¹⁸⁰, que :

« ...l'accusé n'est pas recevable à mettre en cause devant la Cour de Cassation l'impartialité du président de la cour d'assises, en invoquant une violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'il n'a pas fait usage de la possibilité d'en obtenir le respect en récusant le président de la cour d'assises par application de l'article 668 du Code de procédure pénale et qu'en s'abstenant de le faire avant la clôture des débats, il a renoncé sans équivoque à s'en prévaloir ; »

Cette position est constante comme en attestent les arrêts de la Chambre criminelle du 29 septembre 2004¹¹⁸¹, du 22 février 2005¹¹⁸² et du 11 mai 2006¹¹⁸³. Simplement, les deux dernières décisions évoquées ne font plus expressément référence à la renonciation.

481. Cette "subsidiarité déchéance" semble circonscrite à la procédure de récusation. Il ne faut pas, pour autant, en négliger la portée, car elle démontre l'ascendant du droit national sur la procédure interne. La vocation subsidiaire du droit au procès équitable, dans les cas d'une identité parfaite entre le droit national et la disposition conventionnelle, est corroborée par plusieurs formations de la Haute juridiction dont la plus solennelle, l'Assemblée plénière.

482. Elle pourrait, cependant, être abandonnée au profit d'une inapplicabilité restaurée de l'article 6 à la procédure de récusation. Un renouveau de la jurisprudence initialement dégagée par la première Chambre civile semble se dégager de certaines décisions récentes.

En effet, après avoir exclu du champ d'application de l'article 6 la procédure de dessaisissement pour suspicion légitime¹¹⁸⁴, la deuxième Chambre civile a, par deux arrêts du 14 octobre 2004¹¹⁸⁵ et du 7 juillet 2005¹¹⁸⁶, transposé le raisonnement à la récusation.

Dans la première affaire, le demandeur reprochait à la juridiction du fond d'avoir examiné la demande en récusation du Président en Chambre du conseil. Revenant sur sa jurisprudence, la Haute juridiction déclare « ...que la procédure de récusation, qui ne porte pas sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale et ne concerne pas une contestation sur un droit ou une obligation de caractère civil n'entre pas dans le champ d'application de l'article 6 de la

¹¹⁸⁰ Bull. AP. n°1, p 1.

¹¹⁸¹ Bull. crim. n°226, p 814.

¹¹⁸² Bull. crim. n°68, p 243.

¹¹⁸³ Pourvoi n°06-81117 (inédit).

¹¹⁸⁴ Civ. 2^{ème}, 8 juillet 2004, pourvoi n°02-19171 (publié au bulletin), site internet légifrance ; BICC n°609 du 1^{er} décembre 2004, arrêt n°1693. Il faut ici encore distinguer entre la jurisprudence civile et criminelle. En effet à l'occasion d'un arrêt rendu le 5 janvier 2005, la formation répressive de la Haute juridiction ne conteste pas l'applicabilité de l'article 6 de la CEDH à la procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime, telle qu'elle découle de l'article 662 du CPP : Bull. crim. n°10, p 29. Cette position de la Chambre criminelle ne fait que confirmer sa jurisprudence antérieure : Crim. 30 novembre 1994, Bull. crim. n°392, p 964.

¹¹⁸⁵ Bull. civ. II, n°457, p 388.

¹¹⁸⁶ Pourvoi n°04-17663 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; »

La seconde affaire, portant sur la récusation d'un juge des enfants, aboutit à un attendu exactement similaire. Cette jurisprudence est réaffirmée par cette formation lors de trois arrêts rendus le 15 décembre 2005¹¹⁸⁷.

483. Toutefois, le décryptage de la jurisprudence de la deuxième Chambre civile est particulièrement complexe, car elle a rendu plusieurs autres décisions qui semblent contradictoires à l'égard de l'inapplicabilité de l'article 6§1.

Par un arrêt du 13 octobre 2005, elle accepte une requête en suspicion légitime, sur le fondement des articles 356 du NCPC et 6§1 de la CEDH, suggérant ainsi que le texte est applicable¹¹⁸⁸. En outre, à l'occasion d'une décision du 2 juin 2005¹¹⁸⁹, elle contrôle la conventionnalité de l'article 342, imposant de présenter la cause de récusation avant la clôture des débats, avec l'article 6§1 de la CEDH. Cet examen suggère que la disposition conventionnelle est applicable à la procédure de récusation, dans le cas contraire il n'y aurait pas lieu de procéder au contrôle de conventionnalité. Par ailleurs, dans un arrêt rendu le 20 octobre 2005¹¹⁹⁰, elle constate que la Cour d'appel a pu, sans violer l'article 6§1 de la CEDH, déclarer irrecevable une demande de récusation portée à la connaissance de la juridiction après la clôture des débats. Cette référence à la disposition conventionnelle suggère son applicabilité à la procédure de récusation. La jurisprudence de la deuxième Chambre civile est encore troublée par un arrêt inédit rendu le 15 décembre 2005¹¹⁹¹, à l'occasion duquel la Cour décide que l'article 341 n'épuise pas les causes d'impartialité objective. En l'espèce, un bâtonnier, saisi par un avocat licencié pour motif économique, faisait l'objet d'une demande de récusation. Aucune des causes de récusation définies par l'article 341 étant applicables au litige, les juges du fond avaient rejeté la requête. La Haute juridiction casse la décision au motif qu'il convenait de rechercher, sur le fondement de l'article 6§1 de la CEDH, si une cause ne permettait pas de douter de l'impartialité du bâtonnier.

484. Il revient à l'Assemblée plénière de décider si l'article 6 est applicable à la procédure de récusation puisque des divergences de jurisprudence semblent s'élever entre les différentes formations de la Cour de cassation.

En effet, par un arrêt inédit rendu le 2 mars 2005¹¹⁹², la Chambre sociale se prononce en faveur de l'applicabilité de la disposition conventionnelle à la procédure de récusation, tout en

¹¹⁸⁷ Bull. civ. II, n°328, p 289 et deux arrêts inédits, pourvois n°04-10329 et 04-18874 (disponible sur le site internet Légifrance).

¹¹⁸⁸ Bull. civ. II, n°251, p 225.

¹¹⁸⁹ Bull. civ. II, n°145, p 130.

¹¹⁹⁰ Pourvoi n°03-17458 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

¹¹⁹¹ Pourvoi n°03-21006 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

¹¹⁹² Pourvoi n°02-43.980 et 03-43.030 (inédit), disponible sur le site internet Lamyline Reflex. On peut d'ailleurs constater en l'espèce une subsidiarité de l'argument onusien sur le traité européen. Car, alors que l'article 6 de la

empruntant la jurisprudence antérieure imposant au justiciable de se prévaloir du droit interne avant d'emprunter l'argument conventionnel. Elle emploie, d'ailleurs, les termes de renonciation « *sans équivoque* » du droit de se prévaloir de la cause de récusation dès lors que le droit interne convergent n'a pas été invoqué. Elle retient donc la subsidiarité parfaite de la disposition conventionnelle. En outre, la Chambre criminelle, dans un arrêt du 5 janvier 2005¹¹⁹³, considère que l'article 6 est applicable à la requête en suspicion légitime. Elle accueille la demande sur le fondement de la disposition conventionnelle et de l'article 662 du CPP, lorsque le juge instruit sur des faits pour lesquels il a déjà prononcé un refus d'informer que la Chambre de l'instruction a infirmé.

485. Afin de distinguer entre applicabilité et application de l'article 6 à la récusation, il conviendrait de distinguer entre ce qui relève de la cause de récusation et ce qui s'attache à la procédure de récusation¹¹⁹⁴. Toutefois, les causes de la récusation et la procédure de la récusation étant profondément imbriquées, la dissociation semble bien délicate.

Si ce raisonnement est emprunté par la Haute juridiction, il n'est pas clairement traduit dans sa jurisprudence. L'inapplicabilité de l'article 6 n'est pas satisfaisante, car la procédure de récusation permet de favoriser un procès équitable au titre de l'impartialité objective. Cependant, elle s'accorde avec la jurisprudence rendue par la Cour EDH¹¹⁹⁵ et évite les moyens dilatoires. En outre, cette inapplicabilité traduit clairement l'impossibilité de se fonder sur la disposition conventionnelle, alors que la "subsidiarité déchéance" aboutit à un résultat similaire, mais par la voie d'un raisonnement difficilement justifiable. En effet, cette neutralisation de l'argument fondé sur le traité paraît péremptoire à l'égard de la subsidiarité et ambiguë au regard de la renonciation. Elle installe la Cour de cassation dans un réflexe souverainiste, ce qui est paradoxal puisque la jurisprudence démontre que la subsidiarité parfaite vacille bien souvent.

§2- Le vacillement de la subsidiarité parfaite

486. Désormais, la Cour de cassation se pare de l'habit de juge naturel du traité avec une grande spontanéité, particulièrement lorsqu'il s'agit d'appliquer la CEDH¹¹⁹⁶. Il n'est donc

CEDH et 14 du PIDCP sont, tous deux, conjointement invoqués, la formation sociale de la Haute juridiction se contente de répondre à l'égard de la disposition conventionnelle issue du traité européen. Cette question sera largement développée dans le titre II de cette partie.

¹¹⁹³ Bull. crim. n°10, p 29.

¹¹⁹⁴ VINCENT (Jean), GUINCHARD (Serge), MONTAGNIER (Gabriel), VARIMARD (André), *Institutions judiciaires*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2005, Paris, p 733.

¹¹⁹⁵ Cour EDH, décision sur la recevabilité, SCHREIBER et BOETSCH contre France, du 11 décembre 2003, requête n°58751/00, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹¹⁹⁶ SUDRE (Frédéric), *L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 821 ; DE GOUTTES (Régis), *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge ?* in *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974-1992*, sous la direction de Frédéric SUDRE, Engel, 1993, p 49.

pas surprenant de constater un certain essoufflement de la subsidiarité parfaite. Une volonté de promouvoir les dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme semble se substituer à une préservation de l'application du droit national. Alors même que le droit interne générerait des solutions convergentes, la Haute juridiction abandonne la subsidiarité parfaite. Elle préfère appliquer cumulativement les textes nationaux et internationaux (A), et même fonder sa décision sur les seules dispositions conventionnelles, sans se référer au droit interne. Cette dernière hypothèse démontre un inversement de la subsidiarité au profit du traité (B).

A- Le cumul des fondements

487. La subsidiarité parfaite justifierait que la Cour de cassation statue sur le fondement du droit national dès lors qu'il garantit identiquement les droits de l'Homme, même si cette application lui impose de le substituer aux dispositions conventionnelles relevées au soutien du pourvoi. Comme cela a été précédemment indiqué, la Haute juridiction ne plébiscite pas ce mécanisme de coordination¹¹⁹⁷. Plutôt que de consacrer une subsidiarité parfaite par la voie de la substitution, la Cour de cassation préfère cumuler les fondements.

488. Cette démarche peut être identifiée dans un arrêt rendu par la première Chambre civile le 9 juillet 2003¹¹⁹⁸. En l'espèce, les juges du fond avaient, en référé, ordonné la saisie en tous lieux d'un écrit de presse et l'interdiction de publier divers articles attentatoires à la vie privée de mineurs. L'hebdomadaire et la journaliste forment pourvoi en cassation invoquant une ingérence disproportionnée dans le droit au respect de la liberté d'expression, tel que garanti par l'article 10 de la CEDH. Selon les demandeurs, l'atteinte à la vie privée engendrée par les diverses publications n'impose pas une telle limitation du droit à la liberté de la presse. La Cour de cassation rejette les pourvois en recherchant le traditionnel équilibre entre droit au respect de la vie privée et droit à la liberté d'expression des parties. Alors que la CEDH est seule invoquée au soutien du pourvoi, la Haute juridiction statue sur le fondement des articles 8, 10 de la CEDH et 9 du Code civil. Les juges de cassation relèvent d'office le droit interne en renfort de la motivation. Ce cumul peut, ici, s'expliquer par une volonté de réitérer la jurisprudence convergente de la Cour de cassation élaborée au titre de l'article 9 du Code civil¹¹⁹⁹.

489. D'une manière plus générale, de nombreuses décisions démontrent que la Haute juridiction abandonne la subsidiarité afin de répondre sur le fondement de tous les textes invoqués par les justiciables. Ainsi, la subsidiarité parfaite cède sous la pression du pourvoi.

¹¹⁹⁷ Un seul arrêt permet d'identifier une substitution : Civ. 2^{ème}, 3 juillet 1985, Bull. civ II, n°132, p 89 : Cf. supra § n°457.

¹¹⁹⁸ Civ. 1^{re}, 9 juillet 2003, pourvoi n°00-20289, Bull. civ. I, n°172, p 134.

¹¹⁹⁹ Civ. 1^{re}, 3 avril 1984, Bull. civ. I, n°125, p 103 ; 16 Octobre 1984, Bull. civ. I, n°268, p 228 ; 13 février 1985 (2 arrêts), Bull. civ. I, n° 63 et 64, p 60.

La première Chambre civile, par arrêt du 19 mars 1991¹²⁰⁰, casse une décision d'appel pour violation du droit au respect de la vie privée, se fondant tant sur l'article 9 du Code civil, que 8§1 de la CEDH et 17 du PIDCP, tous trois relevés au soutien du pourvoi¹²⁰¹. Les motifs de cette application cumulative des normes peuvent être mis en perspective avec la décision du fond. Il est reproché à la juridiction de seconde instance d'avoir débouté le demandeur sur le fondement de ces trois dispositions. Il est possible de considérer que la subsidiarité parfaite est négligée car la Haute juridiction souhaite intégrer à son visa tous les textes improprement appliqués par les juges du fond.

490. Il semblerait, à la lumière de certains arrêts récents, que la Haute juridiction soit de plus en plus sensible aux textes invoqués par le pourvoi. Elle abandonne la subsidiarité parfaite au profit d'une application conjointe des droits convergents. Dans un arrêt rendu le 30 mai 2006¹²⁰², la première Chambre civile coordonne le droit au respect de la vie privée et le droit à l'information en visant, au soutien de sa décision, tant l'article 10 de la CEDH que 9 du Code civil et 8 de la CEDH. Dans son pourvoi, le demandeur invoquait ces trois textes.

491. En revanche, lorsque le justiciable n'évoque pas l'article 8 de la CEDH, la Haute juridiction s'en tient à une application unique de l'article 9 du Code civil et 10 de la CEDH, ainsi qu'en attestent deux arrêts rendus par la première Chambre civile le 16 mai 2006¹²⁰³ et le 12 juillet 2006¹²⁰⁴. En réalité, le vacillement de la subsidiarité ne conduit pas la Cour de cassation à relever d'office l'article 8 de la CEDH. La Cour ne modifie pas son raisonnement garantissant la coordination des droits en concurrence mais restaure une ambiguïté à l'égard de la hiérarchie des normes, particulièrement lorsque le droit au respect de la vie privée l'emporte sur la liberté de l'information¹²⁰⁵.

492. Le vacillement de la subsidiarité dépasse largement le contentieux relatif à la conciliation de la liberté de la presse et du droit au respect de la vie privée. Le droit au procès équitable, tel que défini par les Codes de procédure interne et par la CEDH révèle, également, l'application cumulative des normes.

Par un arrêt du 26 septembre 1996¹²⁰⁶, la formation répressive dénonce l'identité des magistrats en première instance et appel, en cassant au visa des textes nationaux et de l'article 6§1 invoqués au soutien du pourvoi. De même, par deux arrêts du 3 novembre 1993¹²⁰⁷, la

¹²⁰⁰ D 1991, jurisprudence p 568, note VELARDOCCHIO (Dominique).

¹²⁰¹ En l'espèce, les Hospices civils de Lyon refusaient de transmettre au créancier d'une de leur salariée l'adresse de cette dernière. Ils avaient donc été poursuivis par la société Locunivers. Cette dernière avait été déboutée, par les juges d'appel, sur le fondement du droit au respect de la vie privée. La Haute juridiction tend alors à révéler les limites de la vie privée, face aux droits du créancier, reconnus par jugement irrévocable. Cédérom Cour de cassation, pourvoi n°89-19.960.

¹²⁰² Pourvoi n°05-14.930 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Jurisclasseurs, LexisNexis.

¹²⁰³ Pourvoi n°04-10.359 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Lamyline Reflex.

¹²⁰⁴ Pourvoi n°05-14.831 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Lamyline Reflex.

¹²⁰⁵ Cf. supra § n°459 et suivants.

¹²⁰⁶ Bull crim. n°333, p 991.

¹²⁰⁷ Bull. civ. II, n°306 et 307, p 171.

deuxième Chambre civile décide, d'une part, sur le fondement de l'article 542 du NCPC, que le même magistrat ne peut siéger en appel après avoir siégé en première instance et d'autre part, au visa de la même disposition, couplée à l'article 6 de la CEDH, que le magistrat qui a participé au jugement en première instance ne peut connaître du recours en révision de l'arrêt rendu sur appel de ce jugement.

493. Il convient malgré tout de dépasser la seule analyse du pourvoi afin d'expliquer l'abandon de la subsidiarité parfaite au profit de l'application cumulative des normes.

Pour se faire, il est possible d'évoquer un arrêt ne s'intégrant pas parfaitement dans une logique de subsidiarité puisque appliquant des normes non convergentes. Des héritiers avaient assigné en justice la débitrice de ce qu'ils considéraient comme un prêt consenti par le *de cuius*. Les juges du fond avaient accédé à leur demande en s'appuyant, à titre de preuve, sur un enregistrement téléphonique pratiqué à l'insu de la défenderesse. Cette dernière argue, au soutien de son pourvoi, d'une violation du droit au respect de la vie privée, sur le fondement des articles 9 du Code civil et 8 de la CEDH, ainsi que 9 du NCPC et 6 de la CEDH¹²⁰⁸. La Chambre commerciale casse la décision d'appel au visa de ces deux derniers textes, par un arrêt du 7 octobre 2004¹²⁰⁹. Elle considère que le moyen de preuve est irrecevable car obtenu par un procédé déloyal. La disposition nationale étant exclusivement consacrée à la preuve, cette référence au texte conventionnel n'y faisant pas expressément allusion paraît surprenante. En réalité, l'adjonction de la disposition conventionnelle protectrice des droits de l'Homme permet de renforcer considérablement l'exigence de loyauté dans l'administration de la preuve, au point, selon les commentateurs, de lui conférer valeur de principe¹²¹⁰.

494. Ce raisonnement peut expliquer l'abandon de la subsidiarité lorsque sont invoqués tant l'article 16 du NCPC que 6§1 de la CEDH en ce qu'ils imposent le respect du contradictoire. La deuxième Chambre civile, dans un arrêt rendu le 4 janvier 2006¹²¹¹, casse une décision d'appel en maintenant au visa la double référence au texte national et à la disposition conventionnelle. En l'espèce, la procédure applicable à la demande de taxe des dépens avait fait l'objet d'une audience avec convocation des parties. Selon les articles 708 et 709 du NCPC, il n'est pas impératif d'entendre les parties. Toutefois, selon la Cour de cassation, si la juridiction du fond décide de convoquer les parties, ces dernières doivent bénéficier du contradictoire et disposer du droit de discuter les pièces et observations présentées au juge. La double référence au visa renforce l'exigence du respect du contradictoire.

¹²⁰⁸ Le pourvoi est disponible sur le site internet Lamyline Reflex, pourvoi n°03-12.653, arrêt n°1532.

¹²⁰⁹ Bull. civ. IV, n°447, p 380 ; RTDciv. 2005, p 135, observation MESTRE et FAGE.

¹²¹⁰ Droit et patrimoine 2005, jurisprudence et législation, disponible sur le site internet Lamyline Reflex, observations BONFILS (Jean).

¹²¹¹ Bull. civ. II, n°4, p 4.

495. La volonté de conforter les droits essentiels, d'en renforcer l'autorité, peut également expliquer que la Cour de cassation relève, parfois d'office, leur violation sur le double fondement du droit national et des dispositions conventionnelles

La Chambre criminelle semble plus prompte à utiliser ce mécanisme de double visa, depuis un arrêt du 7 juin 1979¹²¹². Elle décide que le justiciable dispose du droit à être informé de la nature et de la cause de la prévention. Ce droit doit être préservé, au besoin d'office, sur le fondement des normes internes et des articles 6 et 13 de la CEDH. Cette solution est confortée par des décisions ultérieures¹²¹³.

L'impartialité objective, telle que définie par l'article 6§1, fait également l'objet, dans la jurisprudence de la Chambre criminelle, d'un moyen relevé d'office, s'appuyant sur la disposition conventionnelle et le droit interne¹²¹⁴.

La violation du principe de légalité criminelle, défini par l'article 7 de la CEDH, est également relevée d'office. Or, la mise en œuvre de la subsidiarité aurait pu expliquer une simple application de l'article 4 de l'ancien Code pénal ou 111-3 du NCP. La Chambre criminelle décide pourtant de s'appuyer sur un double visa de la disposition conventionnelle et du droit d'origine nationale. La jurisprudence devient contradictoire puisque la Cour de cassation retient souvent la subsidiarité de l'article 7 de la CEDH¹²¹⁵.

Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère est le premier à bénéficier d'une l'application d'office sur le fondement des articles 7 de la CEDH et 6 du CPP, à l'occasion d'un arrêt de la Chambre criminelle du 13 avril 1988¹²¹⁶. La Cour décide qu'une peine ne peut être prononcée si les faits poursuivis entrent dans les prévisions de deux textes successifs, applicables lors de la commission puis à l'occasion du jugement de l'infraction, dès lors qu'ils ont échappé à toute incrimination entre l'abrogation de la première disposition et l'entrée en vigueur de la seconde. Cette position de la formation répressive est renforcée à l'occasion d'un arrêt rendu le 2 mars 1994 et confirmée par plusieurs décisions¹²¹⁷.

L'application d'office du droit national et des dispositions conventionnelles est parfois retenue par la jurisprudence civile. Ainsi, la Chambre sociale, dans un arrêt du 15 novembre 1990¹²¹⁸, s'appuie tant sur l'article 6 de la CEDH que sur le principe de la liberté des droits de la défense. Le respect du contradictoire est préservé par la deuxième Chambre civile, par

¹²¹² Bull. crim. n°197, p 542 ; Crim. 26 septembre 1996, Bull. Crim. n°333, p 991.

¹²¹³ Crim. 29 juin 1987, pourvoi n°87-80842 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance ; Crim. 2 juillet 1991, Bull. crim. n°290, p 739 ; 4 mars 1998, Bull. crim. n°85, p 232.

¹²¹⁴ Crim 6 novembre 1986, Bull. crim. n°328, p 838 ; D 1987, jurisprudence p 237, note PRADEL (Jean).

¹²¹⁵ Ce Chapitre, Section I, §1, A.

¹²¹⁶ Pourvoi n°87-80824 (inédit titré), disponible sur légifrance.

¹²¹⁷ Crim 2 mars 1994, Bull. crim. n°86, p 189 ; 16 mars 1994, pourvoi n°93-81733 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance ; 23 mars 1994, Bull. crim. n°111, p 246 ; 7 avril 1994, pourvoi n°93-80361 (inédit) ; 9 mai 1994, pourvoi n°92-86102 (inédit) ; 10 mai 1994, pourvoi n°93-82180 (inédit titré) ; 6 juillet 1994, pourvoi n°93-83456 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance.

¹²¹⁸ Bull. civ. V, n°560, p 339.

décision du 13 juillet 1999, au double visa des articles 16 du NCPC et 6 de la CEDH, relevés d'office¹²¹⁹. Le droit au double degré de juridiction est également relevé d'office sur le fondement des dispositions pertinentes du NCPC et de l'article 6§1 de la CEDH, par la première Chambre civile dans deux arrêts du 1^{er} juin 2005¹²²⁰ et du 4 octobre 2005¹²²¹.

496. Cette autorité particulière des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme peut expliquer, également, que la Cour de cassation choisisse parfois d'inverser la subsidiarité au profit d'une application prioritaire des dispositions conventionnelles.

B- La subsidiarité inversée

497. La CEDH a une influence grandissante sur la jurisprudence et la Cour de cassation peut choisir d'inverser la subsidiarité au profit d'une application prioritaire des dispositions conventionnelles, alors même que le droit national permettrait d'apporter une solution absolument convergente. Deux arrêts présentant une subsidiarité inversée ont pu être identifiés.

498. Cette inversion du mécanisme de coordination des normes est constatée dans un arrêt rendu par la formation répressive de la Haute juridiction le 24 mai 2006¹²²². Le litige est relatif au droit à l'assistance d'un avocat.

En l'espèce, le prévenu avait demandé le renvoi de l'affaire en raison de l'absence de son conseil. Il avait refusé l'assistance de l'avocat de permanence. Sa demande avait été rejetée sans motivation et la Cour d'appel l'avait déclaré coupable des faits visés par la prévention. Le justiciable forme pourvoi en cassation, arguant d'une violation de l'article 6 de la CEDH et 593 du CPP. Le premier texte garantit le droit à l'assistance d'un avocat et impose un procès équitable, supposant que la décision de condamnation soit motivée. Le second exige que les juridictions pénales, à peine de nullité, formulent les motifs justifiant leurs solutions. Les deux dispositions invoquées sont donc pertinentes en la cause et justifient, de manière autonome, la cassation de l'arrêt. Pourtant, les normes ne sont pas convergentes et la subsidiarité parfaite ne semble pouvoir être retenue.

La Haute juridiction casse la décision du fond mais ne retient, au soutien de son visa, que l'article 6§3c) de la CEDH, qui impose le droit à l'assistance d'un avocat. Le texte national invoqué par le demandeur ne sert pas de fondement à l'arrêt. La Cour de cassation précise que « *...les juges ne peuvent, sans le motiver, refuser le renvoi d'une affaire sollicité par le prévenu en raison de l'absence de l'avocat choisi...* ».

¹²¹⁹ Pourvoi n°97-19319 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance.

¹²²⁰ Bull. civ. I, n°240, p 203.

¹²²¹ Pourvoi n°04-50100 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

¹²²² Pourvoi n°05-85.685 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Jurisclasseur LexisNexis.

Dans cette affaire, il est très délicat de déterminer pourquoi le Code de procédure pénale n'est pas associé à la décision, alors que le droit au procès équitable lorsqu'il est invoqué conjointement à l'article 593 du CPP disparaît souvent du visa de la Cour de cassation¹²²³. En réalité, il semblerait que la Haute juridiction fasse une application implicite du texte interne puisque ses motifs font précisément référence à l'obligation de motiver la décision de justice. Cependant, elle préfère centrer son visa sur le droit à l'assistance d'un avocat.

L'importance de ce droit justifie, certainement, pour la Haute juridiction une référence à la disposition conventionnelle invoquée au soutien du pourvoi. Il lui permet de souligner l'attachement de la société internationale à cette dimension déterminante du procès équitable. Elle engage, ainsi, les juridictions du fond à une vigilance accrue, en insistant sur la dimension supranationale du droit. Cependant, elle aurait pu intégrer au visa de sa décision l'article préliminaire du CPP¹²²⁴, qui confirme le droit à l'assistance d'un défenseur. Elle aurait ainsi procédé à une application cumulative des normes démontrant son attachement aux droits de l'Homme également définis par les textes nationaux. Telle est sa démarche, dans un arrêt rendu le 11 mai 2006¹²²⁵, concernant le principe de la loyauté des preuves. Elle casse sur le fondement de l'article 6, combiné à l'article préliminaire du CPP, alors même que ce dernier texte ne fait pas expressément référence à la preuve.

Dans l'arrêt du 26 mai 2006, au contraire, elle élude le CPP, procédant à une inversion de la subsidiarité. Les fondements de ce raisonnement sont, sans doute, à rechercher dans la précision des textes. L'article préliminaire du CPP ne spécifie pas avec autant de clarté que l'article 6§3 c) l'importance du choix. Or, le choix de l'avocat était au centre du litige. La Chambre criminelle retient peut-être une application privilégiée de la CEDH car les dispositions des textes internes ne sont pas suffisamment explicites.

499. L'imprécision du droit national ne peut justifier l'inversion de la subsidiarité dans l'arrêt rendu par la première Chambre civile le 29 janvier 2002¹²²⁶. Cette décision, précédemment abordée au titre de l'invocabilité d'interprétation conforme¹²²⁷, mérite également d'être signalée relativement à la coordination des normes. Il convient de rappeler que l'arrêt étend l'action en retranchement pour atteinte à la réserve héréditaire au bénéfice des enfants naturels, par une interprétation conforme du droit interne avec les articles 1

¹²²³ Pour deux exemple récents voir : Légifrance 11 janvier 2006, pourvoi n° 05-82.988 et 14 juin 2006, pourvoi n°05-82.453 : arrêts publiés au bulletin, disponibles sur le site internet Jurisclasseurs LexisNexis.

¹²²⁴ Sur les principes directeurs réaffirmés par l'article préliminaire du CPP voir : THOMAS (Didier), *Le concept de procès pénal* in *La sanction du droit*, Mélanges offerts à Pierre COUVROT, PUF, 2001, Paris, p 401 (spécialement n°26 et suivants).

¹²²⁵ Pourvoi n°05-84.837(publié au bulletin), disponible sur le site internet Jurisclasseurs LexisNexis.

¹²²⁶ Bull. civ. I, n°32, p 24 ; Droit de la famille avril 2002, n°45, p 21, note BEIGNER (Bernard) ; PA 26 juillet 2002, n°147, p 22, note CHASSAGNARD (Sandrine) ; D 2002, jurisprudence p 1938, note DEVERS (Alain) ; JCP G 2002, I, 178, p 1953, observations LE GUNHEC (Francis) ; RTDCiv. 2002, p 865, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre) ; Defrénois 2002, p 692, observations MASSIP (Jacques) ; RTDCiv 2002, p 347, observations VAREILLE (Bernard) ; RJPF mai 2002, n°5, p 14 note CASEY (Jérôme).

¹²²⁷ Cf. supra § n°296 et suivants.

protocole et 14 de la CEDH. La solution est pertinente, car elle permet à la Haute juridiction de procéder à une « *réécriture* » du droit interne¹²²⁸ adéquate à la jurisprudence de la Cour EDH¹²²⁹.

Cependant, la Cour de cassation statue après l'entrée en vigueur de la loi du 3 décembre 2001¹²³⁰. Par ce texte, le législateur modifie le droit national en ouvrant l'action en retranchement à tous les enfants qui ne seraient pas issus des deux époux. L'application de la loi dans le temps aurait pu justifier l'interprétation conforme du droit interne fondé sur les dispositions conventionnelles si le texte national n'avait pas bénéficié d'une portée rétroactive¹²³¹. En effet, selon l'article 25 II, 2 de la loi du 3 décembre 2001 « *Sous réserve des accords amiables déjà intervenus et des décisions judiciaires irrévocables, seront applicables aux successions ouvertes à la date de publication de la présente loi au Journal Officiel de la république Française et n'ayant pas donné lieu à partage avant cette date... les dispositions du second alinéa de l'article 1527 du Code civil dans sa rédaction issue de l'article 17...* »¹²³². La loi est publiée au Journal Officiel de la République française le 4 décembre 2001, elle était donc applicable à la cause tranchée le 29 janvier 2002. Le droit national aurait assuré une solution absolument identique à celle découlant d'une mise en œuvre des dispositions conventionnelles.

La subsidiarité inversée peut être expliquée par une volonté de se référer aux textes invoqués au soutien du pourvoi. Cependant, un autre argument est susceptible d'être avancé afin de justifier la solution. La combinaison de l'article 1 protocole 1 et 14 offre une solution dépassant largement l'hypothèse de l'action en retranchement. Par cette motivation, qui constitue d'ailleurs un revirement de jurisprudence¹²³³, la première Chambre civile a probablement souhaité informer les juridictions du fond qu'il convenait, désormais, de traquer les discriminations persistant dans le droit civil au détriment des enfants naturels. Le fondement conventionnel permet à l'arrêt de bénéficier d'une portée générale. Le raisonnement est transposable à d'autres textes. Cette interprétation est corroborée par la jurisprudence ultérieure de la Cour de cassation qui balaye les discriminations inopportunes subsistant en droit de la famille. Dans un arrêt du 14 février 2006¹²³⁴, la première Chambre civile casse une décision sur le fondement des articles 8 et 14 de la CEDH, car les juges du fond ont considéré que la filiation naturelle n'était pas établie par l'acte de naissance, alors

¹²²⁸ RTDCiv. 2002, p 865, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre).

¹²²⁹ Sur la convergence de la solution avec la jurisprudence européenne, voir le commentaire de l'arrêt MAZUREK contre France, rendu par la Cour EDH le 1^{er} février 2000, GOUTTENOIRE (Adeline), *GA CourEDH*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris, n°51.

¹²³⁰ Loi n°2001-1135.

¹²³¹ Voir particulièrement : JCP G 2002, I, 178, p 1953, observations LE GUNEHEC (Francis) ; Defrénois 2002, p 692, observations MASSIP (Jacques) ; RTDCiv 2002, p 347, observations VAREILLE (Bernard). En effet, selon La loi a été publiée au JORF le 4 décembre 2001.

¹²³² La loi a été publiée au JORF le 4 décembre 2001.

¹²³³ MASSIP (Jacques), Op. Cit. Spécialement p 695.

¹²³⁴ Pourvoi n°05-13006 (Publié au bulletin) ; D 2006, jurisprudence p 1029, note KESSLER (Guillaume).

que cette possibilité est retenue, sur le fondement de l'article 319 du Code civil, au bénéfice des enfants légitimes. La Cour de cassation anticipe, en appliquant le traité, les effets de l'ordonnance du 4 juillet 2005, consacrant l'égalité des filiations¹²³⁵. En l'espèce, les justiciables ne pouvaient bénéficier du droit nouveau qui n'est entré en vigueur que le 1^{er} juillet 2006¹²³⁶.

500. La subsidiarité inversée est séduisante car elle permet à la Cour de cassation de privilégier l'application des dispositions conventionnelles lorsqu'elle souhaite offrir une portée générale ou de principe à sa décision. Pourtant, elle ne doit pas tromper sur les effets de la subsidiarité qui n'est pas toujours profitable à une application privilégiée des dispositions conventionnelles, surtout lorsqu'elle est imparfaite.

Section II- La subsidiarité imparfaite

501. La subsidiarité parfaite s'inscrit dans une logique de convergence des normes. Elle ne signifie pas nécessairement que les textes internes et les dispositions conventionnelles soient absolument similaires, mais qu'ils apportent une solution identique au litige soumis à la Haute juridiction. La subsidiarité parfaite ne nuit aucunement à la préservation des droits essentiels puisque les normes sont substituables. Cependant, il est possible d'identifier, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, une autre forme de subsidiarité : la subsidiarité imparfaite. Elle conduit le juge à appliquer le droit interne alors même que les dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme invoquées ne sont pas convergentes, n'aboutissent pas à des solutions identiques.

502. Cette subsidiarité imparfaite peut être reconnue dans deux hypothèses. Dans le premier cas, la Haute juridiction, confrontée à une pluralité d'arguments articulés sur des textes différents, garantissant des droits dissemblables, peut limiter sa réponse à ceux développés sur le fondement du droit national. Le second cas de subsidiarité imparfaite est sensiblement différent. Les interprétations supranationales ont enrichi les droits de l'Homme. Incorporées à la disposition conventionnelle, elles peuvent garantir au droit une protection plus étendue que celle découlant des textes nationaux. La subsidiarité n'aurait donc pas vocation à jouer, le juge de cassation retenant, alors, l'application du seul droit conventionnel. Cependant, il arrive que la Haute juridiction décide d'appliquer le droit national en lui laissant produire les mêmes effets que les dispositions conventionnelles telles qu'elles ont été interprétées. Le droit national est ainsi enrichi.

Par conséquent, par la voie de la subsidiarité imparfaite, la Haute juridiction parvient, dans le premier cas, à un défaut de réponse à l'argument développé sur le fondement des droits de

¹²³⁵ Cette discrimination est éteinte par l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005, JORF 6 juillet 2005.

¹²³⁶ Article 21 de l'ordonnance.

l'Homme (A). Dans le second cas, elle enrichit le droit national moins protecteur que la norme internationale (B).

§1- Le défaut de réponse à l'argument conventionnel

503. Un phénomène inquiétant se révèle trop fréquemment dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Plus justement que de subsidiarité des dispositions conventionnelles, il conviendrait d'évoquer la subsidiarité des raisonnements fondés sur une prétendue violation des droits garantis par les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Ainsi, la Haute juridiction omet trop souvent de répondre aux arguments développés sur le fondement des dispositions conventionnelles¹²³⁷. Plus concrètement, la Cour de cassation rejette le pourvoi, sans examiner la violation prétendue des dispositions conventionnelles soulevées à son soutien. La Haute juridiction assure la seule application du droit interne, quand bien même sa teneur serait étrangère à celle des droits de l'Homme. Cette attitude caractérise une forme extrême de subsidiarité imparfaite, s'assimilant à un défaut de réponse.

504. L'arrêt rendu par la Chambre mixte le 9 février 2001¹²³⁸ illustre le propos. Il s'agissait de déterminer si un mineur, représenté par son administrateur ad hoc, pouvait former tierce opposition à une décision déterminant l'autorité parentale. Le représentant du mineur, dont l'action avait été déclarée irrecevable en appel, invoquait les articles 388-1, 388-2 et 374 alinéa 3¹²³⁹ du Code civil ainsi que l'article 12 de la CIDE. Le pourvoi est rejeté sur le fondement du droit interne. Selon la Haute juridiction, l'administrateur *ad hoc* ne peut disposer de plus de droits que le mineur qu'il représente. Or, l'enfant ne figure pas, au sens de l'article 374 alinéa 3 du Code civil, parmi les demandeurs capables d'obtenir une modification des conditions d'exercice de l'autorité parentale. La tierce opposition formée est alors irrecevable. A aucun moment la Cour ne s'interroge sur l'argument tiré de l'article 12 du traité onusien. Elle néglige simplement de se prononcer. Sans doute aurait-il été préférable que la Haute juridiction s'appuie sur le rapport de son Conseiller¹²⁴⁰, en pratiquant un contrôle

¹²³⁷ BURGELIN (Jean-François), LALARDRIE (Agnès), *L'application de la Convention par le juge judiciaire français* in Mélanges en l'honneur de René CASSIN, Bruylant, 1999, Bruxelles, p 145, voir spécialement p 154 : « Enfin, il est fréquent que, lorsque la Convention est invoquée parmi d'autres moyens, il n'y soit pas répondu et que le juge français préfère tirer des principes généraux de la procédure des principes similaires à ceux consacrés par la Convention » ; MEYZEAUD-GARAUD (Marie-Christine), MOUTEL (Béatrice), PLAZY (Jean-Marie), *La jurisprudence civile française face aux interprétations de la CEDH délivrées par le juge européen* in *CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD, La documentation française, 2001, Paris, p 104. Ainsi, p 111, les auteurs affirment : « ... plus caractéristique encore est l'attitude qui consiste à n'affirmer qu'une préférence implicite du droit interne, en refusant de se prononcer sur l'argument issu du droit européen. Cette pratique, que l'on qualifierait volontiers de désinvolte, est la plus fréquente. Elle recouvre environ les trois quarts des solutions adoptées par l'ensemble des Chambres civiles de la Cour de cassation. ».

¹²³⁸ Mixte, 9 février 2001, BICC n°531, p 7, Avis de M. BURGELIN (Jean-François), Rapport de M. TOITOT.

¹²³⁹ Texte abrogé par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002.

¹²⁴⁰ TOITOT, note sous l'arrêt rendu par la Chambre mixte le 9 février 2001, BICC n°531, p 7. Ce dernier prônait la compatibilité entre le droit interne et la CIDE.

de conventionnalité, ou en réitérant sa jurisprudence relative à l'effet direct. De tels motifs, justifiant également le rejet du pourvoi, auraient ainsi évité le défaut de réponse, caractéristique d'une négation de l'argument international.

505. En outre, cette jurisprudence ne semble pas en adéquation avec les règles de procédure présidant au pourvoi en cassation. Il ne s'agit pas de traiter une pluralité des moyens dont certains pourraient être considérés comme s'attaquant à des motifs surabondants¹²⁴¹, mais d'un seul et unique moyen auquel la formule imposant à la Cour d'analyser le moyen, tout le moyen, rien que le moyen devrait s'appliquer.

506. Les exemples pourraient être multipliés à l'égard des décisions rendues par les Chambres civiles¹²⁴².

507. Par ailleurs, la jurisprudence de la Chambre criminelle corrobore la pratique, ces arrêts révélant l'utilisation de cette subsidiarité imparfaite. Les termes utilisés dans la décision du 2 octobre 2002¹²⁴³ en attestent. Un individu condamné pour fraude fiscale arguait, dans son troisième moyen de cassation, d'une violation des articles 4 du Protocole additionnel numéro 7 de la CEDH et 14§7 du PIDCP, textes consacrant le principe *non bis in idem*. En effet, la condamnation pénale intervenait après que l'administration fiscale eut infligé des sanctions au terme d'une procédure de redressement de l'impôt sur le revenu. Les juges du fond rejettent l'application de la règle *non bis in idem*, invoquée par le prévenu, au motif que la France avait émis une réserve, autorisant le cumul des sanctions pénales et fiscales, en marge de l'article 4 du protocole additionnel numéro 7. A l'occasion de son pourvoi, le demandeur insiste sur le caractère pénal de la punition et indique que la France n'a pas émis de réserve sur ce point à l'égard de l'article 14§7 du PIDCP. De plus, un tel cumul viole, selon le justiciable, le principe constitutionnel de proportionnalité des peines. Ce litige soulevait une question de compatibilité des mesures aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, tant à l'égard du caractère pénal de la sanction administrative que de la violation du principe *non bis in idem*. L'argument tiré de la divergence des réserves émises en marge des traités posait la question de l'application coordonnée des textes internationaux. Pourtant, la Cour de cassation rejette le pourvoi sans répondre à l'argumentation développée par le demandeur au regard des dispositions conventionnelles. Elle se contente de considérer que les juges du fond n'ont pas la compétence pour apprécier la constitutionnalité des lois.

508. L'arrêt du 15 janvier 2003¹²⁴⁴ offre un exemple éclairant de ce défaut de réponse dans la jurisprudence de la Chambre criminelle¹²⁴⁵. En l'espèce, un individu avait été placé en

¹²⁴¹ CHARTIER (Yves), *La Cour de cassation*, 2^{ème} édition, Connaissance du droit, Dalloz, 2001, p 100.

¹²⁴² Pour une liste non exhaustive : Civ. 2^{ème}, 10 juin 1999, pourvoi n° 97-21124 (inédit titré) ; civ. 1^{ère}, 27 mars 2001, pourvoi n° 98-16508 (publié au bulletin) ; soc. 23 mai 2002, pourvoi n° 00-14918 (inédit titré) : arrêts disponibles sur légifrance.

¹²⁴³ Crim. 2 octobre 2002, pourvoi n° 01-87996 (inédit titré), site internet légifrance.

¹²⁴⁴ Bull crim. n°10, p 35.

examen suite à des surveillances téléphoniques pratiquées sur les lignes de tiers. Présentant, devant la chambre d'accusation, une requête en annulation des commissions rogatoires ayant permis ces mesures, il est irrecevable à contester la régularité de ces écoutes réalisées sur des lignes dont il n'est ni titulaire ni utilisateur. Le justiciable forme pourvoi en cassation et invoque les dispositions du CPP et l'article 8 de la CEDH. Rejetant le pourvoi, la Haute juridiction constate néanmoins, sur le fondement de l'article 171 du CPP, que le demandeur peut contester la régularité des écoutes, mais qu'il n'appartient pas à la Chambre d'accusation d'apprécier la régularité d'actes de procédures accomplis dans le cadre d'une information dont elle n'est pas saisie. Aucune référence à l'invocation de l'article 8 de la CEDH n'est relevée par la formation répressive, l'argument international disparaît totalement de la décision. Pourtant, la Cour de cassation devait se prononcer sur l'atteinte au respect de la vie privée engendrée par ces écoutes et sur son éventuelle justification à l'égard du paragraphe 2 de l'article 8. Cet argument est dissociable de la régularité des actes de procédure. L'omission est d'autant plus contestable que les deux textes ne sont pas liés quant au fond. Enfin, la regrettable notoriété du contentieux des écoutes téléphoniques françaises auprès de la juridiction strasbourgeoise¹²⁴⁶, aurait dû conduire la Chambre criminelle à procéder à une analyse rigoureuse de la conformité de la mesure à la disposition internationale¹²⁴⁷.

509. Cette démarche s'assimile au défaut de réponse justifiant la cassation des décisions de certaines juridictions du fond¹²⁴⁸. La Cour de cassation s'arroge, en réalité, le droit de procéder à l'image de ceux qu'elle sanctionne. Le défaut de réponse constitue la forme de subsidiarité la plus ultime, car l'argumentation du demandeur au pourvoi sur le fondement des dispositions conventionnelles n'est pas étudiée par la Cour de cassation. Contrairement à la subsidiarité parfaite, cette démarche ne préserve pas les droits de l'Homme. Au contraire, elle

¹²⁴⁵ D'autres exemples peuvent être avancés : crim. 24 mai 2000, pourvoi n°00-81322 (inédit titré) ; 25 octobre 2000, pourvoi n°00-84874 (inédit) ; 6 mars 2001, pourvoi n°00-87321 (publié au bulletin) ; 3 avril 2001, pourvoi n°00-86515 (publié au bulletin) ; 25 avril 2001, pourvoi n°01-81154 (publié au bulletin) ; 21 août 2002, pourvoi n°02-83973 (inédit) ; 25 février 2003, pourvoi n°02-81638 (publié au bulletin) ; 23 mars 2004, pourvoi n°03-84795 (inédit) ; 17 mars 2004, pourvoi n°03-87936 (inédit) : arrêts disponibles sur le site internet légifrance.

¹²⁴⁶ Cour EDH, arrêt KRUSLIN contre France, 24 avril 1990, Série A, n°176-A ; Cour EDH, arrêt HUVIG contre France, 24 avril 1990, Série A, n°176-B.

¹²⁴⁷ En effet, suite à un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 27 septembre 1993, la France s'est fait condamner, une nouvelle fois, pourvoi n° 93-83141 (inédit titré), site internet légifrance. La Haute juridiction avait, en réalité, considéré que la loi relative aux écoutes téléphoniques, du 10 juillet 1991 (loi n°91-646), ne s'appliquait pas aux personnes utilisant une ligne qui n'était pas la leur : Cour EDH, arrêt LAMBERT contre France, 24 août 1998, Recueil 1998-V. Finalement, il était possible de se demander si la Chambre criminelle ne pouvait pas s'interroger sur la violation de l'article 8 à l'égard d'un prévenu se voyant opposer des écoutes pratiquées dans le cadre d'une enquête diligentée à l'égard de tiers. Ce raisonnement était d'autant plus justifié que la Cour EDH a condamné la France car la Chambre criminelle a considéré que la loi du 10 juillet 1991 ne couvrirait pas les personnes écoutées dans le cadre d'une procédure à laquelle elles sont étrangères : arrêt MATHERON du 29 mars 2005 : requête n°57752/00, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹²⁴⁸ Ce cas d'ouverture à cassation est assimilé à un défaut de motif. Pour les arrêts en matière civile, se référer à JOBARD-BACHELLIER (Marie-Noëlle), BACHELLIER (Xavier), *La technique de cassation – Pourvois et arrêts en matière civile*, 5^{ème} édition, Méthode du droit, Dalloz, 2003, Paris, p 162 et suivantes ; BORE (Jacques), *La cassation en matière civile*, Dalloz, 1997, Paris, p 452 et suivantes (voir plus particulièrement n° 1955) ; concernant les arrêts rendus par la Chambre criminelle se référer à BORE (Jacques), BORE (Louis), *La cassation en matière pénale*, Dalloz action 2004/2005, Paris, n°82.20 et suivants.

conduit à éluder l'argument international sans lui substituer une norme nationale fondant la décision. Un auteur déplore que la Cour de cassation, à l'occasion d'une contestation d'exequatur, n'accorde « *pas un mot pour la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* », pourtant invoquée au pourvoi¹²⁴⁹.

510. Cette mise en œuvre de la subsidiarité imparfaite est d'autant plus contestable que la Haute juridiction n'hésite pas à censurer les décisions des juges du fond refusant de se prononcer sur les moyens faisant état d'une violation de la CEDH.

La formation répressive, le 9 mai 1994¹²⁵⁰, casse l'arrêt d'une Chambre d'accusation ayant omis de répondre au mémoire régulièrement déposé qui invoquait la violation de l'article 5§3 du traité européen.

De même, la première Chambre civile, dans son arrêt du 27 mars 2001¹²⁵¹, censure au visa de l'article 455 du NCPC¹²⁵² la Cour d'appel au motif qu'elle « *...a confirmé la sanction disciplinaire prononcée par le Conseil de l'Ordre du barreau de Nancy contre M. Midon, avocat inscrit audit barreau, sans répondre au moyen de ce dernier faisant valoir que le bâtonnier avait méconnu les exigences de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dès lors qu'il avait à la fois décidé des poursuites, présidé à l'audience disciplinaire et participé au délibéré* ».

Ce raisonnement est renouvelé, sur le même fondement, dans un arrêt du 25 avril 2006¹²⁵³. En l'espèce, une femme de nationalité béninoise avait engagé une action déclaratoire de nationalité française en s'appuyant sur sa filiation maternelle. Or, son acte de naissance portait le nom de sa mère, mais il n'était pas corroboré par une reconnaissance ou une possession d'état ou par l'effet d'un jugement ainsi que l'imposait l'article 334-8 du Code civil. Par conséquent, la nationalité française lui était refusée. La demanderesse se prétendait victime d'une discrimination fondée sur une combinaison des articles 8 et 14 de la CEDH. En effet, la filiation légitime se trouve établie, en vertu de l'article 319 du Code civil, par l'acte de naissance inscrit sur les registres d'état civil. Ces arguments n'ont pas été examinés par la Cour d'appel. Elle encourt ainsi la cassation pour défaut de réponse, sur le fondement de l'article 455 du CPP. La juridiction du fond aurait pu tirer avantage d'un jugement rendu par

¹²⁴⁹ Civ. 1^{re}, 9 décembre 2003, Bull. civ. I, n°249, p 198 ; RCDIP 2004, p 440, observations B.A.

¹²⁵⁰ Crim. 9 mai 1994, Bull. crim. n°173, p 393. En l'espèce, la Cour considère : « *...que les juges sont tenus de répondre aux chefs péremptoires des conclusions dont ils sont saisis ; que tout arrêt ou jugement doit contenir les motifs propres à justifier la décision et que l'insuffisance des motifs équivaut à leur absence* » ; également crim. 22 juillet 1997, Bull. crim. n°277, p 948. Voir sur ces questions DE GOUTTES (Régis), *Le juge judiciaire français et la Convention européenne des droits de l'homme, avancée et réticences* in *Quelle Europe pour les droits de l'homme. La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite » (35 ans de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 218 (plus spécialement p 227). Pour une jurisprudence plus récente voir crim. 23 janvier 2002, pourvoi n°01-82298 (inédit titré), Légifrance : en l'espèce, la Cour d'appel n'avait pas répondu à l'argument du demandeur au pourvoi, selon lequel une peine complémentaire portait atteinte aux exigences de l'article 8 de la CEDH.

¹²⁵¹ Civ. 1^{re}, 27 mars 2001, pourvoi n° 98-12.008, (inédit), Jurislique Lamy.

¹²⁵² Texte relatif aux prétentions des parties et à l'exigence de motivation.

¹²⁵³ Pourvoi n°04-19341 (inédit).

le Tribunal de Grande Instance de Brive, le 30 juin 2000¹²⁵⁴, à l'occasion duquel les juges du fond ont considéré que la distinction existant entre l'établissement de la filiation maternelle naturelle ou légitime était contraire aux dispositions conventionnelles précitées. Cette décision de la Haute juridiction s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt rendu le 14 février 2006¹²⁵⁵.

Dans un arrêt du 26 avril 2006¹²⁵⁶, la Chambre criminelle casse l'arrêt rendu par une Chambre d'instruction au motif qu'elle n'a pas répondu au mémoire « *...par lequel la personne mise en examen faisait valoir que sa détention provisoire excédait une durée raisonnable au regard de l'article 5-3 de la Convention européenne des droits de l'Homme* ».

511. Cette jurisprudence rigoureuse ne semble pourtant pas s'appliquer aux décisions rendues Quai de l'horloge car d'innombrables arrêts de la Haute juridiction révèlent une volonté de ne pas se prononcer sur l'argument tiré des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme¹²⁵⁷. Cette mise en œuvre énergique de la subsidiarité devrait être abandonnée. Elle est beaucoup plus dangereuse que celle consistant à enrichir le droit interne des dimensions protectrices des droits de l'Homme.

§2- L'enrichissement du droit interne moins protecteur que la norme internationale

512. Les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme offrent un réservoir de droits subjectifs dont les justiciables ont mesuré la profondeur. Certains demandeurs au pourvoi n'hésitent donc pas à articuler leur moyen sur le fondement unique d'une disposition conventionnelle. Ce choix est surprenant lorsque des normes convergentes existent en droit interne. L'enrichissement des droits de l'Homme, par la jurisprudence de la Cour EDH¹²⁵⁸, explique, bien souvent, la préférence des justiciables. La norme conventionnelle n'est donc pas contraire au texte interne protecteur des droits de l'Homme, elle est simplement plus riche. La subsidiarité ne devrait pas jouer puisque les droits ne sont pas identiquement préservés par le texte national et par les normes conventionnelles. Pourtant, la Haute juridiction, laissant prospérer une subsidiarité imparfaite, peut associer le droit interne au support de sa motivation. Ainsi, elle lui fait produire un effet identique à celui de la disposition conventionnelle.

513. Si l'article 9 du Code civil garantit, tout aussi bien, le droit au respect de la vie privée que l'article 8 du traité européen, la jurisprudence européenne est la première à avoir offert au

¹²⁵⁴ D 2001, jurisprudence p 27, note ARDEEFF (Isabelle).

¹²⁵⁵ Pourvoi n°05-13006 (Publié au bulletin) ; D 2006, jurisprudence p 1029, note KESSLER (Guillaume).

¹²⁵⁶ Pourvoi n°06-80.933 (inédit), disponible sur le site internet Jurisclasseur LexisNexis.

¹²⁵⁷ Sur la jurisprudence civile de la Cour de cassation se référer à la thèse de DEBET (Anne), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Thèse de doctorat sous la direction du Professeur Laurent LEVENEUR, Université Panthéon Assas (Paris II), 2001, TI, p 109 et suivantes.

¹²⁵⁸ MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, connaissance du droit, Dalloz, 2005, Paris, passim.

transsexuel le support garantissant la reconnaissance juridique de son sexe apparent¹²⁵⁹. Après des années d'opposition à la rectification du prénom du transsexuel sur son acte de naissance, la Haute juridiction s'est pliée au précédent européen¹²⁶⁰. Il n'est donc pas déconcertant de trouver dans un des pourvois examinés par l'Assemblée plénière, le 11 décembre 1992¹²⁶¹, une référence unique au droit au respect de la vie privée tel que consacré par l'article 8 du traité européen¹²⁶². Le demandeur soulève l'incompatibilité de la jurisprudence interne avec la disposition conventionnelle par une référence implicite à la décision strasbourgeoise. Il est étonnant, alors, de constater que la Haute juridiction casse la décision d'appel, refusant la modification de l'état civil, au visa des articles 9 du Code civil et 8 de la CEDH. La formation solennelle de la Cour de cassation transpose le précédent européen, sans y faire explicitement référence. L'autorité interprétative et de la chose jugée impose d'appliquer l'article 8 tel qu'interprété par la Cour EDH. Toutefois, le Premier Avocat général incite la Cour de cassation à une application additionnelle du droit interne¹²⁶³. Cette solution est confirmée, sur le même fondement, par un arrêt de la première Chambre civile du 18 octobre 1994¹²⁶⁴.

514. Cette subsidiarité imparfaite suggère que la dissemblance de droits non antagonistes implique l'application cumulative du texte national et de la disposition conventionnelle plus riche. Cette attitude paraît exagérément protectrice du droit interne et se révèle juridiquement inutile. Cependant, en attelant le texte interne à la disposition conventionnelle, la Cour de cassation offre à l'article du Code civil une ampleur novatrice¹²⁶⁵. En outre, la filiation européenne de l'interprétation est protégée par le visa incluant la disposition conventionnelle. Finalement, bien que superflue, cette solution n'est pas choquante, au contraire, elle permet au droit interne de s'enrichir.

515. Dans ces hypothèses, la subsidiarité suggère une complémentarité des normes. S'il n'y a pas lieu d'évincer le texte interne en raison d'une contradiction au traité, en revanche son

¹²⁵⁹ Cour EDH, arrêt B. contre France, 25 mars 1992, Série A, 232-C ; JCP G., 1992, II, 21955, note GARRE (Thierry) ; sur la jurisprudence de la Cour EDH en matière de transsexualisme voir : MARGUENAUD (Jean-Pierre), *GA CourEDH*, 3^{ème} édition, Thémis, PUF, 2005, Paris, p 419 et suivantes.

¹²⁶⁰ La Cour de cassation s'était, en effet, toujours opposée à une modification de l'acte de naissance, tant sur le fondement du droit interne que sur celui des articles 8 et 12 de la CEDH : voir, civ. 1^{re}, 10 mai 1989, Bull. civ. I, n°189, p 125 ; civ. 1^{re}, 21 mai 1990, 4 arrêts, dont deux pourvois étaient fondés sur la CEDH : pourvoi n° 88-12829 (publié au bulletin, Bull. civ. I, n°117, p 83) et pourvoi n° 88-15858 (inédit titré) ; civ. 1^{re}, 5 février 1991, pourvoi n° 89-18017 (inédit titré), arrêts disponibles sur le site internet légifrance.

¹²⁶¹ Bull. AP. n°13, p 27, arrêt n°1.

¹²⁶² Pour un commentaire des deux décisions : JCP G 1993, II, 21991, conclusions JEOL (Michel) et note MEMETEAU (Gérard) ; RTDciv. 1993, p 97, n° 2, note HAUSER (Jean) ; Répertoire Defrénois, 1993, 1^{re} partie, art. 35502, p 314, *Le transsexualisme suite*, MASSIP (Jacques) et du même auteur, Répertoire Defrénois, 1993, 1^{re} partie, art. 35597, p 896, *Le transsexualisme...encore*. Certes, évoquer la subsidiarité peut sembler contestable, car dans la seconde espèce soumise à son contrôle, la Cour statue, à l'identique, sur le fondement de l'article 8 de la CEDH et 9 du Code civil, alors que le demandeur n'invoquait pas une violation du droit au respect de la vie privée.

¹²⁶³ JCP G. 1993, II, 21991, Avis JEOL (Michel).

¹²⁶⁴ Civ. 1^{re}, 18 octobre 1994, pourvoi n°93-10730 (inédit titré). En l'espèce, les articles 8 de la CEDH et 9 du Code civil avaient été invoqués. Mais, il est typique de remarquer que la subsidiarité reprend tous ses droits dans le titrage de l'arrêt où une seule référence à l'article 9 du Code civil est consentie.

¹²⁶⁵ RTDciv. 1993, p 97, n° 2, note HAUSER (Jean).

incomplétude interdit la subsidiarité parfaite. La disposition conventionnelle est donc naturellement appliquée même si le droit interne lui est adjoind. La norme conventionnelle va renforcer le droit national afin de le « compléter » ou de l' « enrichir »¹²⁶⁶. Comme le remarque le Conseiller DESPORTES, la même démarche se rencontre lors d'une convergence existant entre le traité et une disposition constitutionnelle. En pareille hypothèse, le juge judiciaire cumule les sources nationales et conventionnelles de droits de l'Homme. L'auteur indique que cette adjonction de normes est justifiée par le caractère « plus explicite » des dispositions internationales¹²⁶⁷.

516. Les exemples de cette subsidiarité imparfaite peuvent être multipliés. Lors d'un arrêt rendu le 30 novembre 1994¹²⁶⁸, la Chambre criminelle, déclare irrégulière la composition d'une Cour d'assises en s'appuyant aussi bien sur les articles 249 et 253 du CPP, que 6§1 de la CEDH, en ce qu'il impose l'impartialité objective des magistrats. La formation répressive raisonne de manière similaire dans un arrêt du 6 décembre 1994¹²⁶⁹, relativement à une requête tendant à la désignation d'un interprète¹²⁷⁰. La subsidiarité imparfaite est révélée en raison de l'imprécision du droit interne. Elle explique l'application cumulative des normes.

En effet, dans la décision du 30 novembre 1994, la Cour se réfère à l'article 253 du CPP. Le texte interdit clairement au juge de siéger en Cour d'assises s'il a déjà connu de l'affaire lors d'une décision sur le fond relative à la culpabilité de l'accusé. Toutefois, il ne précise pas explicitement cette impossibilité à l'égard du juge civil. En l'espèce, le juge avait apprécié la culpabilité d'un mari poursuivi pour tentative d'assassinat dans le cadre de la procédure de divorce. Or, il devait siéger, en qualité d'assesseur, en Cour d'Assises. Seule l'exigence d'impartialité requise par l'article 6§1 de la CEDH commande une telle interprétation du texte. Cette solution s'appuie, certainement, sur le précédent jurisprudentiel que constitue l'arrêt du 16 octobre 1991¹²⁷¹, où à l'occasion de faits similaires, le condamné avait formé pourvoi sur l'unique fondement du traité européen et avait obtenu cassation au seul visa de

¹²⁶⁶ DE GOUTTES (Régis), *Le juge judiciaire français et la Convention européenne des droits de l'homme, avancée et réticences* in *Quelle Europe pour les droits de l'homme. La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite » (35 ans de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 218 (spécialement p 220 et suivante) ; du même auteur : *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français*, RIDC 1999-1, p 7 (spécialement p 9 et suivante) ; DEBET (Anne), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Thèse de doctorat sous la direction du Professeur Laurent LEVENEUR, Université Panthéon Assas (Paris II), 2001, n°234 et suivant, p 215 et suivante. Un autre auteur évoque les verbes « conforter » et « suppléer » : ROUHETTE (Georges), *La procédure civile et la Convention européenne des droits de l'homme* in *Le Nouveau Code de procédure civile 20 ans après*, La Documentation française, 1998, Paris, p 285 (spécialement p 312 et suivantes).

¹²⁶⁷ DESPORTES (Frédéric), *La protection, par les juridictions judiciaires, des droits et libertés proclamés par la convention européenne des droits de l'homme*, BICC n°573, 15 mars 2003.

¹²⁶⁸ Bull. crim. n°390, p 960.

¹²⁶⁹ Bull. crim. n°394, p 969.

¹²⁷⁰ La Chambre d'accusation, régulièrement saisie d'une demande d'interprète refusée par le magistrat instructeur, avait déclaré la requête irrecevable. Cette décision encourt cassation pour violation du principe de libre communication entre la personne mise en examen et son avocat, tant sur le fondement des articles 116 et 145-3 du CPP, que 6§3 e de la CEDH. Pour les juges du droit, si la requête pouvait être déclarée non fondée, elle demeurait néanmoins recevable.

¹²⁷¹ Bull. crim. n°351, p 877.

l'article 6§1 de la CEDH¹²⁷². La subsidiarité imparfaite renforce la position du droit interne dans la jurisprudence de la formation répressive.

Dans l'arrêt du 6 décembre 1994, l'exigence du recours à un interprète n'est pas expressément formulée par les dispositions du CPP, même si elle peut se déduire du principe de libre communication avec l'avocat. En revanche, elle est consacrée formellement par la disposition européenne. Cette solution est d'ailleurs confortée par un arrêt rendu le 25 mai 2005¹²⁷³, s'appuyant sur la libre communication entre la personne mise en examen et son avocat, telle que définie par l'article 6§3. La Chambre criminelle reconnaît le droit à un interprète d'une personne bénéficiant de l'aide juridictionnelle. Elle statue sur le fondement du traité européen auquel elle adjoint l'article 82-1 du CPP. Selon elle, la prise en charge, par l'Etat, des frais engendrés découle des mesures pouvant être demandées, au titre du droit national, par la personne mise en examen au cours de l'information. En conjuguant les deux textes, la Haute juridiction aboutit à une protection plus riche du droit au procès équitable. La disposition conventionnelle 6§3 e) reconnaît au justiciable l'assistance d'un interprète gratuit à l'audience et l'article 82-1 impose au juge d'instruction de statuer sur la demande des parties qui paraît, au cours de l'information, nécessaire à la manifestation de la vérité. Cette décision démontre la complémentarité des textes.

517. Plus récemment encore, la Haute juridiction met en œuvre la subsidiarité imparfaite dans une affaire relative à la transcription d'écoutes téléphoniques. En l'espèce, une conversation entre le père des prévenus et leur avocat commun avait été interceptée et versée au dossier d'instruction. La demande d'annulation d'acte de procédure avait été rejetée au motif que les requérants ne disposaient pas de la qualité leur permettant de contester l'écoute de conversations échangées, sur une ligne qui n'était pas la leur, entre une tierce personne et son avocat. La Haute juridiction casse l'arrêt rendu par la Chambre d'instruction par décision du 18 janvier 2006¹²⁷⁴. Elle s'appuie sur les textes nationaux relatifs à la transcription des correspondances, au secret professionnel des pièces couvertes par le dossier de l'avocat et sur l'article 8 de la CEDH. En l'espèce, la Haute juridiction ne retient pas la subsidiaire parfaite de la disposition conventionnelle, car le droit interne ne couvre qu'imparfaitement la situation juridique soumise à son contrôle. La jurisprudence développée par la Cour EDH, à l'encontre de la France, dans les affaires LAMBERT¹²⁷⁵ et MATHERON¹²⁷⁶ impose cette application de l'article 8. A l'occasion de ces arrêts, la juridiction strasbourgeoise a précisé que la loi du 10 juillet 1991 devait déployer sa protection alors même que l'écoute est pratiquée sur la ligne

¹²⁷² Sur la confirmation de cette jurisprudence voir crim. 21 février 1996, Droit pénal 1996, n°122, p 17 note MARON (Alain) ; crim. 24 novembre 1999, Droit pénal 2000, n°52, p 22, note MARON (Alain) et ses limites : crim. 13 septembre 2000, Bull. crim. n°269, p 795 ; crim 18 octobre 2000, Bull. crim. n°302, p 896.

¹²⁷³ Pourvoi n°05-81628 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

¹²⁷⁴ Pourvoi n°05-86.447 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Jurisclasseur LexisNexis.

¹²⁷⁵ Cour EDH, arrêt LAMBERT contre France, 24 août 1998, Recueil 1998-V, Op. Cit.

¹²⁷⁶ Cour EDH arrêt MATHERON du 29 mars 2005, requête n°57752/00, disponible sur le site internet de la Cour EDH ; RSC avril-juin 2006, p 343, observations COMMARET (Dominique-Noëlle).

appartenant à un tiers ou à l'égard de personnes étrangères à la procédure. *A fortiori* cette consolidation de la protection doit prévaloir lorsque l'écoute d'un tiers implique l'avocat des prévenus et la procédure dans laquelle ils sont engagés. Par cette décision, la Haute juridiction assouplit la jurisprudence antérieurement dégagée dans ses arrêts du 6 octobre 1999¹²⁷⁷ et du 15 janvier 2003¹²⁷⁸, lors de laquelle elle avait retenu une application subsidiaire de l'article 8 de la CEDH.

518. Cette utilisation de la subsidiarité imparfaite préserve pourtant la spécificité des dispositions conventionnelles plus protectrices que les textes internes par le biais de l'application cumulative. Mais la Chambre criminelle peut aller beaucoup plus loin en usant du mécanisme de coordination des normes sans se référer au traité ainsi qu'en atteste l'arrêt rendu le 15 octobre 2003¹²⁷⁹. En l'espèce, Saïd X, reconnu coupable d'importation de stupéfiants, avait été condamné à une peine complémentaire d'interdiction du territoire pour une durée de 10 ans. Sa demande en relèvement est rejetée par la Cour d'appel. Selon la juridiction correctionnelle, afin d'apprécier la proportionnalité de la peine complémentaire au but poursuivi de santé et d'ordre public, le juge doit se placer au moment de la condamnation. Saïd X décide de se pourvoir en cassation sur le fondement du droit interne et sur celui de l'article 8 de la CEDH. Selon lui, afin d'envisager cette proportionnalité, il convient de se placer au jour de la demande en relèvement de la mesure d'éloignement du territoire. L'argumentation développée, tant par les juges du fond que par le demandeur au pourvoi, n'est pas sans rappeler la jurisprudence de la Cour EDH relative à la compatibilité au droit au respect de la vie privée des mesures d'éloignement des étrangers du territoire français¹²⁸⁰. L'argumentation juridique s'articule donc essentiellement autour de l'article 8 de la CEDH. Le demandeur obtient cassation mais sur l'unique fondement du droit interne. Ainsi, le visa de l'arrêt se réfère aux articles 591, 702-1 et 703 du Code de procédure pénale et le chapeau constate que « ...le juge saisi d'une requête en relèvement d'interdiction est tenu de motiver sa décision au regard de la situation de l'intéressé au jour de la demande ».

Cependant, les dispositions du Code de procédure pénale ne font pas mention d'une telle obligation. La formation répressive de la Haute juridiction, par l'intermédiaire du mécanisme de subsidiarité imparfaite, procède à une interprétation du droit interne par transposition de la jurisprudence rendue par la Cour EDH¹²⁸¹. La subsidiarité est ici plus critiquable car la Cour de cassation s'approprie une interprétation du juge strasbourgeois sans se référer à la disposition conventionnelle, ni au précédent, alors même que le droit national est moins protecteur. Dans un arrêt ultérieur, rendu le 25 mai 2005¹²⁸², la formation répressive casse une

¹²⁷⁷ Bull. crim. n°210, p 662.

¹²⁷⁸ Bull. crim. n°10, p 35, Op. Cit.

¹²⁷⁹ Crim. 15 octobre 2003, pourvoi n°02-86505, (publié au bulletin), site internet légifrance.

¹²⁸⁰ Cour EDH, arrêts EL BOUJAÏDI contre France du 26 septembre 1997, Recueil 1997-IV, § 33 et DALIA contre France, 19 février 1998, Recueil 1998-I, § 45.

¹²⁸¹ Cour EDH, arrêt DALIA contre France, 19 février 1998, Recueil 1998 I, § 45.

¹²⁸² Bull. crim. n°158, p 565.

décision d'appel. Les juges du fond n'ont pas recherché si la mesure d'interdiction du territoire respectait un juste équilibre entre l'impératif de préservation de la sûreté publique et le droit au respect de la vie privée du demandeur. Elle s'appuie, dans ses motifs, sur l'article 8 de la CEDH, mais la disposition conventionnelle est exclue d'un visa articulé uniquement sur le fondement des textes nationaux.

519. Cette forme de subsidiarité imparfaite interdit, finalement, à la disposition conventionnelle protectrice des droits de l'Homme de produire, ou de produire de manière autonome, ses effets. Le droit national moins protecteur est ajouté ou seul appliqué tout en bénéficiant des enrichissements fournis par la Cour EDH. Le mécanisme de coordination des normes est à la limite de ses potentialités. Il prospère, encore, car la Cour de cassation parvient à arrimer une norme interne qui, si elle n'est pas aussi protectrice, recouvre, néanmoins, le même champ d'application que la disposition conventionnelle.

En revanche, il est certains cas où la Haute juridiction ne trouvera pas, dans son arsenal juridique interne, les fondements d'une protection des droits de l'Homme. Dans ces hypothèses, le droit interne n'est pas contraire aux droits de l'Homme, il ne les consacre pas. La subsidiarité n'a pas vocation à jouer et, pourtant, la primauté n'a pas besoin d'être constatée par la voie du contrôle de conventionnalité. En effet, s'il existe une contrariété entre le droit national et les droits de l'Homme, elle résulte d'une carence. Il revient, alors, à la Cour de cassation d'appliquer de manière autonome, au besoin d'office, les dispositions conventionnelles¹²⁸³.

520. En effet, la règle interdisant l'examen des moyens nouveaux par la Cour de cassation¹²⁸⁴ peut être contournée, en certaines circonstances, par le juge du droit. Le moyen de pur droit est recevable, en vertu de l'article 619 du NCPC, alors même qu'il serait invoqué pour la première fois devant les Chambres civiles de la Haute juridiction¹²⁸⁵. Selon Catherine PUIGELIER, il se définit comme « ...un moyen qui ne nécessite aucune appréciation de fait, qui n'aurait été déjà soumis à l'examen des juges du fond, en sorte que l'arrêt attaqué doit à lui seul fournir des éléments permettant à la Cour de cassation de se prononcer »¹²⁸⁶.

En vertu de l'alinéa 2 de article 620 du NCPC, les formations civiles peuvent, en l'absence de disposition contraire, casser la décision attaquée en soulevant d'office un moyen de pur droit,

¹²⁸³ Dans ce cas, la Cour de cassation doit respecter le contradictoire et inviter les parties à présenter leurs observations sur le fondement de l'article 1015 du NCPC : sur cette question voir BARADUC (Elisabeth), *Le juge civil de cassation, le moyen relevé d'office et le principe de contradiction* in *La procédure dans tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, PA, 2004, Paris, p 5. La solution est, d'ailleurs, imposée par la Cour EDH dans un arrêt CLINIQUE DES ACACIAS contre France du 13 octobre 2005, requête n°65399/01, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹²⁸⁴ BORE (Jacques), BORE (Louis), *La cassation en matière civile*, 3^{ème} édition, Dalloz Action, 2003/2004, Paris, n°82.01 et suivants.

¹²⁸⁵ BORE (Jacques), BORE (Louis), Op. Cit. n°82.191 et suivants.

¹²⁸⁶ PUIGELIER (Catherine), *La pratique de la cassation en matière sociale*, Litec, 1996, Paris, p 179.

alors même qu'il n'est pas d'ordre public¹²⁸⁷. Elles ont ainsi l'opportunité de s'émanciper de la règle leur imposant de ne statuer que sur le moyen énoncé par les parties¹²⁸⁸.

En outre, la Cour de cassation peut, dans les mêmes conditions, soulever d'office un moyen d'ordre public. Selon Messieurs BORE, si le moyen de pur droit doit s'appuyer sur des faits constatés par la décision attaquée, à l'inverse le moyen d'ordre public, qui ne recouvre pas des intérêts privés, doit simplement ne s'articuler « ... *sur aucun fait ou aucune pièce qui n'ait été soumis aux juges du fond et ne soit dans le débat* »¹²⁸⁹. Seuls ces moyens d'ordre public seront reçus, malgré leur nouveauté, par la Chambre criminelle¹²⁹⁰. Cette position informe plus clairement de la qualité apportée, par la formation répressive, aux droits garantis par les dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme.

521. Alors même que la Haute juridiction rejette les moyens fondés sur ces dispositions, comme nouveaux, mélangés de fait et de droit, lorsqu'ils n'ont pas été soumis au juge du fond¹²⁹¹ - engendrant la censure européenne en cas d'erreur manifeste d'appréciation¹²⁹² - elle

¹²⁸⁷ BORE (Jacques), BORE (Louis), Op. Cit. n°82.261 et suivants.

¹²⁸⁸ PERDRIAU (André), *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation, principes et méthodes de rédaction*, Litec, 1993, Paris, p 343.

¹²⁸⁹ BORE (Jacques), BORE (Louis), Op. Cit. n°82.322.

¹²⁹⁰ BORE (Jacques), BORE (Louis), *La cassation en matière pénale*, Dalloz action 2004/2005, Paris, n°112.70 et suivants.

¹²⁹¹ Concernant le rejet d'un moyen nouveau fondé sur la CEDH : Crim. 19 novembre 1987, Bull. crim. n°420 (art 6) ; 12 décembre 1988, Bull. crim. n°418, p 1109 (art 5§3) ; 13 décembre 1989, Bull. crim. n°408, p 983 (art 6§1) ; Civ. 2^{ème}, 25 mars 1992, Bull. civ. II, n°107, p 51 (art 6§2) ; Com. 6 avril 1993, Bull. civ. IV, n°144, p 98 (art 10, 14 et 15) ; Civ. 2^{ème}, 7 novembre 1994, Bull. civ. II, n°223, p 129 (art 6) ; Crim. 26 avril 1994, Bull. crim. n°149, p 331 (art 6§3b) ; 3 juin 1997, Bull. crim. n°217, p 708 (art 4 protocole 7) ; Com. 22 février 2000, Bull. civ. IV, n°38, p 33 (art 6§1) ; 21 mars 2000, Bull. civ. IV, n°67, p 56 (art 6§1) ; 14 mai 2002, Bull. civ. IV, n°86, p91 (art 6§1) ; Civ. 2^{ème}, 3 juillet 2003, Bull. civ. II, n°228, p 189 (art 8 et 10) ; 19 février 2004, Bull. civ. II, n°73, p 62 (art 10§2) ; Civ. 1^{ère}, 25 mai 2004, Bull. civ. I, n°154, p 126 (art 10) ; Com. 8 février 2005, Bull. civ. IV, n°25, p 28 (art 1 protocole1) ; Crim. 8 juin 2006, pourvoi n°06-81796 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance (art 8). Sur ces décisions publiées au bulletin, il est possible de remarquer la diversité des dispositions conventionnelles faisant l'objet de l'irrecevabilité. En revanche, le mécanisme consistant à rejeter le moyen nouveau fondé sur le traité est principalement usité par trois Chambres de la Haute juridiction, Criminelle, Deuxième Chambre civile et Chambre commerciale. Toutefois, la jurisprudence étudiée ne concerne que les décisions publiées. Le rejet d'un moyen fondé sur la CEDH et un autre traité n'a fait l'objet que d'un seul arrêt publié au bulletin : Crim. 18 février 1986, Bull. crim. n°66 (arrêt n°2), p 161 (CEDH et PIDCP, sans article précisément relevé). La recherche a donc été étendue aux arrêt inédits titré et inédits : Civ. 3^{ème}, 20 janvier 1993, pourvoi n°91-10318, arrêt inédit titré (art 8 CEDH et 17 PIDCP) ; Crim. 12 juin 1996, pourvoi n°95-83910, arrêt inédit (art 8 CEDH et 23, 24 PIDCP) ; 29 avril 1997, pourvoi n°96-83680, arrêt inédit (art 5§3 CEDH et 14§3 PIDCP) ; 20 novembre 2000, pourvoi n°99-87676, arrêt inédit titré (art 4 protocole 4 CEDH et 14§7 PIDCP) ; Soc. 24 janvier 2002, pourvoi n°00-14780, arrêt inédit titré (art 6 et 1 protocole 1 de la CEDH ainsi que 1 et 11 du titre 1 de la CSE) : arrêts disponibles sur le site internet Légifrance.

¹²⁹² Cour EDH, arrêt DULAURANS contre France, 21 mars 2000, requête n°34553/97, disponible sur le site internet de la Cour EDH ; JCP G. II, n°10344, note PERDRIAU (André) ; GP dimanche 23 au mardi 25 septembre 2001, jurisprudence p 1504, note PETTITI (Christophe) ; D 2000, p 883, note CLAY ; RTDCiv. 2000, p 682, observations RL ; p 635, observations PERROT (Roger) ; p 439, observation MARGUENAUD (Jean-Pierre) ; JCP 2001, I, p 291, n°2000, observations SUDRE (Frédéric) ; JCP 2002, I, p 104, n°8 et 31 et suivants, observations BORE. La Cour EDH procède à un contrôle de motivation des arrêts de la Haute juridiction : Cour EDH, décision sur la recevabilité JAHNKE et LENOBLE contre France, 29 août 2000, requête n°40490/98, disponible sur le site internet de la Cour EDH ; JCP G. 2000, II, observation PERDRIAU (André).

relève parfois d'office les dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme¹²⁹³.

La Haute juridiction préserve, par le relevé d'office, les droits de l'Homme découlant des seules dispositions conventionnelles, que les demandeurs au pourvoi auraient omis d'invoquer. Dans un arrêt du 10 mai 2006¹²⁹⁴, la première Chambre civile constate une violation de l'article 5 du protocole 7 de la CEDH, afin de contester la reconnaissance d'un jugement de divorce prononcé en Algérie, sans respect du principe d'égalité entre les époux¹²⁹⁵. La Cour réitère ainsi sa jurisprudence défavorable à la reconnaissance des répudiations musulmanes ou des divorces prononcés à l'étranger dans la négation de l'ordre public procédural ou alimentaire¹²⁹⁶.

La Cour applique les dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme, car il n'existe pas, dans l'arsenal juridique, de textes permettant de préserver le droit. Elle doit, par la suite, vérifier si la norme nationale est conforme. Le glissement vers le contrôle de conventionnalité, protecteur de la primauté, est opéré.

¹²⁹³ BRUCE (Eva), *La Cour de cassation française et l'application d'office de la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDH 2005, p 401 et suivantes.

¹²⁹⁴ Pourvoi n°05-15707 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

¹²⁹⁵ Pourvoi n°05-15707 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

¹²⁹⁶ Cf. infra, Cette partie, TII, Chapitre I, Section 1.

Conclusion du Chapitre I

522. La subsidiarité est un mécanisme de coordination des normes relativement neutre. Il permet à la Cour de cassation de déterminer si l'application des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme est véritablement nécessaire. Le droit interne est, souvent, suffisamment protecteur et l'utilisation des traités internationaux suggère une redondance inutile. En outre, la subsidiarité permet d'insister sur le caractère primordial de ces droits, qu'il convient de ne pas appliquer inutilement dans tous les litiges.

523. En revanche, le mécanisme ne devrait jouer que lorsqu'il existe une parfaite identité entre les solutions que pourrait engendrer l'application du droit national ou celle du droit international. Cette subsidiarité parfaite justifie une mise en œuvre prioritaire du droit interne. Elle implique, parfois, une déchéance du droit de se prévaloir du traité. Pourtant, la Cour de cassation l'abandonne, souvent, au bénéfice d'une application privilégiée des dispositions conventionnelles.

524. Cette volonté de promouvoir les droits de l'Homme définis par les traités ne doit pas masquer l'autre forme de subsidiarité développée par la Cour de cassation : la subsidiarité imparfaite. En effet, certains arrêts démontrent que la Haute juridiction n'hésite pas à exploiter le mécanisme de coordination des normes alors même que le droit national n'est pas convergent aux dispositions conventionnelles. Parfois, la Haute juridiction refuse de répondre sur le fondement du traité. Il lui arrive, également, d'appliquer le droit interne en le parant des enrichissements prétoriens émanant des organes supranationaux de contrôle.

525. La subsidiarité ne se conçoit qu'afin de coordonner l'application de normes convergentes. Il n'existe pas de discordance entre les différentes sources de droits. Toutefois, le droit national peut s'avérer contradictoire aux dispositions conventionnelles. Dans cette hypothèse, la subsidiarité s'incline¹²⁹⁷ et le juge de cassation doit s'appuyer sur la hiérarchie des normes afin de trancher le conflit né de cette opposition. Les traités internationaux priment sur le droit infraconstitutionnel sur le fondement de l'article 55 de la Constitution française. Il appartient, alors, à la Haute juridiction d'assurer cette primauté par la mise en œuvre du contrôle de conventionnalité.

¹²⁹⁷ ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), *La subsidiarité devant la Cour de justice des communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme*, R.A.E. 1998, n° 1 et 2, p 28.

Chapitre II

La primauté des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme

526. Le second mécanisme de coordination des normes nationales et des dispositions conventionnelles découle de l'article 55 de la Constitution française. Selon ce texte, les traités ont une valeur supralégislative. Une contradiction entre les normes peut conduire la Cour de cassation à préserver la primauté des droits de l'Homme définis conventionnellement.

Le contrôle de conventionnalité opéré par la Cour de cassation depuis l'arrêt JACQUES VABRE¹²⁹⁸, autorise la Haute juridiction à envisager la compatibilité de la loi avec la disposition conventionnelle. En cas de contrariété entre les deux textes, la primauté impose l'éviction du droit interne au profit du traité international¹²⁹⁹. La juridiction suprême de l'ordre judiciaire s'inscrit dans une démarche résolument respectueuse de la hiérarchie des normes, dépassant largement les distinctions opérées, dans un premier mouvement, sous l'influence du Procureur général MATTER¹³⁰⁰. Ce pouvoir de contrôle est partagé avec les

¹²⁹⁸ Mixte, 24 mai 1975, RCDIP 1976, p 347, note FOYER (Jacques) et HOLLEAUX (Daniel) ; JDI 1975, p 801, note RUZIE (Daniel) ; ANCEL (Bertrand), LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, D, 4^{ème} édition, 2001, Paris, n° 55-56 p 531 ; D 1975, p 467, Conclusions TOUFFAINT.

¹²⁹⁹ PACTET (Pierre), MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Droit constitutionnel*, 24^{ème} édition, Armand Colin, 2005, Paris, p 572 et suivantes. ; TURPIN (Dominique), *Droit constitutionnel*, PUF, 2003, Paris, p 143 et suivantes.

¹³⁰⁰ Le contrôle de conventionnalité était envisagé différemment selon la place qu'occupait le traité dans le temps. Lorsque la loi interne, contraire au traité, était antérieure à celui-ci, la position du juge n'était pas délicate puisque, s'appuyant sur la règle *lex posterior derogat priori*, il pouvait faire prévaloir le traité. En revanche, une difficulté survenait lorsque la loi contraire était postérieure à l'entrée en vigueur du traité. En effet, selon le Procureur général MATTER, le juge devait présumer que l'Etat, dans l'exercice de sa fonction législative, n'avait pas souhaité se dérober aux engagements internationaux. Ainsi, quand bien même la règle interne postérieure au traité serait manifestement contraire à celui-ci, la compétence du juge ne lui permettait pas, au regard de la séparation des pouvoirs, de remettre en cause la loi régulièrement édictée. Par ailleurs, rien dans l'article 55 de la Constitution n'indiquait, selon lui, que le respect de la primauté ne relevait pas exclusivement du législateur. Voir les conclusions du Procureur général MATTER (Paul) précédant l'arrêt de la Chambre civile du 22 décembre 1931, S 1992, I, p 257 (plus spécialement p 268, 2^{ème} colonne). Par conséquent, la Cour de cassation préférait appliquer la loi postérieure à l'entrée en vigueur du traité. Crim. 15 décembre 1928, S 1931, I, p 113, note DEVAUX (Jean) ; Rennes, 16 juin 1930, D 1931, II, p 9, note CHAUVEAU (P.) ; Civ. 4 février 1936, S 1936, I, p 257, note RAYNAUD (Pierre).

juridictions du fond¹³⁰¹ et le Conseil d'Etat¹³⁰². En revanche le Conseil Constitutionnel refuse de se prononcer sur la conventionnalité des lois à l'égard des traités¹³⁰³.

Il convient, également, de préciser que la Cour de cassation, se dégageant des solutions élaborées par le Tribunal des conflits sur le fondement du principe de séparation des pouvoirs¹³⁰⁴, se reconnaît compétente afin de contrôler la conventionnalité d'un règlement administratif¹³⁰⁵. Selon la Haute juridiction, il importe de distinguer entre exception de légalité et de conventionnalité, la seconde relevant de la compétence du juge judiciaire¹³⁰⁶. Cette question, qui semble diviser le Tribunal des conflits et la Cour de cassation pourrait rebondir à la faveur d'un arrêté de conflit. En effet, la Cour d'appel de Paris, vient, dans un arrêt du 20 octobre 2006, de transposer les solutions dégagées par la Cour de cassation. Rejetant le déclinatoire de compétence déposé par le Préfet de l'Essonne, elle a décidé qu'il convenait de différencier le contrôle de légalité et le contrôle de conventionnalité. Elle s'est estimée, sur le fondement de la primauté, compétente afin de contrôler la conventionnalité de l'ordonnance du 2 août 2005, relative au contrat de travail nouvelle embauche, avec la Convention OIT numéro 158¹³⁰⁷.

527. Le juge ordinaire ne dispose pas de la compétence lui permettant d'apprécier la constitutionnalité des lois¹³⁰⁸. Par conséquent, le contrôle de conventionnalité offre au

¹³⁰¹ DE BECHILLON (Denys), *De quelques incidences du contrôle de conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution)*, RFDA 1998, p 225 (spécialement p 230).

¹³⁰² Le Conseil d'Etat fut beaucoup plus long à se ranger à la position de la Cour de cassation, mais par l'arrêt d'Assemblée NICOLO du 20 octobre 1989, il accepta de contrôler la conventionnalité de la loi avec le traité communautaire, quand bien même cette loi serait postérieure. Voir CE Ass. 20 octobre 1989, RCDIP 1990, p 125 avec les conclusions de FRYDMAN (Patrick) et la note de LAGARDE (Paul).

¹³⁰³ Saisi à l'occasion de la "loi Veil" sur l'IVG, le Conseil constitutionnel devait se prononcer sur la constitutionnalité de la loi mais également sur sa conventionnalité au regard du droit à la vie tel que garanti par l'article 2 de la CEDH. Afin de justifier son refus de pratiquer un tel contrôle, il précise que son pouvoir, découlant de l'article 61 de la Constitution, ne lui permet pas de faire valoir la primauté des traités telle que consacrée par l'article 55 du même texte. En outre, il opère une distinction entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité. Si le premier présente un caractère absolu et définitif, en ce qu'il fait obstacle à la promulgation et à la mise en application d'une disposition déclarée inconstitutionnelle, le second, au contraire, n'est que relatif et contingent en raison du champ d'application du traité et du jeu du principe de réciprocité. Ainsi les contrôles ayant une nature différente, le Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, n'a pas compétence pour examiner la conformité d'une loi interne au regard d'un traité ou d'un accord international. Pour une critique de cette décision du 15 janvier 1975, voir HAMON (Léo), D 1975, p 10.

¹³⁰⁴ Selon la décision SEPTFONDS du 16 juin 1923, les juges judiciaires, en matière civile, ne peuvent pas apprécier la légalité des règlements administratifs : BRAIBANT (Guy), DELVOLLE (Pierre), GENEVOIS (Bruno), WEIL (Prosper), LONG (Marceau), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 14^{ème} édition, D 2003, Paris, n°40. Le Tribunal des conflits n'accepte donc pas que, sous couvert de contrôle de la conventionnalité, le juge judiciaire s'arroge le pouvoir de contrôler la légalité d'un acte administratif réglementaire : TC 19 janvier 1998, n°03084 (Publié au Recueil Lebon), disponible sur le site Légifrance.

¹³⁰⁵ Com. 6 mai 1996, Bull. civ. IV, n°125, p 109.

¹³⁰⁶ Civ. 1^{re}, 3 avril 2001, Bull. civ. I, n°97, p 62.

¹³⁰⁷ La semaine juridique sociale, 31 octobre 2006 n°44, p 1876, commentaire MORVAN (Patrick) ; Europe, novembre 2006 n°11, alerte p 47, Focus SIMON (Denys).

¹³⁰⁸ DESPORTES (Frédéric), *La protection, par les juridictions judiciaires, des droits et libertés proclamés par la convention européenne des droits de l'homme*, BICC n°573, 15 mars 2003, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

justiciable un palliatif séduisant et efficace afin de préserver ses droits fondamentaux. Les pourvois tentant de démontrer une contradiction entre le droit national et les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme se sont donc multipliés, plaçant le juge de cassation dans une position délicate à l'égard du législateur. Comme le constate le Professeur SUDRE, « *la Convention [EDH] lui donne prise sur le droit interne, notamment sur la loi, et est une source de renforcement de son pouvoir,...* »¹³⁰⁹. Conscient de l'évolution de son rôle, la Cour de cassation exerce le contrôle de conventionnalité, excluant le droit interne, l'interprétant conformément aux dispositions conventionnelles, ou lui substituant les droits de l'Homme, selon la forme de justiciabilité que les textes peuvent emprunter.

528. Cet élargissement de l'office des juridictions nationales pourrait être analysé comme un rétablissement « *du gouvernement des juges* »¹³¹⁰, ces dernières négligeant d'être les bouches de la loi, pour devenir celles des traités, bouches par lesquelles s'exprimerait indirectement une Cour EDH parfois considérée comme fort envahissante¹³¹¹.

Ce raisonnement n'est pas conforme à la réalité. Tout d'abord, il convient de cerner la portée du contrôle de conventionnalité, puisque celui-ci ne revêt que l'autorité relative de la chose jugée. Par conséquent, le texte national n'est pas abrogé ou invalidé. L'atteinte à l'autorité législative s'en trouve considérablement limitée. Toutefois, il faut admettre que le pouvoir régulateur de la Cour de cassation la conduit à ne pas bouleverser, dans chaque litige, son appréciation de la conventionnalité et la portée du contrôle transcende souvent le cas d'espèce. Comme l'affirme le Professeur DE BECHILLON, « *...il s'agit bien de juger la loi, de statuer objectivement sur sa conformité à la règle supérieure, de dire sa licéité* »¹³¹². Le contrôle de conventionnalité s'intègre dans une logique d'objectivisation du contentieux judiciaire.

Pourtant, en constatant la contrariété des normes et la supériorité des droits de l'Homme définis conventionnellement, la Haute juridiction n'emprunte pas une posture conflictuelle à l'égard du législateur mais s'inscrit, au contraire, dans une démarche respectueuse de son pouvoir et de celui du constituant. En effet, la ratification relève, en principe, de la compétence du Président de la République, sur le fondement de l'article 53 de la Constitution. Cependant, elle dépend d'une autorisation préalable du Parlement, souscrite par loi ordinaire, lorsque les traités sont relatifs à l'état des personnes¹³¹³. Parallèlement, la Constitution impose

¹³⁰⁹ SUDRE (Frédéric), *A propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité in Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, Pedone, 2004, Paris, p 207.

¹³¹⁰ DESPORTES (Frédéric), Op. Cit.

¹³¹¹ MALAURIE (Philippe), *Grands arrêts, petits arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PA 21 août 2006, n°166, p 4.

¹³¹² DE BECHILLON (Denys), Op. Cit. Spécialement p 228.

¹³¹³ PACTET (Pierre), MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), *Droit constitutionnel*, 24^{ème} édition, Armand Colin, 2005, Paris, p 572 et suivantes.

de préserver la primauté, adoptant une approche moniste d'attraction des textes internationaux par l'ordre juridique interne.

Finalement, le contrôle de conventionnalité respecte le choix législatif de la ratification des traités qui sont, par voie de conséquence, insérés dans la hiérarchie nationale des normes. La Cour de cassation n'outrepasse pas son rôle de gardienne du droit en protégeant la primauté des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme sur le droit infraconstitutionnel.

529. Il faut toutefois constater que l'examen de la compatibilité des normes s'est profondément amplifié sous l'impulsion de ces textes et particulièrement de la CEDH. A un contrôle classique de conventionnalité de la loi ou du règlement (Section I), s'ajoute désormais celui d'autres normes n'émanant d'ailleurs pas nécessairement de l'Etat français. Il faut, alors, percevoir la mutation du contrôle de conventionnalité (Section II).

Section I- Le contrôle de conventionnalité classique

530. L'examen de la conventionnalité prend une dimension considérable dans la jurisprudence des juridictions suprêmes¹³¹⁴. La Cour de cassation s'insère dans ce mouvement général. Si ses arrêts trahissent une motivation parfois trop elliptique¹³¹⁵, son contrôle, quoique perfectible, n'en est pas moins réel.

Classiquement, la Cour de cassation recherche si la teneur de la loi ou du règlement est conforme à une disposition conventionnelle protectrice des droits de l'Homme. Il semble toutefois que cet examen traditionnel se soit modifié à l'aune de la jurisprudence relative aux lois de validation et plus largement rétroactives. Au contrôle de conventionnalité de la loi (§1), s'ajoute désormais un contrôle de l'intervention législative (§2).

§1- Le contrôle de conventionnalité des lois et règlements

531. La Cour de cassation opère un double contrôle de conventionnalité. Elle peut être amenée à se prononcer directement sur la conformité de la loi aux dispositions conventionnelles (A). En outre, juridiction suprême de l'ordre judiciaire, elle doit également s'assurer que les juges du fond ont pratiqué cet examen conformément aux exigences posées par le traité. Elle opère ainsi un contrôle du contrôle de conventionnalité (B).

¹³¹⁴ COSTA (Jean-Paul), *Les débuts de la « nouvelle » Cour européenne des droits de l'homme*, Revue Europe, Hors série, octobre 1999, p 8.

¹³¹⁵ DEFFERRARD (Fabrice), DURTETTE (Vincent), note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 18 février 2003, D 2003, commentaire p 1317.

A- Le contrôle de conventionnalité directement effectué par la Cour de cassation

532. Le caractère objectif des droits de l'Homme a une répercussion sur le contrôle de conventionnalité auquel procède la Haute juridiction. Ainsi, avant d'envisager l'efficacité de cet examen (2), il faut en déterminer les contours (1).

1- Les contours du contrôle de conventionnalité appliqué aux droits de l'Homme

533. L'article 55 de la Constitution française pose deux limites à la primauté des traités. La première résulte de la condition de réciprocité, la seconde s'appuie sur la hiérarchie des normes. La primauté ne peut être assurée que lorsque les autres Etats signataires respectent leurs engagements conventionnels et ne bénéficie qu'aux normes infraconstitutionnelles. La première condition est interprétée à la lumière du caractère objectif des droits de l'Homme (a). En revanche, le contrôle de conventionnalité ne s'applique pas aux textes à valeur constitutionnelle (b).

a) La spécificité du contrôle appliqué aux droits de l'Homme

534. Afin de garantir la primauté d'une disposition conventionnelle, les juridictions doivent constater la réunion d'un certain nombre de conditions. Plus particulièrement, la Constitution du 4 octobre 1958 prévoit expressément une condition de réciprocité¹³¹⁶. L'article 55 suspend la primauté des traités au respect, par les autres Etats signataires, des engagements conventionnels. Cette condition suppose que les juridictions gèlent le contrôle de conventionnalité lorsque l'un des Etats n'applique pas effectivement le texte international.

La mise en œuvre de l'exigence de réciprocité - qui relève de l'interprétation des traités internationaux - a suscité des controverses jurisprudentielles¹³¹⁷. Selon la Cour de cassation, il n'appartient pas au juge judiciaire de se prononcer sur le respect de la condition de réciprocité¹³¹⁸. Le traité sera donc appliqué en l'absence d'une dénonciation ou d'une suspension prise sur l'initiative du gouvernement¹³¹⁹. Cependant, depuis l'arrêt CHEVROL contre France, rendu par la Cour EDH le 12 février 2003¹³²⁰, le juge doit procéder lui-même à ce contrôle, sans recourir au pouvoir exécutif.

¹³¹⁶ Cette exigence n'existait pas dans la Constitution du 27 octobre 1946.

¹³¹⁷ ANCEL (Bertrand), LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, D, 4^{ème} édition, 2001, n°80-81, p 720 ; Conseil d'Etat, *La norme internationale en droit français*, La documentation française, 2000, Paris, p 54 ;

¹³¹⁸ Soc. 18 mai 1971, Bull. civ. V, n°367, p 309 ; Civ. 1^{re}, 6 mars 1984, RCDIP 1985, p 108, note DROZ (Georges).

¹³¹⁹ Civ. 1^{re}, 16 février 1994, RCDIP 1995, p 51, note LAGARDE (Paul).

¹³²⁰ RTDCiv. 2003, note LIBCHABER (Remy), p 572.

535. L'influence de la condition de réciprocité sur la primauté des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme a été envisagée, mais la doctrine unanime¹³²¹ considère que la spécificité des ces textes¹³²² rend non avenue cette exigence constitutionnelle. Le caractère objectif des droits de l'Homme¹³²³ et la distinction entre «*traités-lois*» et «*traités-contrats*»¹³²⁴ offrent les supports juridiques justifiant la solution. Attachés à la seule qualité de la personne humaine, ces droits ne peuvent supporter une suspension de leur réalisation sur le fondement d'une défaillance étrangère¹³²⁵.

536. Un raisonnement identique est retenu par les organes supranationaux de contrôle. La Cour EDH dans sa décision *Irlande contre Royaume Uni* indique qu' «*à la différence des traités internationaux de type classique, La Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre Etats contractants...*»¹³²⁶. De même, le CDH affirme à l'occasion d'une observation générale, «*les instruments relatifs aux droits de l'homme et le Pacte tout particulièrement ne constituent pas un réseau d'échange des obligations inter étatiques. Il vise à reconnaître des droits aux individus. Le principe de réciprocité inter étatique ne s'applique pas*»¹³²⁷.

De même, le Conseil constitutionnel français a reconnu, dans sa décision du 22 janvier 1999¹³²⁸, relative au traité portant statut de la Cour pénale internationale, que lorsque la France conclut des engagements internationaux destinés à «*protéger les droits fondamentaux de toute personne humaine*», la réserve de réciprocité, posée par l'article 55 de la Constitution, n'a pas lieu de s'appliquer.

¹³²¹ FLAUSS (Jean-François), *Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l'homme*, Actualité de jurisprudence administrative, 1983, doctrine p 387, voir spécialement p 394 et 395 ; BURDEAU (Georges), HAMON (Francis), TROPER (Michel), *Droit constitutionnel*, 27^{ème} édition, LGDJ, 2011, Paris, p 667 ; COHEN-JONATHAN (Gérard), *Les droits de l'homme et l'évolution du droit international in Clés pour l'avenir*, Dalloz, 2000, Paris, p 611 (voir spécialement p 615) ; SUDRE (Frédéric) *Droit international et européen des droits de l'homme*, 7^{ème} édition mise à jour, PUF, 2005, Paris n°43 .

¹³²² Ainsi que l'indique M. BECHILLON : «*S'il est une catégorie de traités internationaux pour lesquels l'invocation de la réciprocité doit passer pour franchement incongrue, ce sont bien les conventions de protection des droits de l'homme – voire d'ailleurs, plus généralement, les conventions attributives de droits subjectifs...ces traités n'ont pas pour objet primordial d'édifier un cadre juridique propice à l'établissement de relations non conflictuelles entre les nations, mais visent à donner à un Etat qui le désire le moyen de s'engager, devant la communauté internationale, à reconnaître et à protéger les droits qu'il entend octroyer aux personnes séjournant sur son territoire, et a fortiori à ses ressortissants. On ne voit donc absolument pas en quoi la violation d'une convention par un Etat tiers pourrait justifier que l'Etat s'affranchisse des contraintes qu'il s'est donné à lui-même. Admettrait-on que la France prétexte les violations de droit commises en Turquie pour se libérer des obligations que la Convention des droits de l'homme lui crée vis-à-vis de ses propres nationaux ?* » : DE BECHILLON (Denys), *De quelques incidences du contrôle de conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution)*, RFDA 1998, p 225 (spécialement p 235).

¹³²³ SUDRE (Frédéric), *Droit international et européen des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, n°45 et suivants.

¹³²⁴ AUBERT (Bernadette), *Le droit international devant la Chambre criminelle*, Thèse de Doctorat sous la direction du Professeur Michel Massé, Université de Poitiers, 1998.

¹³²⁵ SUDRE (Frédéric), *Op. Cit.*

¹³²⁶ Cour EDH, arrêt *Irlande contre RU*, 18 janvier 1978, § 239, Série A, n°25.

¹³²⁷ CDH, observation générale n°24(52) relative aux réserves, § 17, RUDH 1995, p 59.

¹³²⁸ Décision n°98-408 DC, disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel.

537. Cette position se reflète dans la jurisprudence de la Cour de cassation. La Cour d'appel de Bordeaux, s'appuyant sur l'article 55 de la Constitution et sur l'exigence de réciprocité, avait estimé que la CEDH ne constituait qu'une déclaration d'intention des Etats. Elle précisait « *que l'article 55 de la constitution ne confère aux conventions internationales conclues par l'Etat français une valeur supérieure à celle des lois internes que sous réserve pour chaque accord ou traité de son application par l'autre Etat partie ; que tel n'est pas le cas de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales...* »¹³²⁹. La première Chambre civile, dans son arrêt du 15 novembre 1989¹³³⁰, casse la décision au visa de l'article 6, qualifiant l'argumentation de la Cour d'appel d' « *erronée* » et s'empresse de constater l'inconventionnalité de la procédure disciplinaire.

La condition de réciprocité n'a pas vocation à déployer ses effets au détriment des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme. La Haute juridiction n'examine pas cette condition. En revanche, la primauté n'est mise en œuvre qu'à l'égard des normes infraconstitutionnelles.

b) La limite du contrôle appliqué aux droits de l'Homme

538. La Constitution de 1958 a réaffirmé la primauté des accords internationaux sur la loi interne. Ceci signifie que les traités protecteurs des droits de l'Homme ont une valeur certes supralégislative, mais également infraconstitutionnelle. La Cour de cassation s'interdit d'étudier la conventionnalité d'une disposition constitutionnelle.

539. L'Assemblée plénière, à l'occasion d'un arrêt rendu le 2 juin 2000¹³³¹ et la deuxième Chambre civile dans deux arrêts du 13 juillet 2000¹³³², marquent les limites du contrôle de conventionnalité. Ces trois décisions concernent les membres d'une même famille, qui a depuis donné son patronyme au contentieux, connu en doctrine sous le nom « *d'affaire FRAISSE* ». La Haute juridiction statue en sa formation la plus solennelle, sur ordonnance de son Premier Président¹³³³. La demanderesse s'était vue refuser, par la Commission administrative et le Tribunal de première instance de Nouméa, la possibilité de s'inscrire sur les listes électorales, par application de l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999¹³³⁴,

¹³²⁹ GP, journal du 11 juillet 1987, semestre 2, p 401, avec la note de DAMIEN (Andrian). Le commentateur constate néanmoins, malgré un commentaire apportant une analyse concordante à l'arrêt rendu par les juges du fond, que la décision de la Cour d'appel n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour EDH, p 404.

¹³³⁰ Bull. civ. I, n°347, p 233 ; JULIEN-LAFERRIERE (François), note JDI, Vol. II, p 611.

¹³³¹ A.P, 2 juin 2000, Bull. A.P, n°4, p 7.

¹³³² Civ. 2^{ème}, 13 juillet 2000, pourvois n° 99-60272 (inédit) et n° 99-60273 (inédit), site internet légifrance.

¹³³³ LIBCHABER Remy, *La vision du monde de la Cour de cassation*, observations relatives à l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 2 juin 2000, RTDciv. 2000, p 672.

¹³³⁴ Loi n° 99-209, JORF du 21 mars 1999, p 77.

relative au statut de la Nouvelle Calédonie¹³³⁵. Elle ne remplissait pas les conditions de résidence exigées¹³³⁶. Elle articule son pourvoi en cassation sur l'inconventionnalité de la loi organique¹³³⁷ au regard des articles 6 du traité de l'Union européenne, 3 du protocole numéro 1 de la CEDH, 2 et 25 du PIDCP. L'argumentation est rejetée¹³³⁸, car la Cour considère ne pas pouvoir contrôler la conformité d'une disposition constitutionnelle¹³³⁹ – l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999¹³⁴⁰ – avec la CEDH et du PIDCP.

540. Notant la convergence des décisions du Conseil d'Etat dans les arrêts SARRAN, LEVACHER et autres du 30 octobre 1998¹³⁴¹ et de la Cour de cassation, la majeure partie de la doctrine salue la solution¹³⁴², érudant, sans doute trop rapidement, la distinction opérée par la

¹³³⁵ Sur le processus normatif ayant présidé à l'élaboration du statut de la Nouvelle Calédonie voir : POIRAT (Florence), *Réception du droit international et primauté du droit interne : histoires de dualisme*, RGDI. 2000, n°3, p 811 (spécialement sur l'arrêt Fraisse : p 821)

¹³³⁶ Afin de pouvoir être inscrit sur les listes électorales, il convenait de remplir une condition de domiciliation de 10 ans au jour du scrutin. Il s'agit là d'une exigence de présence effective sur le territoire.

¹³³⁷ Les lois organiques ont pour objet de compléter et de mettre en œuvre les règles édictées par la Constitution. Elles sont obligatoirement soumises au Conseil constitutionnel afin qu'il en vérifie la conformité au texte suprême.

¹³³⁸ Une approche similaire, quoique moins explicite, de la Deuxième Chambre civile, dans un arrêt du 17 février 1999, pouvait permettre d'anticiper la position de la Haute juridiction. En l'espèce, Monsieur LEVACHER reprochait au Tribunal de première instance de Nouméa d'avoir rejeté sa demande d'annulation de la décision de la Commission administrative de Nouméa ayant, à l'identique refusé son inscription sur les listes d'électeurs admis à participer à la consultation des populations de la Nouvelle-Calédonie prévue par l'article 76 de la Constitution. Il invoquait, entre autres dispositions constitutionnelles, une violation des articles 2, 25 et 26 du PIDCP. La Haute juridiction rejette le pourvoi, de manière très elliptique, constatant que l'exigence de domicile découlait de l'article 76 de la Constitution. Dès lors, le jugement échappait aux critiques du moyen. La Haute juridiction refusait de pratiquer un contrôle de conventionnalité à l'égard du texte constitutionnel et admettait implicitement la primauté de la Constitution. Civ. 2^{ème}, 17 février 1999, pourvoi n°98-60518 (inédit titré), site internet légifrance.

¹³³⁹ Certains auteurs se sont néanmoins interrogés sur la compatibilité du droit interne constitutionnel avec les dispositions conventionnelles telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour EDH et du CDH : FLAUSS (Jean-François), GP 24-28 décembre 2000, jurisprudence p 7. En outre le CDH a eu l'occasion de se prononcer directement sur le conformité de la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 et de la loi organique du 19 mars 1999, relative à la Nouvelle Calédonie et donc sur la condition de domicile. Les demandeurs invoquaient une violation des articles 2, 25 et 26 du PIDCP. En vain, le CDH a estimé qu'aucune violation du traité onusien ne pouvait être constatée. CDH, 26 juillet 2002, Constatation GUILLOT contre France, CCPR/C/75/D/932/2000, site internet de l'ONU.

¹³⁴⁰ Sur le caractère constitutionnel de cette loi organique, voir : MATHIEU (Bertrand), VERPEAUX (Michel), *Le régime électoral en Nouvelle-Calédonie entre arrangements constitutionnels et exigences conventionnelles*, note sous A.P 2 juin 2000, D 2000, jurisprudence p 865. Néanmoins, toute loi organique n'a pas nécessairement une valeur constitutionnelle. Ainsi, la loi organique du 23 novembre 1993, relative à la procédure de la Commission d'instruction de la Cour de justice de la République, n'a pas valeur constitutionnelle. Par ricochet, l'Assemblée plénière peut contrôler sa conventionnalité à l'égard de l'article 6§1 de la CEDH. AP, 6 juin 2003, site internet de la Cour de cassation, avec les conclusions convergentes du Conseiller rapporteur CHALLE et celle de l'avocat général DE GOUTTES (Régis).

¹³⁴¹ CE Ass. 30 octobre 1998, n°200 286 200 287 (Publié au recueil Lebon), site internet légifrance. En l'espèce, le CE avait été saisi d'un recours pour excès de pouvoir à l'encontre du décret du 20 juillet 1978, qui organise les scrutins conformément à l'article 76 de la Constitution, au motif que les critères envisagés par le texte empêchaient la participation au vote de certains habitants. Pour un commentaire de la décision voir FLAUSS (Jean-François), RTDciv. 1999, p 232.

¹³⁴² FLAUSS (Jean-François), GP 24-28 décembre 2000, jurisprudence p 7 ; CHAGNOLLAUD (Dominique), *La Cour de cassation confirme la supériorité de la Constitution sur les traités*, D 2000, n°24, Interview, p V ; LIBCHABER Remy, *La vision du monde de la Cour de cassation*, observations relatives à l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 2 juin 2000, RTDciv. 2000, p 672 ; DE FOUCAULD (Anne-Clémence), *La suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur*

plus haute juridiction de l'ordre judiciaire entre les dispositions européennes, onusiennes et le texte communautaire¹³⁴³.

En effet, le Conseil d'Etat, dans son arrêt SARRAN, a rejeté le contrôle de conventionnalité d'un texte constitutionnel par osmose ou renvoi, à l'égard des seuls traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Au contraire, la Haute juridiction est également saisie sur le fondement du droit communautaire. Elle statue en réglant, par un attendu préalable, la question soulevée par la prétendue inconstitutionnalité de la loi organique à l'égard de l'article 6 du TUE : « *Mais attendu, d'abord, que le droit de Mlle Fraisse à être inscrite sur les listes électorales pour les élections en cause n'entre pas dans le champ d'application du droit communautaire* ». Elle décide ensuite d'écarter le moyen arguant de l'incompatibilité entre la loi organique et les dispositions conventionnelles issues du PIDCP et de la CEDH, en s'appuyant sur la valeur constitutionnelle du texte interne¹³⁴⁴.

Cette distinction entre droit communautaire et droit international des droits de l'Homme pourrait laisser supposer, par une interprétation *a contrario*, que si le texte constitutionnel recouvrait le champ d'application du droit communautaire, un contrôle de conventionnalité pourrait être pratiqué à son égard¹³⁴⁵. En effet, raisonner sur l'applicabilité du droit communautaire suppose acquise l'hypothèse probable de son application. Si la Cour de cassation avait proclamé le caractère infraconstitutionnel de la disposition communautaire, à l'instar du droit international européen et onusien, elle n'aurait sans doute pas envisagé cette éventualité.

Le rejet fondé sur la primauté de la Constitution n'impose pas la détermination préalable de l'applicabilité du traité. En revanche, de l'applicabilité, *ratione materiae, loci et temporis*,

constitutionnelle, JCP G 2001, II, n°10453 ; BEIGNER (Bernard), MOUTON (Stéphane), *La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction*, D 2001, Chronique, p 1636 ; Contra DE LAMY (Bertrand), DEUMIER (Pascale), *La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable*, PA 9 octobre 2001, n°201, jurisprudence p 8.

¹³⁴³ Cette distinction opérée entre le droit européen et onusien et le droit communautaire à néanmoins été placée au centre de la chronique de RIGAUX (Anne), SIMON (Denys), *Droit communautaire et constitution française : une avancée significative de la Cour de cassation, A propos de l'arrêt Fraisse du 2 juin 2000*, Revue Europe, Août Septembre 2000, Chronique p 3. Certains auteurs y font, tout au moins, référence FLAUSS (Jean-François), GP 24-28 décembre 2000, jurisprudence p 7 ; BEIGNER (Bernard), MOUTON (Stéphane), *La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction*, D 2001, Chronique, p 1636 : mais ici il convient de signaler que les auteurs relativisent l'ampleur de cette distinction en constatant que la « *Convention européenne est elle-même intégrée au traité de l'Union européenne (art 6-2)* ». Il faut néanmoins nuancer cette analyse car l'article 6-2 du TUE se contente de rappeler l'attachement de l'Union aux droits garantis par le traité européen. En outre, qu'il soit ici permis d'insister sur le fait que malgré de nombreux efforts, la Communauté n'a jamais adhéré à la CEDH. Pour une synthèse des doctrines opposées voir CHALTIEL (Florence), *Les perspectives du principe de primauté du droit communautaire*, PA, 20 octobre 2005, n°209, p 5 (plus spécialement p 8).

¹³⁴⁴ Il convient de remarquer une autre différence entre la décision du Conseil d'Etat et celle de la Cour de cassation. La juridiction judiciaire ne fait pas expressément référence à l'article 55 de la Constitution afin de fonder la suprématie de cette dernière sur les dispositions conventionnelles.

¹³⁴⁵ RIGAUX (Anne), SIMON (Denys), *Droit communautaire et constitution française : une avancée significative de la Cour de cassation, A propos de l'arrêt Fraisse du 2 juin 2000*, Revue Europe, Août Septembre 2000, Chronique p 3 (voir plus spécialement p 5).

dépend l'application du texte. Envisager l'application du droit communautaire au contentieux revient donc à reconnaître, implicitement, la primauté de ce dernier à l'égard d'une disposition constitutionnelle qui pourrait lui être contraire. Cette analyse dissociée des textes est confirmée par les deux arrêts rendus par la deuxième Chambre civile 13 juillet 2000¹³⁴⁶.

541. Il reste, alors, à déterminer les motifs justifiant une telle distinction entre le droit communautaire et les droits de l'Homme garantis par la CEDH et le PIDCP. D'aucuns pourraient rechercher les réminiscences de la jurisprudence JACQUES VABRE, s'appuyant sur la spécificité du droit communautaire créateur d'un ordre juridique propre, directement applicable aux ressortissants des Etats membres. Il est vrai que la Cour de cassation, afin de justifier l'effet direct et la primauté du droit communautaire sur la loi interne, s'est inspirée de l'argumentation développée par la CJCE dans son arrêt VAN GEND et LOOS du 5 février 1963¹³⁴⁷. L'influence de la jurisprudence communautaire¹³⁴⁸ pourrait conduire la Haute juridiction à constater que la primauté de la Constitution ne vaut que dans l'ordre juridique interne, mais n'engendre, ainsi que le rappelle fréquemment la CJCE, aucune conséquence dans l'ordre juridique communautaire¹³⁴⁹.

L'argument serait séduisant si le raisonnement n'aboutissait pas aux mêmes conclusions dans la jurisprudence de la Cour EDH. En effet, la juridiction européenne n'opère aucune distinction « *quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la juridiction des Etats membres à l'empire de la Convention.* »¹³⁵⁰.

Les mêmes causes produisant les mêmes effets, l'argument d'une distinction entre le droit communautaire et le droit européen fondé sur la jurisprudence supranationale ne tient pas.

¹³⁴⁶ Cf. *Supra*.

¹³⁴⁷ Affaire 26/62, Recueil de la CJCE 1963 p 9.

¹³⁴⁸ LE TALLEC (Georges), *La Cour de cassation et le droit communautaire in L'Europe et le droit*, Mélanges hommage à Jean BOULOUIS, Dalloz, 1991, Paris, p 363 (plus spécialement p 368 et suivantes) ; BARAV (Ami), *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire in L'Europe et le droit*, Mélanges Hommage à Jean BOULOUIS, Dalloz, 1991, Paris, p 1.

¹³⁴⁹ La suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne n'est pas invocable par les Etats pour se délier de leurs engagements, devant la CJCE. Cette solution en germe dans l'arrêt COSTA contre ENEL du 15 juillet 1964 – Recueil CJCE 1964, p 1141 – se révèle également dans des affaires plus récentes : CJCE, 5 mars 1996, Arrêt BRASSERIE DU PECHEUR et FACTORTAME LTD et autres, affaires jointes C-46/93 et C-48/93, Recueil CJCE 1996, p I-01029 ou encore CJCE, 11 janvier 2000, arrêt TANJA KREIL, affaire C-285/92 : dans cette dernière espèce, la CJCE semble affirmer que le droit communautaire dérivé prévaut sur la Constitution. Elle considère, en effet, que la directive de 1976 relative à l'égalité des sexes dans l'accès à l'emploi prime sur une disposition allemande interdisant aux femmes les carrières militaires, bien que cette législation interne s'appuie sur la Constitution. Voir HAQUET (Arnaud), note sous CJCE 11 janvier 2000, Droit administratif 2000, commentaire n°37, p 22.

¹³⁵⁰ Cour EDH, 30 janvier 1998, Affaire PARTI COMMUNISTE UNIFIE de Turquie et autres contre Turquie, Recueil 1998-I, § 29 (se référer plus spécialement aux § 28-31) ; également Cour EDH, 28 octobre 1999, ZIELINSKI et PRADAL, GONZALES et autres contre France, Recueil 1999-VII : la Cour condamne la France pour violation de l'article 6§1. En cause, une loi de validation législative pourtant déférée au Conseil constitutionnel et déclarée conforme à la Constitution par celui-ci, voir MARGUENAUD (Jean-Pierre), RTDCiv. 2000, n° 4, p 436 ; N.F, Procédures 2000, commentaire n°94 ; BOUJEKA (Augustin), *Les lois de validation sous les fourches caudines de la Convention européenne des droits de l'homme*, PA 8 juin 2000, p 21.

542. Inévitablement, à la lecture de cette décision, il convient de s'interroger sur les effets à venir d'une telle distinction. La primauté du droit communautaire sur la Constitution, si elle venait à être reconnue dans l'ordre juridique interne, soulèverait bien des difficultés d'articulation des traités protecteurs des droits de l'Homme. La Constitution européenne, à laquelle se trouve désormais intégrée la Charte communautaire des droits fondamentaux¹³⁵¹, peut encore entrer en vigueur. L'éventualité d'une hiérarchie entre droits fondamentaux ne manquerait pas de se révéler. Cette opposition entre droit communautaire et droit international deviendrait alors une dangereuse source d'ambiguïté dans la jurisprudence de la Haute juridiction et dans l'esprit du justiciable.

543. La primauté des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme n'a qu'une portée infraconstitutionnelle dans l'ordre juridique interne. En revanche, la condition de réciprocité est sans incidence sur le contrôle de conventionnalité dont le champ d'application demeure très largement ouvert. Il reste alors à envisager l'efficacité du contrôle opéré par la Cour de cassation.

2- L'efficacité du contrôle de conventionnalité appliqué aux droits de l'Homme

544. La justiciabilité de nombreux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme étant embryonnaire, la mise en œuvre du contrôle de conventionnalité est pratiquement réservée aux droits civils et politiques consacrés par la CEDH¹³⁵² et le PIDCP¹³⁵³. La Cour de cassation a rapidement analysé la compatibilité du droit interne à leur égard¹³⁵⁴. Malgré tout,

¹³⁵¹ RIALS (Stéphane), ALLAND (Denis), *Constitution de l'Union européenne*, Que sais-je ? PUF, 2003, Paris, p 26 ; PHILIP (Christian), *La Constitution européenne*, Que sais-je ? PUF, 2003, Paris, p 45.

¹³⁵² ESTOUP (Pierre), *La convention européenne des droits de l'homme et le juge français*, Gaz. Pal. Du 8 février 1990, Doctrine, p 110 (spécialement p 112, B) ; DE GOUTTES (Régis), *Le juge français et la Convention européenne des droits de l'homme : avancées et résistances*, RTDH, 1995, p 605 (spécialement p 606 et suivantes) ; du même auteur : *Le juge judiciaire français et la Convention européenne des droits de l'homme, avancée et réticences* in *Quelle Europe pour les droits de l'homme. La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite" (35 ans de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 218 (spécialement p 219 et suivante) ; FABRE (Martine), *L'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par les juges nationaux*, PA, 2 août 1996, n°93, p 4 ; GOURON MAZEL (Annie), *La Cour de cassation face à la Convention européenne des droits de l'homme*, JCP, Ed° G., 1996, I, n°3937 ; BURGELIN (Jean-François), LALARDRIE (Agnès), *L'application de la Convention par le juge judiciaire français* in *Mélanges en l'honneur de René CASSIN*, Bruylant, 1999, Bruxelles, p 145.

¹³⁵³ GUINCHARD (Serge), *L'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques par le juge judiciaire* in *La France et le PIDCP*, actes du colloque des 4 et 5 juin 1999, n° spécial des PA, 25 mai 2000, n°104, p 23

¹³⁵⁴ Pour les arrêts fondateurs : Crim. 3 juin 1976, Bull. crim. n°141, p 382 ; Crim. 6 mars 1986, Bull. crim. n°94 (arrêts n°1 et 2), p 231 ; pour un commentaire de l'arrêt n°1 : MAYER (Danièle), note sous Chambre criminelle 6 mars 1986, D 1986, jurisprudence p 315. Com. 17 mars 1981, Bull. civ. IV, n°147, p 115. Civ. 1^{re}, 26 avril 1983, Bull. civ. I, n°133, p 114 ; DOSNER-DOLIVET (A.), SCEMAMA (A.), GP 1983, semestre 2, journal du 8 novembre 1983, n° 310 à 312, p 600 ; DUBOUIS (Louis), *L'ordre des médecins, la Convention européenne des droits de l'homme et le pacte international relatif aux droits civils et politiques*, RDSS, 1984, p 49. AP 7 novembre 1986, JCP G 1987, II, 20750, avec l'avis de l'Avocat général GAUTHIER (Pierre) et la note de PENNEAU (Jean), JCP, 1987, II, 20750. Civ. 2^{ème}, 5 juin 1985, Bull. civ. II, n°111, p 74 ; 25 mars 1987, Bull.

son examen de la conventionnalité des textes infraconstitutionnels demeure souvent perfectible. Cependant, les critères du temps et de l'expérience jouent en faveur de la jurisprudence. La Haute juridiction enrichit et améliore, au fil des années, son interprétation, particulièrement en intégrant les mécanismes développés par la Cour EDH. Si certaines décisions dévoilent un contrôle lacunaire (a), d'autres au contraire démontrent que l'examen de la conventionnalité est véritablement opérant (b).

a) Les contrôles lacunaires

545. A l'instar de la jurisprudence relative à l'effet direct, la plus grande lacune du contrôle de conventionnalité résulte indubitablement du caractère elliptique de la motivation. Trop souvent les décisions de la Cour de cassation transcrivent une justification sibylline de l'adéquation du texte interne. La marge d'interprétation doctrinale des arrêts est extrêmement réduite et s'il n'était pas possible d'avoir parfois accès aux avis des Avocat généraux ou aux rapports des Conseillers dévoilant une véritable recherche de la conventionnalité, il serait envisageable, à la simple lecture de certains attendus lapidaires, de s'interroger sur la rigueur du contrôle opéré par la Haute juridiction. L'immense contentieux développé à l'égard de l'article 6 de la CEDH reflète cette concision si spécifique des arrêts rendus par la juridiction suprême¹³⁵⁵.

546. A titre illustratif, l'arrêt de la Chambre criminelle du 18 février 2003¹³⁵⁶, caractérise parfaitement cette carence. Il pousse les commentateurs à considérer que l'exception d'inconventionnalité est rejetée « *sans aucune explication* »¹³⁵⁷. La conformité du droit pour un gendarme de faire usage de son arme de service, sur le fondement de l'article 174 du décret du 20 mai 1903, était contestée au regard du paragraphe 2 de l'article 2. Sans aucune motivation, la formation répressive affirme que le texte interne est compatible avec la

civ. II, n°76, p 42. Soc. 20 décembre 1988, Bull. civ. V, n°675, p 434 ; 18 janvier 1989, D 1989, jurisprudence p 320, note JEAMMAUD (Antoine); JCP édition E, p 394, n°4, note REVET (Thierry) ; Droit ouvrier juillet août 1989, jurisprudence p 300, note RICHEVAUX (Marc), PICCA (Georges), Avis précédant l'arrêt, Droit social, mars 1989, n°3, p 246. Civ. 3^{ème}, 17 juillet 1991, Bull. civ. III, n°215, p 126.

¹³⁵⁵ A titre d'exemple, se reporter à Com. 2 mai 1985, Bull. civ. IV, n°137, p 118 ; Crim. 8 février 1990, Bull. crim. n°70, p 183 ; Civ. 3^{ème} 17 juillet 1991, Bull. civ. III, n°215, p 126 ; Civ. 2^{ème}, 17 mai 1993, Bull. civ. II, n°174, p 93 ; Crim. 9 mars 1994, Bull. crim. n°92, p 200 ; Crim 12 juillet 1994, Bull. crim. n°276, p 686 ; Soc. 15 février 1995, Bull. civ. V, n°58, p 41 ; Crim, 8 mars 2000, site internet légifrance (inédit titre) ; Crim. 27 juin 2000, Bull. crim. n°243, p 718, D 2001, SC p 514, obs. PRADEL (Jean). Et sur d'autres dispositions de la CEDH, voir les arrêts de la Chambre criminelle, 26 juillet 1994, Bull. crim. n°285, p 701 ; 1^{er} avril 2003, Bull. crim. n°82, p 320. Pour le PIDCP voir : Crim. 30 octobre 2000, pourvoi n° 00-80055, (inédit) ; 25 mars 2003, pourvoi n°03-85076 et 28 avril 2004, pourvoi n°04-80753 (publiés au bulletin) : arrêts disponibles sur le site internet Légifrance

¹³⁵⁶ Bull. crim. n°41, p 154

¹³⁵⁷ DEFFERRARD (Fabrice), DURTETTE (Vincent), D 2003, commentaire p 1317.

disposition conventionnelle. La Cour reproche simplement aux juges du fond de ne pas avoir procédé au contrôle de proportionnalité¹³⁵⁸.

547. L'examen de la proportionnalité est le point névralgique du contrôle de conventionnalité, particulièrement à l'égard de la CEDH. Il dépeint les faiblesses de la motivation de la Cour de cassation. En effet, au sein des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, les droits sont hiérarchisés. Le « *noyau dur* »¹³⁵⁹ réunit les droits intangibles auxquels l'Etat ne peut porter atteinte, quelles qu'en soient les circonstances. Sont ensuite consacrés des droits et libertés conditionnels¹³⁶⁰, ces termes signifiant qu'ils peuvent faire l'objet de certaines dérogations¹³⁶¹. En particulier, dans la CEDH et le PIDCP, certains droits, après avoir été énoncés, sont complétés de clauses dites d'ordre public. Elles précisent sous quelles conditions peut être admise l'ingérence des Etats dans les droits garantis¹³⁶².

La Cour EDH a, depuis longtemps, affiné sa position à l'égard des dispositions présentant une certaine conditionnalité. Loin de vider de leur substance les droits définis, elle recherche si, dans la situation de fait soumise à son contrôle, l'ingérence d'une Haute partie contractante, est prévue par la loi, poursuit un but légitime et se révèle nécessaire dans une société démocratique¹³⁶³. Il s'agit d'un examen de la proportionnalité de la mesure constituant l'ingérence au regard du but poursuivi par l'Etat. Plus largement, le principe de proportionnalité irradie toute la CEDH devenant un « *instrument de qualification* »¹³⁶⁴. Si le contrôle est, pour l'instant, moins précis, une similitude certaine se révèle dans les constatations du CDH¹³⁶⁵.

¹³⁵⁸ Selon le Professeur SUDRE, la Haute juridiction procède ici à l'adjonction d'une condition au texte réglementaire, par l'intermédiaire du contrôle de proportionnalité. En effet, elle exige que l'usage de son arme, par un représentant de la loi, doit être d'une absolue nécessité en l'état des circonstances de l'espèce : SUDRE (Frédéric), *A propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité in Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, Pedone, 2004, Paris, p 207 (spécialement p 216).

¹³⁵⁹ SUDRE (Frédéric), *Droit international et européen des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, p 201.

¹³⁶⁰ SUDRE (Frédéric), *Op. Cit.* p 223 et suivantes.

¹³⁶¹ Ces dérogations sont envisageables, tout d'abord, lors de circonstances exceptionnelles telles que définies par l'article 15 de la CEDH ou 4 du PIDCP. En effet, les Hautes parties contractantes peuvent en « *cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation* » ou de « *danger public exceptionnel* » prendre des mesures dérogeant aux obligations découlant des traités.

¹³⁶² Dans la CEDH se rencontre de nombreux droits conditionnels révélant des clauses d'ordre public, tels l'article 8 ou les dispositions garantissant les diverses libertés : articles 9, 10 et 11 ou l'article 2 du protocole 4. Ces clauses d'ordre public sont également présentes dans le PIDCP : articles 17, 19, 21, 22.

¹³⁶³ SUDRE (Frédéric), *GA CourEDH*, 3^{ème} édition, Thémis, PUF, 2005, Paris, p 47 et suivantes.

¹³⁶⁴ MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, connaissance du droit, Dalloz, 2005, Paris, p 55.

¹³⁶⁵ Ainsi, à titre d'exemple, il est possible de se référer aux conclusions de l'organe supranational onusien à l'occasion du contrôle de conventionnalité pratiqué à l'égard de la loi GAYSSOT du 13 juillet 1990. Ce texte, qui modifie la loi sur la liberté de la presse, prévoit des sanctions à l'égard de quiconque contestera l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'Accord de Londres du 8 août 1945. Le CDH considère que pour être conforme à la liberté d'expression, toute restriction « *doit remplir simultanément les conditions ci-après : elle doit être fixée par la loi, doit viser l'un des objectifs énoncés aux alinéas a) et b) du*

548. Le contrôle de conventionnalité, pratiqué par la Cour de cassation, nécessiterait une transposition du raisonnement. Si la législation ou une pratique nationale réalise une ingérence dans les droits garantis par les traités, la Haute juridiction est amenée à vérifier le respect des conditions posées par les dispositions conventionnelles. Trop souvent, elle se contente d'affirmer qu'aucune contradiction n'existe entre la norme supranationale et le texte interne. Cette motivation ne permet en aucun cas de justifier la conformité de la loi interne. Afin d'adapter le contrôle de conventionnalité à l'exigence de proportionnalité, la Cour doit renoncer à ces motivations trop succinctes. Cette exigence devrait, à terme, lui imposer de revoir la structure de ses arrêts, souvent trop courts.

Par exemple, le certificat de conventionnalité décerné à l'article L.16 B du Livre des procédures fiscales, par l'arrêt de la Chambre commerciale le 9 février 1993¹³⁶⁶ est entaché de vice. Après avoir été déclaré conforme à l'article 13 de la CEDH¹³⁶⁷, la conventionnalité du texte était contestée sur le fondement du respect de la vie privée. Le Président du TGI avait autorisé les agents de la Direction des impôts à effectuer une visite et à saisir des documents au domicile du demandeur¹³⁶⁸. Selon ce dernier, la perquisition fiscale, permettant de réunir les éléments démontrant la fraude, en dehors de toute procédure de vérification et sans ouverture d'une information judiciaire, n'était pas nécessaire au sens de l'article 8. Le demandeur souhaitait confronter le texte interne aux exigences posées par le paragraphe 2 de l'article 8, en particulier sous l'angle de sa proportionnalité. La Haute juridiction, tranche sans aucune référence à la clause d'ordre public et décide « *...que les dispositions de l'article L. 16B du livre des procédures fiscales assurent la conciliation du principe de liberté individuelle et des nécessités de la lutte contre la fraude fiscale ; qu'ainsi, ces dispositions ne contreviennent pas à celles de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;* ».

Pourtant, la mesure ordonnée par le Président du Tribunal de Grande Instance, sur le fondement du droit interne, constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée. Seule une analyse s'appuyant sur les justifications et la proportionnalité de l'ingérence permet de réaliser le contrôle de conventionnalité. Pourtant, quoique se référant implicitement au paragraphe 2 de l'article 8, en admettant que le texte national engendre une ingérence, l'arrêt rendu le 21 avril 2005 rendu par la deuxième Chambre civile¹³⁶⁹, n'est pas plus satisfaisant. La Haute juridiction ne s'interroge pas sur la qualité de la loi, ni sur la proportionnalité de cette mesure, ou alors de manière trop équivoque. Le contrôle est rudimentaire. La

paragraphe 3 de l'article 19 et elle doit être nécessaire pour atteindre un objectif légitime ». CDH, décision, FAURISSON contre France, 8 novembre 1996, RUDH 1997, jurisprudence p 46, voir § 9.4.

¹³⁶⁶ Bull. civ. IV, n°56, p 37.

¹³⁶⁷ Com. 21 avril 1992, Bull. civ. IV, n°173, p 121.

¹³⁶⁸ Il convient de noter, en revanche, que la Haute juridiction sanctionne, sur le fondement de l'article 8 du traité, le refus du Président du TGI d'annuler les procès verbaux de contrôle d'identité et de visite d'un sac à main, dès lors que les fonctionnaires de l'administration fiscale ne disposaient pas d'autorisation à ce titre. Com. 19 décembre 1995, Bull. civ. IV, n°308, p 282.

¹³⁶⁹ Pourvoi n°02-21148 (Publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

méthodologie de rédaction des arrêts de la Cour de cassation, leur brièveté conduit la Haute juridiction à une économie de mots difficilement conciliable avec les développements importants permettant de justifier l'ingérence dans les droits conditionnels.

549. Une observation identique ressort de l'arrêt de la troisième Chambre civile du 17 décembre 1997¹³⁷⁰. Après le décès de son compagnon, un homosexuel demandait à bénéficier du transfert de bail à son profit, sur le fondement de l'article 14 la loi du 6 juillet 1989, applicable au concubinage notoire d'au moins un an à la date du décès. Débouté par la Cour d'appel, pour laquelle le concubinage ne pouvait être admis qu'entre un homme et une femme, le demandeur forme pourvoi en cassation. Il argue d'une violation de l'article 26 du PIDCP et de l'article 8§1 de la CEDH. S'appuyant sur cette habituelle définition du concubinage¹³⁷¹, la Cour rejette, constatant simplement que la juridiction du fond n'a pas violé les dispositions conventionnelles. L'application de la loi interne limitée aux couples hétérosexuels entraîne une discrimination à l'égard du droit au respect de la vie privée, dont il convenait de rechercher la justification et la proportionnalité. Cette exigence est renforcée par l'autonomie du droit à la non-discrimination défini par l'article 26 du PIDCP¹³⁷².

550. Le contrôle de conventionnalité est, également, lestement envisagé par la première Chambre civile dans un arrêt du 4 avril 2006¹³⁷³. En l'espèce, le Code de la propriété intellectuelle était en cause, puisque la Cour d'appel avait, sur le fondement de son Livre premier, validé la saisie-contrefaçon de vidéo-cassette à caractère pornographique. La société éditrice avait intitulé les films « *Angélique* », alors que la marque « *Angélique marquise des anges* » avait été déposée par une autre entreprise. Selon la première structure commerciale, la mesure violait l'article 10 de la CEDH. La Haute juridiction rejette le pourvoi, indiquant laconiquement « *qu'aucune disposition n'interdisant à l'auteur d'un ouvrage littéraire de déposer un titre en tant que marque, celui-ci bénéficie de la protection instaurée par le livre VII du titre premier du Code de la propriété intellectuelle pour les produits et services désignés lors de son dépôt ; que l'article 10-2 de la Convention européenne, qui valide les*

¹³⁷⁰ Pourvoi n° 95-20779 (Publié au bulletin), site internet légifrance. D 1998, jurisprudence p 111, avec les Conclusions de l'Avocat général WEBER (Jean-François) et la note de AUBERT (Jean-Luc) ; pour une critique de la décision, voir également BEIGNIER (Bernard), *A propos du concubinage homosexuel*, D 1998, chronique p 215.

¹³⁷¹ En effet, avant que la loi du 15 novembre 1999, relative au PACS, n'offre une définition du concubinage identifiant les couples hétérosexuels et homosexuels, la jurisprudence considérait que le concubinage ne pouvait résulter que « *d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme* » : Soc. 11 juillet 1989, deux arrêts publiés Bull. civ. V n°514 p 311 et 515 p 312 ; CE, 4 mai 2001, Droit et famille juillet 2001, note LECUYER (Hervé), n°68, p 16.

¹³⁷² KARAGIANNIS (Syméon), *Considération sur l'article 26 du pacte de Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, en marge de la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 467 ; SUDRE (Frédéric), *Le droit à la non discrimination dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme*, in *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies – les communication individuelles* – Acte du colloque de Montpellier des 6 et 7 mars 1995, Sous la direction de SUDRE (Frédéric), IDEDH, Montpellier, p 33.

¹³⁷³ Pourvoi n°01-03328 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

restrictions ou sanctions légales nécessaires à la protection des droits d'autrui trouve application en l'espèce ». La motivation est elliptique, ne permettant pas de saisir le raisonnement emprunté par la Cour de cassation afin de démontrer la conventionnalité du droit interne.

551. Outre son insuffisance, le contrôle de conventionnalité est parfois erroné. Ainsi, l'article 15 du PIDCP fait l'objet d'une jurisprudence constante négatrice de sa primauté.

Les décisions s'attachant à l'application immédiate de la loi pénale de fond plus favorable illustrent une analyse très discutable de la conformité du droit interne¹³⁷⁴. Si le Pacte, comme la CEDH¹³⁷⁵, consacre le principe de légalité criminelle et de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, c'est pour mieux l'enrichir de son corollaire : la rétroactivité *in mitius*¹³⁷⁶. Le traité onusien renforce, en ce sens, les exigences de la CEDH¹³⁷⁷. Or, lors de son contrôle, la Haute juridiction ignore la portée de cet engagement international à l'égard de textes répressifs dits « *de circonstances* »¹³⁷⁸, c'est-à-dire des législations pénales à caractère économique et financier. La jurisprudence de la Cour de cassation, fort fluctuante¹³⁷⁹, est motivée par la volonté de préserver le caractère dissuasif de la sanction pénale en une matière où les dispositions normatives sont contingentes. En usant des diverses voies de recours, les justiciables procéduriers peuvent espérer bénéficier d'un texte moins répressif¹³⁸⁰. Pourtant, cette question juridique devrait être envisagée à l'aune du PIDCP, qui ne tolère aucune limite à la rétroactivité *in mitius*¹³⁸¹. Plus encore, l'article 4 du traité onusien précise qu'aucune atteinte ne pourra être portée au principe de légalité. En d'autres termes, il s'agit d'un droit intangible.

¹³⁷⁴ AUBERT (Bernadette), *Le droit international devant la Chambre criminelle*, Thèse de Doctorat sous la direction du Professeur Michel Massé, Université de Poitiers, 1998, p 357 et suivantes.

¹³⁷⁵ Article 7 de la CEDH.

¹³⁷⁶ Article 15 du PIDCP. En effet, le texte ajoute en son §1 : « *Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier* ». En outre, ce principe qui n'était pas énoncé dans l'ancien Code pénal trouve désormais place dans le nouveau à l'article 112-1. Il ne faut, par ailleurs, pas omettre le caractère constitutionnel du principe tel que constaté par le Conseil constitutionnel dans sa décision des 19 et 20 janvier 1981 : voir pour un commentaire de la décision FAVOREU (Louis), PHILIP (LOUIS), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10^{ème} édition, Dalloz, 1999, Paris, n°30, p 440.

¹³⁷⁷ HUET (André), KOERING-JOULIN (Renée), *Droit pénal international*, 2^{ème} édition, Thémis droit privé, PUF, 2001, Paris, n°78, p 120 ; DE GOUTTES (Régis), *L'enchevêtrement des normes internationales relatives au procès équitable : comment les concilier* in *Les nouveaux développements du droit au procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 22 mars 1996, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 139 (voir plus spécialement p 148).

¹³⁷⁸ JEANDIDIER (Wilfrid), *Droit pénal général*, Domat – droit privé, 2^{ème} édition, Montchrestien, 1991, Paris, p 160 ; PRADEL (Jean) et VARIMARD (André), *Les grands arrêts de droit pénal général*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2003, Paris, n°12, p 155.

¹³⁷⁹ Sur cette jurisprudence voir : PRADEL (Jean), *Droit pénal général*, édition 2002/2003, Cujas, 2002, Paris, n° 206 et 215 et suivants ; PRADEL (Jean) et VARIMARD (André), *Les grands arrêts de droit pénal général*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2003, Paris, n°12, p 155.

¹³⁸⁰ Op. Cit.

¹³⁸¹ HUET (André), *Une méconnaissance du droit international (à propos de la rétroactivité in mitius)*, JCP G, I, n°3293 ; du même auteur, *La rétroactivité in mitius des textes réglementaires en matière économique (dissonance sur une question simple)*, JCP G, I, n°3378 ; DEKEUWER (Alain), *La rétroactivité in mitius en droit pénal, un principe encore et toujours contesté*, JCP G, I, n°4065.

De nombreux justiciables ont soutenu devant la Chambre criminelle que certaines législations nationales emportaient violation de l'article 15§1 du traité onusien. Cet argument a toujours été ignoré ou rejeté par la formation répressive.

Le premier arrêt relatif à la rétroactivité *in mitius* des textes de circonstance est rendu par la Chambre criminelle le 10 octobre 1988¹³⁸². La Cour décide « ...*Qu'en l'absence de prévisions contraires expresses, une loi nouvelle qui abroge une incrimination ou qui comporte des dispositions pénales, douanières ou fiscales plus douces, s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur et non définitivement jugés ; que constitue ainsi une disposition plus douce applicable immédiatement l'abrogation d'un texte réglementaire, support nécessaire d'une incrimination, dès lors qu'elle retire aux faits poursuivis leur caractère punissable et qu'elle résulte d'une modification législative* »

La décision s'intègre à une jurisprudence constante de la Haute juridiction¹³⁸³. En revanche, il est regrettable que la formation répressive ne saisisse pas l'opportunité de se référer au PIDCP invoqué au soutien du pourvoi, en condamnant avec fermeté les limites à la rétroactivité *in mitius*, quelles qu'elles soient. En outre, l'incise « *en l'absence de prévisions contraires expresses* », ne fait que renforcer la conviction que la Cour tolère ces atteintes si le législateur vient à les permettre.

En réalité, la Cour oppose l'effet rétroactif des dispositions législatives plus douces et la non-rétroactivité des dispositions réglementaires plus favorables, prises en application d'une disposition législative, support légal d'une incrimination, toujours en vigueur¹³⁸⁴. Il n'en demeure pas moins qu'en limitant la portée du principe de rétroactivité *in mitius*, la Haute juridiction méconnaît l'argument international, auquel elle ne fait toujours pas référence, dans deux décisions du 13 mai 1989¹³⁸⁵ et du 4 septembre 1992¹³⁸⁶.

De nombreux arrêts rendus le 21 mai 1992¹³⁸⁷ démontrent que la Chambre criminelle tend à assouplir sa jurisprudence en décidant que « *cessent d'être applicables aux poursuites en cours les dispositions des lois ou règlements même non expressément abrogés, dans la mesure où elles sont inconciliables avec celles d'une loi nouvelle* »¹³⁸⁸. La solution semble favorable au jeu de la rétroactivité, invitant certains auteurs à considérer que la règle de la rétroactivité

¹³⁸² Bull. crim. n°335, p 899.

¹³⁸³ Crim. 25 janvier 1988, JCP G 1989, II, n° 21174, note PANNIER (Jean) ; RSC 1989, p 125, observations MASSE (Michel).

¹³⁸⁴ Crim. 23 janvier 1989, Bull. crim. n°24, D 1991, SC p 174, observations PANNIER (Jean) ; Crim. 10 mai 1989, Bull. crim. n°187. Sur cette distinction voir DESPORTES (Frédéric), LE GUNEHÉC (Francis), *Droit pénal général*, 12^{ème} édition, Economica, 2005, Paris, n°341 et suivants ; PANNIER (Jean), *L'application aux poursuites en cours de la loi nouvelle plus douce : liberté des changes dans les relations avec l'étranger*, D 1992, SC p 37.

¹³⁸⁵ BEAUNE (Jacques), RSC, 1991, p 93.

¹³⁸⁶ Pourvoi n°89-84541, site internet légifrance (inédit titré).

¹³⁸⁷ 4 arrêts ont été publiés au bulletin criminel, n° 203, p 557, mais d'autres arrêts inédits titrés sont disponibles sur le site internet légifrance : pourvois n° 90-87853, n°91-80729, n°91-84400.

¹³⁸⁸ Citation empruntée à l'arrêt Administration des douanes contre Jacques MOREAU et société COFUNA : Bull. crim. n°203, p 557, arrêt n°3.

in mitius « paraît aujourd'hui pratiquement générale »¹³⁸⁹. Cependant, la Haute juridiction ne se prononce toujours pas sur l'argument international afin de fonder un principe général de rétroactivité de la loi pénale plus favorable. Au contraire, elle relègue le Pacte au rang des motifs surabondants¹³⁹⁰. Cette jurisprudence est néanmoins confirmée par deux arrêts de cassation rendus par la Chambre criminelle les 28 septembre 1992¹³⁹¹ et 9 novembre 1992¹³⁹².

L'accueil favorable à la rétroactivité *in mitius* se rencontre également dans l'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 2 juin 1993¹³⁹³. Toutefois, la Haute juridiction ne saisit toujours pas l'occasion d'en admettre la généralité en s'appuyant sur le traité onusien. En effet, la Cour distingue selon que le texte plus favorable entre en vigueur au moment des poursuites ou qu'il intervient au moment du jugement¹³⁹⁴.

La décision de la Chambre criminelle du 5 mai 1997¹³⁹⁵ marque un coup d'arrêt définitif à ces attentes optimistes. Le prévenu avait été déclaré coupable d'importation, sans déclaration, de marchandises prohibées et condamné à une amende douanière. Durant la procédure, intervint une directive communautaire¹³⁹⁶ se prononçant en faveur de la suppression des taxes et contrôles douaniers. Cette directive est transposée, en droit interne, par l'intermédiaire de la loi du 17 juillet 1992, dont l'article 110 autorise les poursuites des infractions douanières commises sous l'empire de la loi ancienne. Ce texte est manifestement contraire à l'article 15 du PIDCP. Or, le prévenu invoque la disposition conventionnelle. La formation répressive de la Haute juridiction rejette le pourvoi sans se prononcer sur la conventionnalité de la loi¹³⁹⁷. La Cour de cassation admet les dérogations à la rétroactivité *in mitius* si le législateur les juge opportunes. Cette jurisprudence est confirmée par arrêt du 13 novembre 1997¹³⁹⁸.

Par une décision du 5 décembre 2001¹³⁹⁹, la Chambre criminelle accepte de répondre sur le fondement de l'article 15 du PIDCP. Toutefois, sa motivation, selon laquelle le texte « *ne concerne que les sanctions et non les incriminations* », est erronée. En visant l'application

¹³⁸⁹ PRADEL (Jean) et VARIMARD (André), *Les grands arrêts de droit pénal général*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2003, Paris, n°12, p 165.

¹³⁹⁰ PANNIER (Jean), D 1993, SC, p 77 ; JCP G. 1993, II, n°21985.

¹³⁹¹ Pourvoi n° 92-80662, (inédit), site internet légifrance.

¹³⁹² Pourvoi n° 91-83251, (inédit), site internet légifrance.

¹³⁹³ Bull. crim. n°198, p 495.

¹³⁹⁴ RSC 1994, p 319, observations BOULOC (Bernard).

¹³⁹⁵ Bull. crim. n°164, p 537.

¹³⁹⁶ Directive n°91/680 du 16 novembre 1991.

¹³⁹⁷ Il s'agit, une fois encore d'un défaut de réponse (ce chapitre, S1, §1, B, 2). Mais, si dans la plupart des cas, cette attitude de la Cour se manifeste à l'occasion d'arguments manifestement infondés, il s'agit ici, au contraire, d'une ignorance délibérée permettant d'éviter la censure du texte interne.

¹³⁹⁸ Pourvoi n°95-80219, (inédit titré), site internet légifrance.

¹³⁹⁹ Pourvoi n°01-81228, (inédit), site internet légifrance.

immédiate d'une « *peine plus légère* », le texte couvre nécessairement l'hypothèse où la sanction disparaîtrait par le biais d'une abrogation de l'incrimination qui en est le support¹⁴⁰⁰.

Par un arrêt du 14 décembre 2005¹⁴⁰¹, la Chambre criminelle marque une nouvelle fois son indifférence, en omettant de répondre sur le fondement de l'article 15 §1 du traité onusien.

552. Ces décisions révèlent l'approche la plus contestable du contrôle de conventionnalité subsistant dans la jurisprudence de la Cour de cassation. La position s'inscrit dans le temps, tout en demeurant manifestement contraire au traité. La justification de cette résistance à la primauté ne paraît guère pouvoir s'expliquer que par l'influence du texte. En effet, le droit à la rétroactivité *in mitius* est uniquement préservé que par le PIDCP. Ce traité ne bénéficie pas de l'aura de la CEDH, enrichie par l'autorité des arrêts rendus par la Cour EDH. Il faut se résoudre à admettre que l'efficacité du contrôle dépend également du traité invoqué, ce qui est regrettable puisque les dispositions conventionnelles bénéficient toutes de la même force obligatoire. Cette impression est terriblement renforcée par l'étude d'une jurisprudence révélant des contrôles opérant de la conventionnalité du droit interne à l'égard de la CEDH.

b) Les contrôles opérants

553. Evoquer un contrôle opérant ne signifie pas que l'examen aboutira nécessairement à un constat d'inconventionnalité de la loi nationale. Au contraire, la Cour de cassation peut effectuer une analyse efficace de la conformité démontrant l'adéquation de la norme interne avec la disposition conventionnelle invoquée. Pour ce faire, la Haute juridiction doit appliquer les règles prétorienne dégagées par la Cour EDH. Avec le temps, la transposition du raisonnement européen s'affine.

Un arrêt rendu par la Chambre criminelle, le 14 février 2006¹⁴⁰², atteste de la convergence des interprétations fournies par la Cour EDH et la Cour de cassation. En l'espèce, l'Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne (ci-après AGRIF) s'était constituée partie civile pour injure publique. L'association AIDES avait distribué un prospectus sur lequel était imprimé un dessin que les juges du fond traduisaient comme une offense envers la communauté catholique. Saisie sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 et de l'article 10 de la CEDH, la formation répressive casse la décision d'appel. Elle précise que « *les restrictions à la liberté d'expression sont d'interprétation étroite* ». Ainsi, elle envisage la portée du paragraphe 2 de la disposition conventionnelle à la lumière

¹⁴⁰⁰ HUET (André), *La rétroactivité in mitius des textes réglementaires en matière économique (dissonance sur une question simple)*, JCP G, I, n°3378. L'auteur indique : «...bien que l'article 15.1 n'affirme le principe de la rétroactivité in mitius qu'à propos d'une loi prévoyant l'application d'une peine plus légère, il doit a fortiori être étendu à l'hypothèse où une loi abroge une incrimination puisqu'une telle loi supprime toute peine ».

¹⁴⁰¹ Bull. crim. n°333, p 1147.

¹⁴⁰² Pourvoi n°05-81932 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance ; RSC juillet-septembre 2006, p 625 observations FRANCILLON (Jacques) ; Droit pénal 2006, commentaire n°67, observations VERON (Michel).

de la jurisprudence élaborée par la Cour EDH dans l'arrêt BARTHOLD contre Allemagne du 25 mars 1985¹⁴⁰³.

554. Cependant, la Cour de cassation sait tirer avantage des clauses d'ordre public au profit de la loi interne¹⁴⁰⁴. Les entreprises de presse et les journalistes sont les premiers à pâtir d'un examen minutieux de la conformité des lois internes à l'article 10§2 de la CEDH. L'utilisation respectueuse de ces dispositions dérogatoires se renforce avec les arrêts rendus par la première Chambre civile le 30 mai 2000¹⁴⁰⁵ et le 12 décembre 2000¹⁴⁰⁶. En l'espèce, une condamnation à indemnisation pour violation du droit au respect de la vie privée sur le fondement de l'article 9 du Code civil se trouve légitimée sur le fondement de l'article 10§2. Un sort identique est réservé aux lois relatives à la publicité commerciale. La Haute juridiction s'approprie l'interprétation retenue par la Cour EDH, qui considère que le « *discours commercial* »¹⁴⁰⁷ relève du droit à la liberté d'expression. Toutefois, les ingérences dans ce droit s'avèrent justifiées sur le fondement du paragraphe 2 de la disposition conventionnelle. Ainsi en est-il, selon la Chambre criminelle, des dispositions pénales¹⁴⁰⁸ interdisant, sous certaines conditions, la publicité comparative¹⁴⁰⁹, la publicité directe¹⁴¹⁰ ou indirecte¹⁴¹¹ du tabac. Ces exemples d'utilisation des clauses d'ordre public au bénéfice du droit interne pourraient être multipliés¹⁴¹².

555. La motivation devient plus précise, la Haute juridiction cherchant à démontrer efficacement la conventionnalité du droit national. La Chambre criminelle prouve

¹⁴⁰³ Requête n°8734/79, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁴⁰⁴ Sur cette question voir : FABRE (Martine), *L'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par les juges nationaux*, PA, 2 août 1996, n°93, p 4 (plus spécialement p 6).

¹⁴⁰⁵ Bull. civ. I, n°166, p 107.

¹⁴⁰⁶ Il s'agit de deux arrêts : pourvois n°98-17521 et n°98-21161, PA 2 février 2001, n°24, p 14, note DERIEUX (Emmanuel). L'arrêt n°98-21161 est également commenté au D. 2001, jurisprudence p 2434, note SAINT-PAU (Jean-Christophe).

¹⁴⁰⁷ Cour EDH, arrêt MARK INTERN VERLAG contre Allemagne du 20 novembre 1989, Série A, n°165, § 26 ; arrêt GROPPERA RADIO et al. contre Suisse du 28 mars 1990, série A, n°173, § 55 ; arrêt CASADO COCA contre Espagne du 28 mars 1994, Série A, n° 285-A, § 35 et arrêt JACUBOWSKI contre Allemagne du 23 juin 1994, Série A, n°291-A, § 25.

¹⁴⁰⁸ Articles L.121-8 et suivant du Code de la consommation.

¹⁴⁰⁹ Crim. 16 octobre 1996, D 1997, IR, p 13.

¹⁴¹⁰ Crim. 19 novembre 1997, Bull. crim. n°393, p 1317 ; D 1998, jurisprudence p 613, note GALLOUX (J-C) ; BOUTET (Marc), *La liberté d'expression selon l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 19 novembre 1997)*, D 2000, chronique p 27.

¹⁴¹¹ Crim., 18 mars 2003, pourvoi n°02-83015, site internet légifrance (publié au bulletin).

¹⁴¹² Pour des arrêt relatifs aux peines complémentaires d'interdictions du territoire français, voir : Crim. 29 février 2000, pourvoi n°98-80518, site internet légifrance (publié au bulletin) et 5 septembre 2001, pourvoi n°00-84429, site internet internet légifrance (inédit titré) ; sur une interdiction de mettre des enfants en contact avec une secte voir Civ. 1^{re}, 22 février 2000, Bull. civ. I, n°54, p 37 ; concernant l'interdiction d'une manifestation sur la voie publique voir Crim. 3 avril 2001, Bull. crim. n°89, p 285 ; sur la communication de dossiers médicaux, voir, Crim. 26 mars 2004, pourvoi n°03-82277, site internet légifrance (inédit) ; sur la prohibition du port du voile dans un collège sous contrat d'association : 1^{re} civ. 21 juin 2005, pourvoi n°02-19831, site internet légifrance (publié au bulletin) : en l'espèce la Cour s'appui également sur la jurisprudence concordante de la Cour EDH.

consciencieusement, par arrêt du 20 juin 2006¹⁴¹³, la compatibilité de l'incrimination de provocation à la discrimination raciale avec les articles 8 et 14 de la CEDH. Elle précise que la loi nationale protège la morale et les droits d'autrui, sans créer de discrimination dès lors qu'elle s'applique à chaque victime « *de propos discriminatoires ou injurieux en raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une communauté ethnique, nationale, raciale ou religieuse, et que les sanctions qui la garantissent sont applicables à tous* ».

De même, la première Chambre civile, le 25 mai 2004¹⁴¹⁴, s'applique à légitimer l'article 2 de la loi du 25 juin 1982, qui opère une distinction entre les modes d'établissement de la filiation. Selon la Cour, ce texte est conforme à l'article 1 du protocole 1 et 14 de la CEDH. Deux femmes, dont la filiation avait été établie par la possession d'état, souhaitaient recueillir dans la succession de leur auteur. Or, un acte définitif de partage était intervenu de nombreuses années avant que le jugement constate la filiation. La loi du 25 juin 1982 érige la possession d'état en mode autonome d'établissement de la filiation naturelle. Selon son article 2, les dispositions, bien qu'applicables aux enfants naturels nés avant son entrée en vigueur, ne sauraient avoir pour effet de leur consentir un droit dans les successions déjà liquidées. Pour les demanderesses, ce texte crée une discrimination à l'égard des enfants dont la filiation naturelle a été établie par la possession d'état en comparaison des enfants naturels ayant fait l'objet d'une reconnaissance volontaire. Ces derniers peuvent, sur le fondement de l'article 789 du Code civil, accepter la succession « *dans le laps de temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers* ». La première Chambre civile précise que la distinction entre les enfants naturels liée au mode d'établissement de leur filiation « *...présente une justification objective et raisonnable en ce que, d'une part, elle poursuit le but légitime d'assurer la paix des familles en préservant les droits acquis, d'autre part, elle respecte un rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, dès lors que les enfants naturels dont la loi précitée a permis l'établissement de la filiation ne se voient privés de leurs droits que dans les successions déjà liquidées* ». Le contrôle de conventionnalité est argumenté. Il démontre le but légitime, sa justification et la proportionnalité de l'atteinte aux biens. Ceci étant, l'argument de la « *paix des familles* » paraît assez obsolète. Par ailleurs, la Cour de cassation fait une analyse objective de la proportionnalité. Elle considère que la loi est proportionnée car elle ne limite les droits successoraux que des enfants reconnus naturels après la liquidation. Elle aurait dû rechercher précisément si l'atteinte au droit des biens de ces enfants n'était pas disproportionnée.

556. L'examen pratiqué par la Cour de cassation n'aboutit pas invariablement à décerner un brevet de conventionnalité à la loi interne. Au contraire, dans son œuvre d'appropriation de la

¹⁴¹³ Pourvoi n°05-86690 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁴¹⁴ Pourvoi n°02-12.799 (publié au bulletin), disponible sur Légifrance ; JCP G 2005, II, 10032, note LEFEUVRE (Claudia).

CEDH, enrichie de l'interprétation des juges strasbourgeois, la Haute juridiction constate la non-conformité du droit interne.

Ainsi, la Chambre criminelle a, dans plusieurs décisions, affirmé que certains textes nationaux étaient contraires aux dispositions conventionnelles. Par arrêt du 6 mai 1997¹⁴¹⁵, elle a décidé que le dernier alinéa de l'article 546 du CPP était inconciliable avec l'article 6 de la CEDH. En effet, le droit national ne garantissait pas à toutes les parties au jugement de police un recours identique au double degré de juridiction. Il réservait au Procureur général un pouvoir d'appel illimité, alors qu'il l'assortissait de certaines conditions pour les justiciables¹⁴¹⁶. Monsieur LANDRY, poursuivi devant le tribunal de police pour violation d'une disposition du Code de la route, contravention de quatrième classe, avait été relaxé sur le fondement d'une nullité de la citation. Le Procureur général près la Cour d'appel avait alors décidé de saisir la juridiction du second degré, qui avait condamné le prévenu. Ce dernier se pourvoit en cassation, invoquant une violation du principe d'égalité des armes. La Cour annule simplement la décision d'appel, replaçant les parties dans la situation dans laquelle elles se trouvaient à l'issue du jugement du Tribunal de police. Pour la Haute juridiction, le principe a été violé, par une application d'un texte interne non conforme au traité international. La CEDH impose que chaque partie au procès pénal dispose des mêmes droits. Cette solution est réaffirmée par un arrêt du 21 mai 1997¹⁴¹⁷. Il faut noter l'influence de la solution prétorienne sur le législateur. La loi interne est réformée par le pouvoir législatif¹⁴¹⁸, qui prend acte des décisions de la Cour de cassation. Cette impulsion de la jurisprudence démontre que le contrôle de conventionnalité ne s'inscrit pas dans une logique d'opposition, mais plutôt de coopération des différents représentants de l'Etat dans le but d'améliorer la protection des droits de l'Homme. Cette conciliation permet de prévenir les condamnations supranationales tout en enrichissant le droit national. La juridiction suprême de l'ordre judiciaire informe le législateur, qui rectifie le texte en considération des impératifs dégagés par les dispositions conventionnelles.

557. En outre, l'examen de la conventionnalité de la loi interne démontre également une volonté de collaboration avec la Cour EDH. Il est utile de rappeler la réactivité de la Chambre criminelle suite à la condamnation de la France dans les affaires KRUSLING et HUVIG du 24 avril 1990¹⁴¹⁹. Par ces décisions la juridiction strasbourgeoise avait considéré que le

¹⁴¹⁵ Bull. crim. n°170, p 566 ; JCP G 1998, II, 10056, note LASSALLE (Jean-Yves) ; D 1998, jurisprudence p 223, note CERF (Anne) ; intégrer RSC 1997, p 856, note DINTILHAC.

¹⁴¹⁶ CERF (Anne), Op. Cit.

¹⁴¹⁷ Bull. crim. n°191, p 620.

¹⁴¹⁸ Loi n° 99-515, du 23 juin 1999, JORF 144, 24 juin 1999, 9247.

¹⁴¹⁹ Cour EDH, arrêt KRUSLIN contre France, 24 avril 1990, Série A, n°176-A ; SUDRE (Frédéric), *GA CourEDH*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris, p 47 ; Cour EDH, arrêt HUVIG contre France, 24 avril 1990, Série A, n°176-B. Sur la décision française ayant engendré la condamnation dans l'affaire KRUSLIN, voir Crim., 23 juillet 1985, D 1986, jurisprudence p 61, note CHAMBON (Pierre). Voir également, VIENNE (Roger), *Les écoutes téléphoniques au regard de la Cour européenne des droits de l'Homme* in *Droit pénal*,

dispositif juridique encadrant les écoutes téléphoniques ne répondait pas aux exigences requises par le paragraphe 2 de l'article 8. L'interprétation autonome des termes de la convention permet à la Cour EDH d'assimiler la jurisprudence à la notion de loi¹⁴²⁰. Les écoutes étaient encadrées par la jurisprudence française¹⁴²¹, mais cette dernière ne recouvrait pas l'exigence de prévisibilité permettant au justiciable d'en apprécier la portée. La formation répressive transpose le raisonnement européen moins d'un mois après les arrêts de condamnation rendus à l'encontre de la France. A l'occasion d'un arrêt du 15 mai 1990¹⁴²², la Chambre criminelle affine son interprétation du droit interne afin d'encadrer les nécessités portant sur les captations de conversations¹⁴²³. En réalité, la Haute juridiction complète le droit national. Cette œuvre créatrice comble la lacune législative. Le législateur répare ces imperfections du droit interne par la loi du 10 juillet 1991.

La Chambre criminelle transpose exactement le contrôle de conventionnalité pratiqué par la Cour EDH, à l'égard du texte français relatif aux droits de la presse à avertir le public des informations judiciaires en cours. L'article 2 de la loi du 2 juillet 1931 prohibait toute information relative à des constitutions de partie civile formées en application de l'article 85 du Code de procédure pénale. Condamnés sur le fondement de ce texte, un directeur de publication et un journaliste saisissent la juridiction européenne, arguant d'une violation de

droit européen, Mélanges offerts à Georges LEVASSEUR, GP, Litec, 1992, Paris, p 262 (plus spécialement p 273 et suivantes)

¹⁴²⁰ En effet, les lacunes de la loi française, alors en vigueur, étaient comblées par les interprétations jurisprudentielles de la Cour de cassation : Crim. 9 octobre 1980, Bull. crim. n°255. Cet arrêt précise que les écoutes doivent être effectuées sous le contrôle d'un juge d'instruction. En outre, les représentants de l'autorité publique ne doivent pas avoir recours à des artifices ou stratagèmes et ne peuvent compromettre l'exercice des droits de la défense. De plus, la Cour considérait que des policiers ne pouvaient pas pratiquer d'écoutes sans avoir, au préalable, reçu une commission rogatoire du juge d'instruction. Ce type d'interceptions étaient contraires à l'article 8§2 du traité, car non prévues par la loi : Crim. 13 juin 1989, Bull. crim. n°254, p 634 ; AP, 24 novembre 1989, Bull. crim. n°440, p 1073 ; PRADEL (Jean), *Ecoutes téléphoniques et Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 24 novembre 1989, affaire BARIBEAU)*, D 1990, chronique p 15.

¹⁴²¹ §29 de l'arrêt KRUSLIN.

¹⁴²² JCP G. 1990, II, 21541, note JEANDIDIER (Wilfrid).

¹⁴²³ Ainsi, la juridiction strasbourgeoise avait indiqué que les lacunes de la loi interne se révélaient dans l'absence de définition des personnes susceptibles d'être mises sous écoute judiciaire. Selon la Chambre criminelle, il s'agirait des auteurs potentiels de crimes ou infractions portant gravement atteinte à l'ordre public. Cette définition répond à la seconde inquiétude de la juridiction strasbourgeoise : à savoir la nature des infractions pouvant donner lieu à une écoute. En outre, elle précise que les écoutes doivent être effectuées dans le respect des droits de la défense. Si de nombreuses questions soulevées par la Cour de Strasbourg restent, dans cet arrêt, sans réponses, la jurisprudence ultérieure de la Chambre criminelle encadre, plus encore, ces interceptions téléphoniques : sur la durée et la transcription et les personnes intéressées « *qui ne sont pas seulement celles sur qui pèsent les indices de culpabilité* ». Dans son arrêt du 15 mai 1990, la formation répressive rappelle que ces enregistrements trouvent une base légale dans les articles 81 et 151 du Code de procédure pénale, tout en précisant « ... ; *que s'ils peuvent être effectués à l'insu des personnes intéressées, ce ne peut être que sur l'ordre d'un juge et sous son contrôle, en vue d'établir la preuve d'un crime, ou de toute autre infraction portant gravement atteinte à l'ordre public, et d'en identifier les auteurs ; qu'il faut en outre que l'écoute soit obtenue sans artifice ni stratagème, et que sa transcription puisse être contradictoirement discutée par les parties concernées, le tout dans le respect des droits de la défense* ». Voir également, Crim. 17 juillet 1990, Bull. crim. n°286, p 724 ; 26 novembre 1990, Bull. n°401, p 1008 ; sur la destruction des enregistrements, voir Crim. 6 novembre 1990, Bull. crim. n°369, p 935 ; sur l'exigence d'atteinte à l'ordre public, voir Crim. 19 mars 1991, Bull. crim. n°133, p 337.

leur droit à la liberté d'expression. La Cour EDH, par une décision DU ROY et MALAURIE contre France du 3 octobre 2000¹⁴²⁴, accède à leur demande, reprochant le caractère général et absolu de l'interdiction de publication. En outre, elle note que le but légitime poursuivi par l'Etat – la réputation d'autrui et la garantie du pouvoir judiciaire – se trouve d'autant moins justifié que l'interdiction d'information ne recouvre que les procédures pénales ouvertes sur plainte avec constitution de partie civile¹⁴²⁵. L'ingérence ainsi réalisée dans le droit à la liberté d'expression des requérants est injustifiée. Cette décision européenne s'avère totalement contradictoire avec le résultat du contrôle de conventionnalité pratiqué par la Chambre criminelle à l'égard de l'article 2 de la loi du 2 juillet 1931. Ainsi, par les arrêts du 19 mars 1996¹⁴²⁶ du 14 juin 2000¹⁴²⁷, la formation répressive avait décidé que la disposition légale remplissait les exigences posées par le paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH. Pourtant, prenant acte de la condamnation française, les juges du droit s'empressent d'opérer un revirement de jurisprudence le 16 janvier 2001¹⁴²⁸. La formation répressive aboutit à des conclusions identiques à celles dégagées par la juridiction strasbourgeoise. Elle précise que le caractère général et absolu de l'interdiction ne correspond pas aux exigences posées par la clause d'ordre public. Cet emprunt d'interprétation est confirmé par la référence, en titrages, à la jurisprudence européenne, poussant un auteur à évoquer « *la soumission immédiate* » de la Cour de cassation¹⁴²⁹. Cette décision illustre également la réaction en cascade résultant de l'arrêt européen. La réactivité de la Haute juridiction conduit le législateur à la réforme¹⁴³⁰.

558. La Cour de cassation procède également à l'éviction du droit interne sans attendre l'intervention législative ou la condamnation européenne dans plusieurs arrêts concernant le droit d'ester en justice des sociétés de capitaux étrangères. Jusqu'en 1849, la personnalité juridique de toute forme de société étrangère pouvait faire l'objet d'une reconnaissance en France, dès lors qu'elle avait été valablement constituée au regard du droit étranger la régissant¹⁴³¹. Malheureusement, une querelle franco-belge était à l'origine d'une loi du 30 mai

¹⁴²⁴ Requête n° 34000/96, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁴²⁵ §35 de l'arrêt.

¹⁴²⁶ Bull. crim. n°117, p 340, il s'agit de l'arrêt ayant entraîné la condamnation de la France.

¹⁴²⁷ Bull. crim. n°223, p 656.

¹⁴²⁸ Dans cette affaire, des journalistes s'étaient exprimés, relativement à une plainte avec constitution de partie civile déposée pour prise illégale d'intérêts, à l'encontre d'un élu. La Chambre criminelle annule purement et simplement l'arrêt condamnant les demandeurs au pourvoi sur le fondement du droit interne. Elle procède, pour ce faire, au contrôle de conventionnalité de la loi au regard de l'article 10 du traité européen. Bull. crim. n°10, p 21 ; BICC du 15 avril 2001, n°533, publié intégralement avec l'avis de M. l'Avocat général Régis DE GOUTTES ; D 2001, SC p 2346, observations DE LAMY (Bertrand) ; D 2001, SC p 1067, observations RENUCCI (Jean-François) ; RTDH 2001, p 1075, note TILLEMENT (Geneviève). Cet arrêt est confirmé par la décision de la Crim. du 27 mars 2001, Bull. crim. n°80, p 263.

¹⁴²⁹ DREYER (Emmanuel), *La Cour de cassation et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme in Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Tome I, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 677 (spécialement p 686).

¹⁴³⁰ La loi 2004-204 du 9 mars 2004.

¹⁴³¹ La règle de conflit de loi française permettant la désignation du droit étranger applicable à la personne morale est contenue dans l'article 1837 alinéa 1^{er} du Code civil : CRÔNE (Richard), *La reconnaissance des sociétés étrangère en France, une irritante question qui nécessite une intervention législative*, note sous l'arrêt de la Chambre commerciale du 8 juillet 2003, Répertoire Defrénois 2003, n°17, article 37800, p 1060, n°3.

1857. Selon ce texte, seules les sociétés de capitaux belges pouvaient exercer leur droit d'ester en justice sur le territoire français. Les autres sociétés de capitaux étrangères voyaient ce droit suspendu à autorisation octroyée par décret et visant l'Etat dont elles dépendaient¹⁴³². De tels textes n'ayant été édictés qu'à l'égard de quelques pays, la Cour de cassation a décidé, au visa de la CEDH, de pallier leur absence¹⁴³³. Cette position est inaugurée par un arrêt de la Chambre criminelle du 12 novembre 1990¹⁴³⁴. Une *anstalt* liechtensteinoise invoque une violation des articles 6§1, 1 et 5 du premier protocole additionnel de la CEDH. Reprenant ces dispositions au titre de son visa en y adjoignant l'article 14 de la CEDH, la Haute juridiction affirme que la personne morale étrangère peut, dès lors qu'il est porté atteinte à ses biens, être entendue, quelle que soit sa nationalité, par un tribunal indépendant et impartial. Cette décision est particulièrement caractéristique d'une mise en œuvre de la primauté car la Haute juridiction motive la solution en se fondant sur l'article 55 de la Constitution. Cette motivation est rapidement adoptée par la première Chambre civile, dans un arrêt du 25 juin 1991¹⁴³⁵, lors d'une action en recouvrement d'un prêt. Cette affaire est intéressante car le demandeur au pourvoi reprochait à la Cour d'appel d'avoir appliqué les dispositions conventionnelles. Selon lui, les juges s'étaient substitués au gouvernement français, seul compétent afin de reconnaître, au profit des sociétés de capitaux étrangères, la faculté d'ester en justice. Rejetant le pourvoi, la Haute juridiction affirme sa compétence et celle des juges du fond, à garantir la primauté par la mise en œuvre du contrôle de conventionnalité.

« Mais attendu que c'est sans empiéter sur l'action réglementaire ou diplomatique du Gouvernement [...] mais en se fondant sur l'autorité, supérieure à la loi du 11 juin 1857, des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de son protocole additionnel que la Cour d'appel a décidé que toute personne morale, quelle que soit sa nationalité, pouvait agir en justice en France pour la protection de ses biens et intérêts ;... »

La Chambre commerciale s'approprie également la solution par arrêt du 15 novembre 1994¹⁴³⁶ et du 8 juillet 2003¹⁴³⁷, intégrant à son visa l'article 55 de la Constitution française.

¹⁴³² Sur les pondérations jurisprudentielles apportées à cette loi, notamment sur l'existence d'un traité international ou d'une convention diplomatique voir particulièrement : KHAIRALLAH (Georges), note sous les arrêts de la Chambre commerciale du 5 décembre 1989, de la Chambre criminelle du 12 novembre 1990, de la Première Chambre civile du 25 juin 1991, RCDIP 1991, p 667 ; CRÔNE (Richard), Op. Cit.

¹⁴³³ Cour de cassation, Rapport 2003, *L'égalité*, Première suggestion de modification législative ou réglementaire, *Abrogation de la loi du 30 mai 1857*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation ou à la Documentation française, 2004, Paris.

¹⁴³⁴ En l'espèce, une *anstalt* liechtensteinoise, s'était constituée partie civile à une action pénale pour abus de confiance. La Chambre d'accusation déclare cette action irrecevable, aucun décret, traité ou convention ne permettant de reconnaître sa capacité d'ester en justice. Bull. crim. n°377, p 956 ; D 1992, jurisprudence p 29, note BOULOC (Bernard).

¹⁴³⁵ Bull. civ. I, n°207, p 136 ; D 1992, SC p 163, observation AUDIT (Bernard).

¹⁴³⁶ Bull. civ. IV, n°335, p 275.

¹⁴³⁷ Bull. civ. IV, n°121, p 139 ; Répertoire Defrénois 2003, article 37800, p 1058, note CRÔNE (Richard) ; Bulletin Joly sociétés, novembre 2003, § 243, p 1179, note MENJUCQ (Michel) ; Droit des sociétés 2004, commentaire n°1, p 12, note TREBULLE (Guy) ; D 2004, jurisprudence p 692, note KHAIRALLAH (Georges) ; JCP G. 2004, I n°11, p 283, observation NADAUD (Marion).

Publiée au rapport annuel¹⁴³⁸, cette dernière décision est l'occasion de sensibiliser à nouveau le législateur sur l'opportunité d'abroger définitivement ce texte interne non conventionnel. Une suggestion de modification législative est, en ce sens, proposée par la juridiction suprême de l'ordre judiciaire¹⁴³⁹.

559. Le contrôle de conventionnalité a engendré une modification des compétences de la Haute juridiction. Les traités protecteurs des droits de l'Homme sont devenus autant d'instruments de régulation du pouvoir législatif. Toutefois, afin de préserver efficacement la conventionnalité, la Haute juridiction doit également veiller à ce que les juridictions du fond examinent correctement la conformité du droit national.

B- Le contrôle du contrôle de conventionnalité effectué par les juges du fond

560. Les juges du fond, premiers saisis du litige, peuvent être amenés à trancher des contentieux lors desquels une violation des droits garantis par les dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme peut être soulevée. La Haute juridiction doit s'assurer que les juridictions de première et seconde instance procèdent au contrôle de conventionnalité et que cet examen traduit une mise en application adéquate des dispositions conventionnelles.

561. Ainsi, la Cour de cassation est obligée de rappeler à certains juges du fond la teneur de leurs obligations. La première Chambre civile le 3 avril 2001¹⁴⁴⁰, précise qu'il appartient aux juridictions, sur le fondement de l'article 55 de la Constitution, de contrôler la conventionnalité du droit interne dès lors que la question est soulevée. Elle casse, au visa du texte constitutionnel, l'arrêt d'appel ayant refusé d'examiner la compatibilité de l'article 1187 du NCPC avec l'article 6§1 de la CEDH, pour surseoir à statuer jusqu'à examen de la légalité dudit texte par le juge administratif. En effet, il appartient aux juges du second degré «... *de dire si les dispositions du texte précité sont compatibles avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme invoqué par M.X..., la cour d'appel, qui a confondu exception de légalité et exception de conventionnalité, a méconnu l'étendue de ses pouvoirs* ».

La Cour de cassation est parfois contrainte de placer les juges du fond face à leurs responsabilités. Premiers saisis du contrôle de conventionnalité, ils doivent s'y soumettre et ne peuvent se retrancher derrière l'autorité de la juridiction suprême de l'ordre judiciaire. Cette responsabilité est réaffirmée à l'occasion d'une saisine pour avis, tranchée le 16

¹⁴³⁸ Rapport de la Cour de cassation 2003, *L'égalité*, partie jurisprudence, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, Publié à la Documentation française, 2004, Paris.

¹⁴³⁹ Rapport de la Cour de cassation 2003, *L'égalité*, partie suggestion de modification législative ou réglementaire, *Abrogation de la loi du 30 mai 1857*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, Publié à la Documentation française, 2004, Paris. La Haute juridiction conclue en affirmant : « *Il serait donc souhaitable, pour assurer la compatibilité d'une loi interne aux normes internationales, que la loi du 30 mai 1857 soit abrogée* ».

¹⁴⁴⁰ Bull. civ. I, n°97, p 62.

décembre 2002¹⁴⁴¹. Le Tribunal des affaires de sécurité sociale de la Réunion, tentait, par l'intermédiaire de cette procédure, d'amener la Cour à se prononcer sur la conventionnalité de l'article 755-10 du Code de la sécurité sociale. Selon la juridiction du fond, ce texte pouvait engendrer une ingérence injustifiée dans le droit à la vie privée des individus. De plus, dérogeant au droit commun dans l'octroi d'une prestation sociale, il risquait de générer une discrimination. La Cour de cassation ne répond pas à cette question, qui ne relève pas, selon elle, de la procédure d'avis. Elle considère qu'il revient au juge du fond de statuer, par lui-même, sur cette compatibilité.

562. La Haute juridiction doit également vérifier si les juges du fond ont correctement procédé à l'examen de la conventionnalité. Elle s'acquitte de ce rôle avec une grande fermeté, obligeant parfois les juridictions du fond à une rigueur qu'elle ne s'impose que de manière aléatoire. En particulier, elle censure les juridictions qui n'ont pas correctement mis en œuvre les mécanismes conventionnels découlant des clauses d'ordre public. Une Cour d'appel avait relevé d'office l'article 10§2 du traité européen, dans une affaire opposant un auteur, le directeur d'un établissement scolaire et l'association des parents d'élèves. Les juges du fond avaient, sur le fondement de l'article 809 alinéa 1 du NCPC, ordonné la saisie provisoire d'un livre sur l'ensemble du territoire, en se fondant sur les limitations du droit à la liberté d'expression. Simplement, la motivation de l'arrêt de Cour d'appel ne satisfait pas aux exigences conventionnelles, engendrant ainsi une cassation à l'initiative de la première Chambre civile, par arrêt du 31 janvier 1989¹⁴⁴². Visant l'article 10 de la CEDH, la Haute juridiction reproche aux juges du fond de ne pas avoir examiné si les conditions de mise en œuvre de la clause d'ordre public sont réunies. En particulier, elle s'interroge sur la proportionnalité de la mesure – à savoir la saisie provisoire de l'ouvrage sur l'ensemble du territoire – au but poursuivi, en l'occurrence la protection de la réputation d'autrui. Cette adéquation aurait dû être motivée par les juges du fond afin de justifier l'atteinte au droit à la liberté d'expression de l'auteur.

La Chambre criminelle opère un contrôle de la motivation identique dans un arrêt du 13 mars 2001¹⁴⁴³. En l'espèce, un ressortissant algérien avait déposé une requête en relèvement d'une peine complémentaire d'interdiction définitive du territoire français. Invoquant son mariage avec une ressortissante française et les conséquences qu'engendrerait la mesure au regard de son droit au respect de sa vie familiale, le demandeur avait, néanmoins, vu sa demande rejetée en raison de la gravité des faits ayant légitimé la peine complémentaire. La Cour casse la décision d'appel pour absence de motifs, car les juges du fond n'ont pas procédé au contrôle

¹⁴⁴¹ Bull. avis, n°6, p 9.

¹⁴⁴² Bull. civ. I, n°47, p 30.

¹⁴⁴³ Bull. crim. n°63, p 216 ; BICC n°569, 1^{er} juin 2001, p 17. Une démarche identique est empruntée par la formation répressive de la Haute juridiction à l'occasion d'un arrêt plus récent : Crim. 25 mai 2005, pourvoi n°04-85180 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

de la proportionnalité de la mesure d'éloignement du territoire. La Chambre criminelle s'inscrit dans la même démarche à l'occasion de l'arrêt rendu le 25 mai 2005¹⁴⁴⁴.

De même, la formation répressive de la Cour de cassation rend un arrêt, le 11 février 2003¹⁴⁴⁵, sanctionnant le contrôle opéré par les juges du fond. Dans cette affaire, un directeur de publication et une journaliste étaient poursuivis pour diffamation publique envers un particulier. En défense, ils avaient produit certaines pièces d'un dossier d'instruction en cours, diligenté à l'encontre de la partie civile. Cette dernière, arguant du secret de l'instruction, avait demandé à ce que les pièces soient écartées des débats. Débouté de cette demande, la partie civile obtenait gain de cause en appel. En effet, selon les juges du second degré, si l'article 10 de la CEDH garantit le droit à la libre expression, il prévoit également des restrictions à ce droit lorsque son exercice engendre une atteinte à la présomption d'innocence et à l'« *équité dans la production des pièces à l'appui des argumentations* ». Selon la Cour, le secret de l'instruction ayant été bafoué, l'interdiction de produire les pièces obtenues en violation d'un texte pénal¹⁴⁴⁶ est justifiée et ce d'autant plus que la partie civile est privée de la faculté d'user, à titre de preuve, de pièces issues du dossier d'information ouvert contre elle. La Cour casse au visa des articles 6 et 10 de la CEDH et de diverses dispositions issues de la loi du 29 juillet 1881¹⁴⁴⁷. Selon elle, les droits garantis par les deux dispositions conventionnelles impliquent l'admission de la production des pièces en défense, quand bien même elles seraient issues du dossier d'une instruction en cours et couvertes par la présomption d'innocence, car « ... *la partie civile était elle-même en droit de produire, en réplique, des pièces du dossier de la procédure suivie contre elle* ».

Ces différentes affaires démontrent la diligence dont la Haute juridiction sait faire preuve lorsqu'elle examine la correcte application, par les juges du fond, des dispositions conventionnelles issues de la CEDH. Dans leur mise en œuvre du traité, les juges du fond doivent s'approprier les mécanismes conventionnels et justifier les ingérences dans les droits garantis. Ainsi, la première Chambre civile, à l'occasion d'un arrêt rendu le 14 juin 2005¹⁴⁴⁸,

¹⁴⁴⁴ Pourvoi n°04-85180 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance. En l'espèce un ressortissant marocain avait déposé une requête en relèvement de la peine complémentaire d'interdiction définitive du territoire prononcée à son encontre, du chef d'infraction à la législation sur les stupéfiants. Il s'appuyait sur une résidence en France de quatorze années, sur un mariage et sur sa paternité de six enfants dont quatre français. La juridiction du fond avait rejeté cette requête. Selon la Cour de cassation, la Cour d'appel a omis de vérifier si le maintien de la mesure respectait un juste équilibre entre le respect dû à la vie familiale sur le fondement de l'article 8 de la CEDH et les impératifs de sûreté publique, de prévention des infractions pénales et de protection de la santé publique. Par conséquent, elle casse la décision et renvoie afin que la demande soit rejugée.

¹⁴⁴⁵ Bull. crim. n°29, p 112.

¹⁴⁴⁶ Ici l'article 11 du CPP.

¹⁴⁴⁷ Sur le fondement de ces mêmes textes, les juges de la deuxième Chambre civile avaient affirmé que le délai permettant d'apporter la preuve des faits justifiant la poursuite pour diffamation était d'ordre public. Une Cour d'appel ne le respectant pas viole les articles 6§1 et 10 de la CEDH : Civ. 2^{ème}, 5 février 1992, GP 1992, 1^{er} semestre, journal n°87 et 88 du 27-28 mars 1992, p 216, avec les conclusions de l'Avocat général DUBOIS de PRISQUE.

¹⁴⁴⁸ Pourvoi n°03-17730 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

reproche à une juridiction de second degré de ne pas motiver correctement sa décision. Elle ne précise pas pourquoi le contenu d'un livre portait atteinte aux droits justifiant une ingérence dans la liberté d'expression. C'est la recherche du but légitime justifiant l'ingérence qu'impose la juridiction du droit.

563. Les arrêts rapportés ne doivent pas fournir une vision distordue des décisions rendues par les juges du fond. Bien souvent, le contrôle de conventionnalité opéré est conforme aux exigences conventionnelles et la Haute juridiction procède alors au rejet du pourvoi. La motivation des juges du fond est adéquate qu'il s'agisse de constater la conventionnalité du droit national ou de la contester.

Ainsi, la juridiction du fond procède à un contrôle de conventionnalité approprié des textes fondant l'impôt de solidarité sur la fortune au regard de l'article 1 du protocole 1 de la CEDH. La Chambre commerciale dans un arrêt du 25 janvier 2005¹⁴⁴⁹ retranscrit donc la motivation de la Cour d'appel afin de rejeter le pourvoi. Cette dernière a parfaitement indiqué que la loi interne relevait de la réglementation de l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement de l'impôt. La base légale de cette contribution existe. Son but poursuit la préservation de l'intérêt général et sa proportionnalité ne peut être contestée puisque la loi prévoit un système de plafonnement garantissant un juste équilibre « *entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits de l'homme* ». Le justiciable ne peut alors arguer du caractère « *confiscatoire de l'impôt* » qui comporte « *plusieurs tranches* » tenant compte « *des facultés contributive de chacun des redevables à raison de l'importance et de la nature du patrimoine qui* » en constitue l'assiette.

Ce contrôle du contrôle de conventionnalité conduit également la Haute juridiction à approuver les décisions du fond qui contestent la validité du droit interne. Ainsi, dans un arrêt rendu le 7 avril 2006¹⁴⁵⁰, l'Assemblée plénière souscrit à la solution retenue par la juridiction du second degré, qui a considéré que les dispositions relatives à l'aide aux rapatriés réinstallés dans une profession non salariée doivent être écartées comme contraires à l'article 6§1. En effet, ces textes prévoient certaines dispositions relatives au désendettement. Elles organisent la suspension automatique des poursuites pour une durée indéterminée. Or, cette procédure se déroule sans l'intervention d'un juge. Selon les juges du fond, appuyés par la formation la plus solennelle de la Haute juridiction, ces dispositions légales portent atteinte à la substance même du droit de recours des créanciers. Ainsi que le rappelle l'Assemblée plénière « *...si l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales permet à l'Etat de limiter le droit d'accès à un tribunal dans un but légitime,*

¹⁴⁴⁹ Bull. civ. V, n°16, p 15.

¹⁴⁵⁰ Pourvoi n°05-11.519 (publié au bulletin), disponible sur le site internet de la Cour de cassation, avec le Rapport du Conseiller PASCAL et l'Avis divergent du Premier Avocat général DE GOUTTES ; BERENGER (Frédéric), *La fin de l'immunité pour les rapatriés, en marge de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2006*, RTDH 2006, p 885.

c'est à la condition que la substance même de ce droit n'en soit pas atteinte et que, si tel est le cas, les moyens soient proportionnés à ce but ».

564. Il est vrai que les juridictions du fond procèdent parfois à un contrôle ambitieux de la conventionnalité du droit interne, conduisant la Cour de cassation à prendre en compte les précieuses motivations développées. Cette impulsion se concrétise également dans le contentieux relatif aux lois de validation ou de portée rétroactive. Une série d'arrêts rendus par la Haute juridiction attestent d'une distorsion du contrôle de conventionnalité classique, qui ne s'attache plus à démontrer la conformité du fond de la loi avec une disposition conventionnelle, mais plutôt à maîtriser l'intervention législative dans les litiges en cours.

§2- Le contrôle de l'intervention législative

565. Le contrôle de conventionnalité classique impose à la Cour de cassation d'examiner si la teneur de la loi est conforme aux dispositions conventionnelles. Toutefois, une évolution de cet examen est ressentie à la lecture des décisions faisant intervenir des lois de validation ou des lois simplement rétroactives. Selon Jean MASSO : *« constitue une validation législative ou loi de validation, toute intervention du législateur qui, par un texte modifiant rétroactivement l'état du droit, permet de réputer réguliers des actes juridiques, le plus souvent administratifs mais émanant parfois de personnes privées, tels des contrats, dont la légalité risque d'être remise en cause devant une juridiction de l'ordre administratif ou judiciaire »*¹⁴⁵¹. Ainsi, le législateur peut intervenir indirectement au litige par l'intermédiaire de ces législations à caractère rétroactif¹⁴⁵². Il peut, ainsi, affaiblir la portée d'une jurisprudence établie par la Cour de cassation. Grâce à l'œuvre prétorienne élaborée par la Cour EDH, la Haute juridiction autorise un glissement du contrôle de conventionnalité, qui vise désormais à vérifier que cette intervention ne porte pas atteinte à certains droits consacrés par la CEDH. Incontestablement, cette évolution du raisonnement de la Cour de cassation renforce l'autorité de sa jurisprudence. Après avoir identifié ce contrôle de conventionnalité dans ses décisions (A), il convient d'en déterminer la portée (B).

A- L'identification du contrôle de conventionnalité des lois rétroactives

566. Afin de définir pertinemment la dimension de ce contrôle de conventionnalité original, il importe de revenir sur les condamnations françaises.

¹⁴⁵¹ MASSOT (Jean), *Validations législatives in Répertoire du contentieux administratif*, D, Février 2001, p 1-10.

¹⁴⁵² En effet, le principe de non-rétroactivité des lois en matière civile n'est pas un principe constitutionnel s'imposant au législateur.

567. La première intervient dans l'affaire ZIELINSKI, PRADAL et GONZALES du 28 octobre 1999¹⁴⁵³. En l'espèce, le litige se nouait autour d'une loi du 18 janvier 1994¹⁴⁵⁴ qui validait le calcul d'une « *indemnité dite de difficulté particulière* » moins favorable à celui prévu par un accord collectif¹⁴⁵⁵. Cette législation, bien qu'immédiatement applicable, sous réserve des décisions de justice devenues définitives, est déclarée conforme à la Constitution. La loi entrée en vigueur, il revient aux juges de l'appliquer, sous réserve de l'argumentation développée par certains demandeurs sur le fondement des articles 6§1 et 13 de la CEDH. Selon eux, le principe de l'égalité des armes est rompu par l'intervention du pouvoir législatif, qui, tutelle des organismes sociaux, s'avère à la fois juge et partie. Cette argumentation, probablement inspirée par la jurisprudence de la Cour EDH¹⁴⁵⁶, ne trouve pas d'écho auprès de la Chambre sociale qui, par arrêts du 15 février 1995¹⁴⁵⁷, considère que la loi de 1994 est conforme aux dispositions conventionnelles¹⁴⁵⁸. Certains requérants se tournent vers Strasbourg et obtiennent une condamnation de la France dans l'affaire ZIELINSKI, PRADAL et GONZALES. La juridiction européenne constate une violation de l'article 6§1 du traité, pris dans sa dimension droit à l'égalité des armes, car lors de l'intervention législative, l'Etat se trouvait partie aux instances judiciaires pendantes¹⁴⁵⁹. Sans prohiber totalement

¹⁴⁵³ ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), *GA CourEDH*, 3^{ème} édition, Thémis, PUF, 2005, Paris, p 269 ; RFDA 2000, p 1254 étude BOLLE (Stéphane) ; PA 8 juin 2000, p 21, note BOUJEKA (Augustin) ; RDP 2000, p 716, note GONZALES (Gérard) ; RTDCiv. 2000, p 436, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre) ; Procédures avril 2000, n°94 p 12, note NF ; JCP G, 2000, I, p 203, n°11, observations SUDRE (Frédéric).

¹⁴⁵⁴ Loi n°94-43.

¹⁴⁵⁵ Les organismes de sécurité sociale du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle avaient conclu, avec des organisations syndicales, un accord leur offrant cette IDP. Or, la convention collective, support de cet accord, avait été modifiée au détriment des bénéficiaires de l'indemnité. De nombreux justiciables demandent à bénéficier de l'accord initial. Ils obtiennent gain de cause. Cependant, par un premier arrêt du 22 avril 1992 (Bull civ. V, n°295, p 181), la Cour de cassation censure les interprétations des juges du second degré. Alors que des requêtes similaires sont examinées par diverses juridictions du fond, le législateur intervient afin de valider un calcul de l'IDP inférieur à celui auquel pouvaient prétendre les demandeurs sur le fondement de l'accord (Article 85 de la loi du 18 janvier 1994).

¹⁴⁵⁶ En effet, la Cour européenne des droits de l'homme s'était déjà prononcée sur les conditions entourant la conformité des lois de validation législative, ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), *GA CourEDH*, 3^{ème} édition, Thémis, PUF, 2005, Paris, p 269 et suivantes ; PRETOT (Xavier), *Les validations législatives et le droit au procès équitable*, RDP 2001, p 23 ; SIMONART (H), *Droit à un procès équitable et intervention législative en cours de procédure* in *Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et international*, Mélanges offerts à Silvio Marcus HELMONS, Bruylant, 2003, Bruxelles, p 297.

¹⁴⁵⁷ AJDA 1995, jurisprudence p 579, note PRETOT (Xavier).

¹⁴⁵⁸ PRETOT (Xavier), *Op. Cit.* p 582 ; Bull. civ. V, n°58, p 41 (2 arrêts) ; pourvoi n°93-42888 (inédit titré) ; voir également toute une série d'arrêts convergents : Soc. 2 mars 1995, pourvoi n°94-43588 (inédit) ; pourvoi n°93-42889 (inédit titré) ; 15 mai 1995, pourvoi n°93-43442 (inédit titré) ; 6 juillet 1995 pourvoi n°93-43138 (inédit) ; pourvoi n°93-42879 (inédit titré) ; 12 octobre 1995 pourvoi n°93-45315 (inédit) ; 93-44401 (inédit titré) ; 5 décembre 1995, pourvoi n°93-42899 (inédit) ; 12 décembre 1995, pourvoi n°93-43073 ; 16 janvier 1996, pourvoi n°93-42874 (inédit) ; 31 janvier 1996, pourvoi n°9240740 (inédit) ; 13 février 1996, pourvoi n°92-40715 (inédit). Au-delà de ce contentieux, il convient de relever un arrêt de l'Assemblée plénière du 14 juin 1996, JCP G II, n°22692, p 356, Conclusions de MONNET (Yves). En l'espèce, un individu réclamait, sur le fondement de l'article 6§1 le remboursement d'une taxe « *différentielle sur les véhicules à moteur* » sur le fondement d'une loi rectificative du 22 juin 1993, prise en cours d'instance. En effet, ce texte confère une valeur législative à une circulaire. La Cour de cassation rejette la prétention, considérant l'objet comme la simple validation d'une réglementation antérieure conforme au droit communautaire.

¹⁴⁵⁹ §60 de l'arrêt.

l'intervention du législateur¹⁴⁶⁰, elle définit un contrôle soumettant la loi promulguée à trois exigences. Le pouvoir législatif, n'intervenant que dans l'hypothèse d'un impérieux motif d'intérêt général ne peut s'ingérer dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur « *le dénouement judiciaire du litige* ». En outre, les juridictions internes doivent se prononcer sur la proportionnalité de « *l'atteinte au droit à un tribunal* »¹⁴⁶¹.

568. La Cour de cassation ne prend pas immédiatement la mesure de la jurisprudence européenne et entraîne la France vers de nouvelles condamnations dans l'affaire dite « du tableau d'amortissement »¹⁴⁶². La Haute juridiction se montre réticente à déclarer non conventionnelle une loi de validation législative¹⁴⁶³, consolidant, uniquement pour l'avenir, les obligations imposées, par sa jurisprudence, aux établissements prêteurs¹⁴⁶⁴. Cette législation est validée par décision du Conseil constitutionnel du 9 avril 1996¹⁴⁶⁵. Certains justiciables, se heurtant notamment à des procédures de saisies immobilières, décident alors de s'appuyer sur la CEDH afin de contester la conventionnalité de cette disposition rétroactive. Sur le fondement des articles 6§1 et 13 ainsi que 1 du premier Protocole 1 de la CEDH, ils obtiennent gain de cause devant certaines juridictions du fond¹⁴⁶⁶. Mais la première Chambre civile considère, par arrêts du 20 juin 2000¹⁴⁶⁷, que ce texte est conforme au traité

¹⁴⁶⁰ Comme elle semblait l'avoir fait dans son arrêt RAFFINERIE GRECQUES STAN et STRATIS contre Grèce, du 9 avril 1994, série A, n°301-B.

¹⁴⁶¹ BOUJEKA (Augustin), Op. Cit. p 27.

¹⁴⁶² Une législation du 13 juillet 1979 prévoyait en son article 5 (intégré au Code de la consommation article L.312-8) que l'offre de prêt devait en préciser certaines modalités, notamment celles relatives à l'échéancier des amortissements. Par réponse ministérielle (Réponse n°5607, JO AN, 5 avril 1982, p 1361), le Ministre des finances indique que le prêteur doit préciser le montant global des échéances annuelles, le montant de la dette en capital à la fin de chaque période annuelle et le montant total des frais accessoires qui seront payés après total amortissement. A l'occasion des arrêts des 16 mars et 20 juillet 1994 (Bull. civ. I, n°100, p 76 et Bull. civ. I, n°262, p 191), la Première chambre civile renforce ces obligations en précisant que «... *le non respect de ces dispositions d'ordre public est sanctionné non seulement par la déchéance du droit aux intérêts pour le prêteur, mais encore la nullité du contrat de prêt...* ». Cette jurisprudence, bien que modérée par des décisions ultérieures est extrêmement désavantageuse à l'égard des établissements financiers (en effet, un arrêt rendu le 9 mars 1999, Bull. civ. I, n°86, p 58, la première Chambre civile décide que la seule sanction du défaut de communication du tableau d'amortissement est la perte, en totalité ou en partie, du droit aux intérêts. Elle exclut donc, en pareille hypothèse, le prononcé de la nullité du prêt immobilier).

¹⁴⁶³ Loi du 12 avril 1996, n°96-314, intégré dans le Code de la consommation sous l'article 312-7.

¹⁴⁶⁴ SAINTES-ROSE (Jerry), *Le contrôle de conventionnalité des validations législatives par le juge judiciaire, Conclusions sur Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 20 juin 2000, Banque Crédit Lyonnais (1^{ère} espèce), M. et Mme Lecarpentier (2^{ème} espèce)*, RFDA 2000, p 1189.

¹⁴⁶⁵ Décision n°96-375.

¹⁴⁶⁶ Pour une analyse des décisions des différentes juridictions du fond : MARGUENAUD (Jean-Pierre), RTDCiv 1999, p 492 et MOLFESSIS (Nicolas), RTDCiv. 1999, p 236 ; sur le jugement du TGI de Saintes du 21 février 1997, ayant considéré la loi contraire à l'article 6§1 de la CEDH, voir l'analyse critique des Professeurs MARGUENAUD (Jean-Pierre), RTDCiv. 1998, p 521 et NIBOYET (Marie-Laure), D 1999, SC p 23. Dans cette affaire, les juges du fond considèrent que sous l'influence du lobby bancaire, le législateur a édicté une loi de validation modifiant les règles applicables lors de procès en cours. Cette attitude méconnaît le principe de séparation des pouvoirs et l'indépendance de l'autorité judiciaire.

¹⁴⁶⁷ Civ. 1^{re}, 20 juin 2000, pourvoi n°98-19319, arrêt Crédit Lyonnais et n°97-22394, arrêt Epoux LECARPENTIER, Bull. civ. n°191, p 123. Ainsi que le pourvoi n°98-20015, arrêt Epoux CABOURDIN, inédit titré.

européen. Les deux décisions publiées au bulletin font l'objet de nombreux commentaires¹⁴⁶⁸, dont il ressort que la Haute juridiction emprunte les mécanismes élaborés par la Cour EDH afin de décerner un brevet de conventionnalité à la loi de validation législative¹⁴⁶⁹. Pour ce faire, elle rejette les arguments développés par les demandeurs sur le fondement de l'article 6§1 du traité européen. En effet, la juridiction strasbourgeoise, lors de son contrôle, semble opérer une distinction selon que l'Etat est ou non partie au procès¹⁴⁷⁰. En l'espèce, malgré les arguments développés par certaines juges de second degré, démontrant une participation indirecte influencée par la pression du lobby bancaire¹⁴⁷¹, la Haute juridiction affirme, suivant ainsi l'avis exposé par son Avocat général¹⁴⁷², « ...que l'intervention du législateur, dans l'exercice de sa fonction normative, n'a eu pour objet que de limiter, pour l'avenir, la portée d'une interprétation jurisprudentielle et non de trancher un litige dans lequel l'Etat aurait été partie »¹⁴⁷³. Cette affaire "Epoux LECARPENTIER" permet également à la Cour de cassation de se prononcer sur la validité de la loi de 1996 au regard du droit au respect des biens. S'appuyant encore sur les conclusions de l'Avocat général, la Haute juridiction va se placer sur le terrain de l'applicabilité du texte. Si la disposition conventionnelle semble pouvoir s'appliquer à toute loi de validation législative, quelle que soit la qualité des parties¹⁴⁷⁴, encore faut-il que la déchéance du droit aux intérêts soit qualifiable de bien au sens de la Convention. Le Haut magistrat précise que la sanction de la déchéance n'est pas automatique mais suspendue au pouvoir discrétionnaire du juge. Aucun "droit acquis" à restitution ne pouvant être dégagé, il n'y a pas lieu de reconnaître la qualité de bien à cette créance incertaine¹⁴⁷⁵. L'affaire du tableau d'amortissement, tout en stigmatisant une reproduction partielle du raisonnement européen, divulgue, malgré tout, une appréciation timorée de la conventionnalité des lois de validation législative par la Cour de cassation. Cet arrêt est conforté par une décision du 13 novembre 2002¹⁴⁷⁶, dans laquelle les juges indiquent que la législation nouvelle a pour « objet de garantir aux parties les principes d'égalité, de

¹⁴⁶⁸ GOURIO (Alain), JCP G, II, n°10454, p 77 ; MATHIEU (Bertrand), *Une jurisprudence qui pêche par excès de timidité, observations sous les décisions de la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation du 20 juin 2000* ; RFDA 2000, p 1201 ; MOLFESSIS (Nicolas), RTDCiv. 2000, observations p 670 ; NIBOYET (Marie-Laure), *La conformité à la Convention EDH de la loi de validation du 12 avril 19996 : « l'affaire du tableau d'amortissement » épilogue judiciaire ?* D 2000, jurisprudence p 699 ; PIEDELIEVRE (Stéphane), JCP E, jurisprudence p 1663 ; THIOYE (Moussa), PA 5 mars 2001, n°45, jurisprudence p 12.

¹⁴⁶⁹ MOLFESSIS (Nicolas), RTDCiv. 2000, observations p 670.

¹⁴⁷⁰ MARGUENAUD (Jean-Pierre), RTDCiv 2000, p 436.

¹⁴⁷¹ MARGUENAUD (Jean-Pierre), RTDCiv. 1998, p 521.

¹⁴⁷² SAINTES-ROSE (Jerry), *Le contrôle de conventionnalité des validations législatives par le juge judiciaire, Conclusions sur Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 20 juin 2000, Banque Crédit Lyonnais (1^{ère} espèce), M. et Mme Lecarpentier (2^{ème} espèce)*, RFDA 2000, p 1189 (spécialement p 1196).

¹⁴⁷³ Civ. 1^{re}, 20 juin 2000, pourvoi n°98-19319, arrêt Crédit Lyonnais et n°97-22394, arrêt Epoux LECARPENTIER, Bull. civ. n°191, p 123.

¹⁴⁷⁴ MARGUENAUD (Jean-Pierre), RTDCiv 2000, p 436.

¹⁴⁷⁵ SAINTES-ROSE (Jerry), *Le contrôle de conventionnalité des validations législatives par le juge judiciaire, Conclusions sur Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 20 juin 2000, Banque Crédit Lyonnais (1^{ère} espèce), M. et Mme Lecarpentier (2^{ème} espèce)*, RFDA 2000, p 1189 (spécialement p 1198).

¹⁴⁷⁶ Bull. Civ. I, n°268, p 209 ; RAYMOND (Guy), *Contrats – concurrence – consommation*, n°5 mai 2003, commentaire n°78, p 27. Voir également l'arrêt inédit Civ. 1^{re}, 9 juillet 2003, pourvoi n°99-15213, disponible sur le site internet Légifrance.

contradiction et de loyauté des débats... ». Cette intervention du législateur n'est, dès lors, plus considérée comme uniquement justifiée par des considérations financières. La motivation de la Cour dévoile, en outre, une certaine soumission à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, en ce qu'elle justifie par un « *souci d'intérêt général* » la conventionnalité de la loi du 12 avril 1996. L'emprunt du raisonnement européen est incomplet, puisque la juridiction supranationale observe que la disposition rétroactive ne peut être motivée que par « *d'impérieux motifs d'intérêt général* ». Cette distinction est éteinte par un arrêt de la première Chambre civile, rendu le 29 avril 2003¹⁴⁷⁷. A l'occasion d'un litige identique, la Haute juridiction va employer un raisonnement totalement différent de celui retenu quelques années auparavant. En l'espèce, les juges du fond avaient, une nouvelle fois, refusé d'appliquer l'article 87-1 de la loi de 1996, s'appuyant sur son inconventionnalité au regard de l'article 6§1. La Cour de cassation, tout en censurant la décision, va s'émanciper de l'interprétation strasbourgeoise. Ne raisonnant plus sur la qualité de partie de l'Etat, comme semble l'y inviter la Cour EDH, elle considère que l'intervention législative est motivée par « *d'impérieux motifs d'ordre général* »¹⁴⁷⁸. L'emploi de ces termes démontre, néanmoins, que les juges du droit ont pratiqué un contrôle de proportionnalité similaire à celui dégagé par la juridiction strasbourgeoise. L'interprétation est amplement confortée par plusieurs arrêts rendus par la première Chambre civile les 24 juin 2003¹⁴⁷⁹, 9 juillet 2003¹⁴⁸⁰, 26 octobre 2004¹⁴⁸¹ et 4 janvier 2005¹⁴⁸².

L'affaire du « tableau d'amortissement » trouve un épilogue strasbourgeois, dans l'arrêt LECARPENTIER, rendu par la Cour EDH le 14 février 2006¹⁴⁸³. Les juges européens condamnent la France pour violation de l'article 1 du protocole 1. Après avoir considéré que les emprunteurs avaient vu leurs chances disparaître lors de l'entrée en vigueur de la loi de validation, elle considère que l'intérêt patrimonial d'obtenir le remboursement de la somme constitue une « *espérance légitime* ». Par conséquent le droit au respect des biens est applicable au litige. Or, l'ingérence du législateur dans l'exercice de ce droit n'est pas justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général comme l'exige le principe de prééminence du droit. En effet, un motif financier ne suffit pas à justifier une telle intervention. La Cour EDH n'envisage pas l'affaire sous l'angle de l'article 6§1, car « *ce grief se confond avec le précédent* ». Cette omission est réparée par trois nouveaux arrêts de condamnation,

¹⁴⁷⁷ Bull. civ. I, n°100, p 77 ; AVENA-ROBARDET (Valérie), D 2003, Jurisprudence p 1435 ; RDC avril 2004, p 453, note DEBET (Anne).

¹⁴⁷⁸ SAVAUX (Eric), Rép. Defrénois 2003, jurisprudence art. 37810, n°93, p 1183.

¹⁴⁷⁹ Pourvoi n°01-10007 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁴⁸⁰ Civ. 1^{re}, 9 juillet 2003, 2 arrêts inédits titrés, pourvois n° 99-15213 et n° 99-12031 ; GP 24 et 25 octobre 2003, jurisprudence p 3151, avec les conclusions de Monsieur l'Avocat général SAINTE-ROSE.

¹⁴⁸¹ Pourvoi n°02-19043 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁴⁸² Pourvoi n°03-13374 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁴⁸³ Requête n°67847-01, disponible sur le site internet de la Cour EDH ; RDC juillet 2006, p 879, observations DEBET (Anne) ; PA 3 mai 2006, p 12, observations GARAUD (Eric) ; RTDCiv. 2006, p 261, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre) ; D 2006, Actualité jurisprudentielle p 717, observations RONDEY (C.) ; JCP G 2006, I 164, p 1588, observations SUDRE (Frédéric).

CABOURDIN du 11 avril 2006¹⁴⁸⁴, VEZON du 18 avril 2006¹⁴⁸⁵, SAINT ADAN et MILLOT du 2 mai 2006¹⁴⁸⁶, à l'occasion desquels la Cour EDH précise que l'article 6 est applicable aux litiges alors même que l'Etat y serait étranger. Il semblerait que de nouvelles condamnations puissent intervenir car, dans un arrêt inédit du 30 mai 2006¹⁴⁸⁷, La Cour de cassation refuse de se soumettre à l'interprétation strasbourgeoise. Procédant à un contrôle de conventionnalité conforme aux exigences européennes, elle aboutit néanmoins à une solution divergente, considérant que la loi rétroactive obéit à l'impérieux motif d'intérêt général consistant «... à aménager les effets d'une jurisprudence de nature à compromettre la pérennité des activités bancaires dans le domaine immobilier ».

569. La jurisprudence européenne offre à la Cour de cassation la possibilité de moduler les effets d'une loi rétroactive. En d'autres termes, elle propose à la Haute juridiction de vérifier que l'intervention législative est conforme aux exigences posées par le traité. Il s'agit là d'une amplification du rôle du juge qui peut désormais modérer le pouvoir du législateur, en lui imposant de respecter l'application immédiate de la loi, alors même que l'article 2 du Code civil peut faire l'objet de dérogations. Ainsi, les juges peuvent neutraliser la portée rétroactive de la loi, dès lors qu'elle porte atteinte au droit des biens ou au droit à un procès équitable.

570. La Cour de cassation emprunte le raisonnement européen en calquant le contrôle opéré par la juridiction strasbourgeoise. Toutefois, dans la plupart des litiges, elle considère que l'intervention législative est justifiée par un impérieux motif d'intérêt général. La loi rétroactive est conventionnelle. Ainsi, après une courageuse décision rendue par la Chambre sociale¹⁴⁸⁸, l'Assemblée plénière décide, par arrêts du 24 janvier 2003¹⁴⁸⁹ que l'application immédiate de l'article 29 de la loi AUBRY II¹⁴⁹⁰ « ...obéit à d'impérieux motifs d'intérêt général », l'intervention du législateur étant « destinée à aménager les effets d'une jurisprudence nouvelle de nature à compromettre la pérennité du service public de la santé et de la protection sociale auquel participent les établissements pour personnes inadaptées et

¹⁴⁸⁴ Requête n°60796/00, disponible sur le site internet de la Cour EDH ; DEBET (Anne), Op. Cit. ; MARGUENAUD (Jean-Pierre), Op. Cit.

¹⁴⁸⁵ Requête n°66018/01, disponible sur le site internet de la Cour EDH ; DEBET (Anne), Op. Cit. ; MARGUENAUD (Jean-Pierre), Op. Cit.

¹⁴⁸⁶ Requête n° 72038/01, disponible sur le site internet de la Cour EDH ; DEBET (Anne), Op. Cit.

¹⁴⁸⁷ Pourvoi n°04-15902 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁴⁸⁸ Soc. 24 avril 2001, Bull. civ. V, n°130, p 101 ; FROUIN (Jean-Yves), MATHIEU (Bertrand), RFDA 2001, p 1055 ; KIDALO ADOM (Jules), D 2001, jurisprudence p 2445 et les observations de LHERNOULD (Jean-Philippe), Droit social 2001, p 723 ; KEHRIG (Stanislas), Droit social 2001, p 583.

¹⁴⁸⁹ AP, 24 janvier 2003 n°497 et 498, disponible sur le site internet de la Cour de cassation avec l'avis de BURGELIN (Jean-François) et le rapport de MERLIN (Jean) ; Droit social 2003, p 430 note PRETOT (Xavier) ; PARICARD-PIOUX (Sophie), *Loi de validation : l'Assemblée plénière se prononce... et ne convainc pas*, D 2003, jurisprudence p 1648. Solution confirmée par les arrêts de la Chambre sociale du 18 mars 2003, Bull. civ. V, n°100, p 96 ; du 30 septembre 2003, pourvoi n°02-40962 et 02-40963 (inédits) ; 28 janvier 2005, pourvoi n°02-46378 (inédit), arrêts disponibles sur le site internet légifrance ; 28 janvier 2005, pourvoi n°03-40381 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance ; 28 septembre 2005, pourvoi n°04-45222, disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁴⁹⁰ Du 19 janvier 2000 : Loi n°2000-37, JORF n°16 du 20 janvier 2000, p 975.

handicapées ». La Chambre sociale, par arrêt du 20 octobre 2004¹⁴⁹¹, aboutit à une solution identique à l'égard de la loi du 17 janvier 2003¹⁴⁹², relative à la réduction du temps de travail dans les établissements et services pour personnes handicapées. Cette même formation, par arrêt du 28 mars 2006¹⁴⁹³, procède à un examen très détaillé de la conventionnalité de la loi rétroactive du 8 juillet 1999¹⁴⁹⁴, imposant à l'employeur de verser une contribution pour chaque rupture de contrat de travail intervenue en raison de l'adhésion d'un salarié à une convention de conversion. Selon la Cour de cassation, cette loi obéit à un impératif motif d'intérêt général. Afin de retenir cette qualification, la Haute juridiction se réfère aux travaux parlementaires et précise que « *le législateur a entendu limiter le recours aux licenciements économiques de salariés âgés de plus de cinquante ans et mettre un terme à des manœuvres qui avaient pour but d'éviter le versement de contributions patronales au régime de financement de l'assurance chômage* ». Le raisonnement est similaire en matière fiscale puisque la Chambre commerciale, opérant un revirement de jurisprudence¹⁴⁹⁵, décide par arrêt du 12 juillet 2004¹⁴⁹⁶, qu'une loi de validation¹⁴⁹⁷ préserve « *le droit que possède les Etats de mettre en vigueur des lois qu'ils jugent nécessaires pour assurer le paiement de l'impôt* ».

571. La sanction de l'intervention législative, par la voie du contrôle de conventionnalité, ne demeure pourtant pas lettre morte dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Au contraire, la Haute juridiction a considéré que certaines lois de validation ou simplement rétroactives étaient contraires aux exigences posées par les articles 6 ou 1 protocole 1 de la CEDH.

572. Un premier arrêt, en demie teinte, semble indiquer que la Haute juridiction est prête à limiter l'intervention législative intempestive dans le cours des litiges. Cette décision est relative à la prise en charge, par la sécurité sociale, des actes médicaux d'anesthésie, facturés par les cliniques. Un arrêté du 28 décembre 1990 avait fixé temporairement les modalités permettant le calcul du complément, versé par la sécurité sociale, des frais de salle d'opération des institutions privées. Ce texte, abrogé par l'article 2 de l'arrêté ministériel du 13 mai 1991, dont l'article 1, modifiant les règles de détermination du complément, appliquait un coefficient de 3/5^{ème} pour les actes d'anesthésie. Or, cet acte administratif est annulé, par le

¹⁴⁹¹ Pourvoi n°03-42628 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance ; BICC 1^{er} février 2005, n°171, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

¹⁴⁹² Loi n°2003-47. Cette loi met un terme à la jurisprudence dégagée par la Chambre sociale le 4 juin 2002. La Cour rend le même jour quatre arrêts dont 2 sont publiés au bulletin : Soc. 4 juin 2002, Bull. civ. V, n°193, p 189 et n°194, p 190. Les trois autres sont inédits titrés, pourvois n°01-01215, 01-44049, 00-46902, disponibles sur le site internet légifrance. Voir le Rapport de la Cour de cassation 2002, *La responsabilité*, Partie jurisprudence, droit du travail et de la sécurité sociale, relations collectives de travail, durée de travail, n°1, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, publié à la Documentation française, 2003, Paris.

¹⁴⁹³ Pourvoi n°04-16558 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁴⁹⁴ Loi n°99-570 (particulièrement article 3).

¹⁴⁹⁵ Com. 20 novembre 2001, Bull. civ. IV, n°185, p 178 ; Revue de droit fiscal 2002, n°5, commentaire n°91 ; RJF 2002, n°2, commentaire n°239 ; RFDA 2002, p 791, avec la note critique de LAMARQUE (Jean).

¹⁴⁹⁶ Bull. civ. IV, n°153, p 167.

¹⁴⁹⁷ Article 25-II-B de la loi de finance rectificative du 30 décembre 1999, n°99-1173.

Conseil d'Etat, sur le fondement d'un recours pour excès de pouvoir¹⁴⁹⁸. De nombreuses cliniques décident alors de poursuivre les organismes de sécurité sociale en remboursement des sommes non perçues. Au cours des procédures, est promulguée, le 27 décembre 1996, une loi relative au financement de la sécurité sociale, dont l'article 34, de portée rétroactive, valide l'arrêté ministériel annulé par le Conseil d'Etat. Si certains juges du fond entendent l'argumentation développée sur le fondement de la CEDH¹⁴⁹⁹, tel n'est pas le cas de la plupart d'entre eux, incitant les organismes privés de santé à se pourvoir en cassation. Les demandeurs invoquent tant les articles 6§1 et 13 de la CEDH, que 1 de son premier protocole additionnel. La Chambre sociale, par deux arrêts du 8 juin 2000¹⁵⁰⁰, tout en accueillant l'argumentation des demandeurs sur le fondement de l'article 6§1 du traité, rejette néanmoins leurs prétentions, en s'appuyant sur un vide juridique, ne créant aucun droit au versement d'un complément, né de la coordination des annulations des arrêtés du 28 décembre 1990 et du 13 mai 1991. Cette solution est énigmatique à plusieurs titres. Tout d'abord, l'attendu de la Haute juridiction a un caractère sibyllin. Elle précise que « ...comme le soutient exactement le pourvoi, l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'oppose à l'application de l'article 34 de la loi du 27 décembre 1996 ». Par cette motivation, la formation sociale rejette l'application de la loi de validation, sur le fondement de l'article 6§1. Mais aucune argumentation sur les motifs l'ayant poussés à une telle solution n'est apportée. Seul un renvoi est fait au pourvoi. Or, le raisonnement des demandeurs est tout aussi elliptique, puisqu'il se limite à stigmatiser le silence des juges du fond sur la conventionnalité de la loi de 1996. Ensuite, l'inapplicabilité de la loi de 1996 est analysée au regard du droit au procès équitable, sans référence aux autres dispositions conventionnelles invoquées par les demandeurs. Face à cette décision, il convient d'émettre quelques suppositions. Sans doute la Haute juridiction a-t-elle hiérarchisé les arguments développés par les cliniques. En effet, l'inconventionnalité de la loi de validation législative pouvait être clairement établie sur le seul fondement du droit au procès équitable, puisque l'Etat ne pouvait contester son implication indirecte dans le litige. La situation soumise au contrôle de la Haute juridiction s'apparentait, incontestablement, au litige ayant conduit la Cour EDH à condamner la France dans l'affaire ZIELINSKI, PRADAL et autres. L'influence

¹⁴⁹⁸ RTDCiv. 2000, p 629, observations PERROT (Roger).

¹⁴⁹⁹ La Cour d'appel de Limoges, par deux décisions des 13 et 20 mars 2000, avait, courageusement, fait droit aux demandes des établissements de soins, évinçant la loi nouvelle sur le fondement de l'article 6§1 de la CEDH. Selon les juges du fond, atteinte était portée au procès équitable par le législateur, qui maintenait les effets d'un acte annulé par la juridiction suprême de l'ordre administratif et privait de chance de prospérer toute action juridique, engagée sur le fondement de cette annulation, avant l'entrée en vigueur de la loi : MARGUENAUD (Jean-Pierre), RTDCiv 2000, p 436 ; PERROT (Roger), RTDCiv. 2000, p 629.

¹⁵⁰⁰ Bull. civ. V, n°225, p 175 (2 arrêts); D 2000, IR, p 212 (sur le pourvoi n°99-11.672). Cette solution a été confirmée par les arrêts du 21 juin 2001 (24 décisions inédites titrés) et par ceux du 21 février 2002 (22 décisions inédites titrés), disponibles sur le site internet légifrance : recherche par date et par la saisie du mot "clinique". Mais, par une série d'arrêtés ultérieurs la Haute juridiction relève d'office l'article 6§1 afin d'imposer l'application de la loi de validation à tous les litiges engagés devant le Tribunal des affaires de la sécurité sociale après son entrée en vigueur : Soc. 26 novembre 2002, pourvoi n°01-20285 (inédit titré) ; 30 janvier 2003, pourvois n°01-20130, 01-20148, 01-20181 (inédits), disponibles sur le site internet légifrance.

de l'interprétation européenne ne peut être ici contestée, même s'il est regrettable que la Chambre sociale ne se soit pas attachée à justifier, plus avant, sa décision au regard de la jurisprudence de la Cour strasbourgeoise.

573. Toutefois, la Haute juridiction adopte un contrôle plus adéquat de la conventionnalité des lois civiles rétroactives. La première Chambre civile avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur la conformité à l'égard de l'article 6§1 d'une loi interprétative¹⁵⁰¹, mais les arrêts de l'Assemblée plénière du 23 janvier 2004 marquent un véritable tournant dans l'appréciation de la conventionnalité¹⁵⁰². L'interprétation coordonnée des articles 145-33 alinéa 1^{er} et 145-38 du Code de commerce conduit la troisième Chambre civile, par un arrêt dit "Privilège", à considérer que le prix du bail commercial révisé ne peut excéder la valeur locative¹⁵⁰³. Cette jurisprudence est paralysée par l'entrée en vigueur de la "loi MURCEF" du 11 décembre 2001¹⁵⁰⁴. Contrairement aux litiges précédemment abordés, il ne s'agit pas d'une loi de validation législative ; autre différence, face au silence du législateur, se posait la question de son application dans le temps. En effet, le texte étant entré en vigueur alors que des litiges pendaient devant plusieurs juridictions, il revenait aux juges d'en déterminer la

¹⁵⁰¹ Il convient de signaler ici l'arrêt rendu par la Première Chambre civile le 22 février 2000. Il ne concerne pas une loi de validation législative, mais une simple disposition interprétative élaborée en vue de la détermination des individus pouvant conserver la nationalité française, lors de l'accession à l'indépendance des anciens TOM. Cette loi du 22 juillet 1993 a pour effet d'anéantir la jurisprudence BOKASSA [Première Chambre civile 29 mai 1985, RCDIP 1985, p 629, note LAGARDE (Paul)] qui garantissait aux étrangers la nationalité française de plein droit, si à l'époque de l'accession du pays à l'indépendance, ils se trouvaient dans une formation régulière de l'armée française. Par ce texte, les hypothèses de conservation de la nationalité française par assimilation de la formation de l'armée à la résidence des non originaires sont abandonnées. Cette loi rétroactive est déclarée conforme à l'article 6§1 de la CEDH par la Haute juridiction au motif que le législateur n'est pas lié par l'article 2 du Code civil et que son intervention n'a que modifié « une jurisprudence et n'a pas eu pour but d'influer sur le dénouement du litige » : Bull. civ. I, n°53 p 36. Cette décision témoigne d'une influence strasbourgeoise confirmée par la lecture des conclusions présentées par l'Avocat général ROEHRICH, GP du 25-29 août 2000, jurisprudence p 1471. Voir également FULCHIRON (Hugues), RCDIP 2000, p 681 ; Du RUSQUEC (E.), GP 2000, journal n°137 du 16 mai 2000, p 26 ; D2000, IR p 83. Cet arrêt est confirmé par deux décisions ultérieures civ. 1^{re}, 19 novembre 2002, pourvoi n°01-02138 (inédit titré) et 25 mars 2003, pourvoi 01-02450 (inédit titré), disponibles sur le site internet légifrance.

¹⁵⁰² Le litige soumis à la formation solennelle est né du pouvoir exercé par le juge sur la révision triennale des loyers de baux commerciaux. Selon les articles 145-33 alinéa 1^{er} et 145-38 du Code de commerce, il apparaissait que le montant des loyers révisés devait correspondre à la valeur locative, mais ledit loyer ne pouvait être modifié qu'en considération de l'indice trimestriel du coût de la construction, à moins que ne soit rapportée la preuve d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité, ayant entraîné une variation de plus de 10% de la valeur locative.

¹⁵⁰³ Ainsi, le montant du loyer peut être inférieur au loyer contractuel, même en l'absence de modification matérielle des facteurs locaux de commercialité : Civ. 3^{ème}, 24 janvier 1996, Bull. civ. III, n°26. Cette jurisprudence fut réaffirmée à plusieurs reprises : notamment Troisième Chambre civile, 19 avril 2000, Bull. civ. III, n°82 et 30 mai 2001 (sept arrêts), Bull. civ. III, n°70 et 71. Sur l'historique complet de ce contentieux se reporter au Rapport de Mme FAVRE précédant les arrêts de l'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, BICC n°594 du 15 mars 2004, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

¹⁵⁰⁴ Portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier : loi n°2001-1168. Selon l'article 26 de ce texte, la révision du loyer à la hausse ou à la baisse n'intervient que dans la limite de l'indice INSEE du coût de la construction, sauf à ce que soit démontrée une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné une variation de plus de 10% de la valeur locative. La loi "MURCEF" est déférée au Conseil constitutionnel, mais ce dernier ne se prononce pas sur la constitutionnalité de l'article 26 : MATHIEU (Bertrand), *La Cour de cassation et le législateur ou comment avoir le dernier mot, à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 23 janvier 2004*, RFDA 2004, article p 224.

nature. S'ils qualifiaient la loi d'interprétative, elle devait s'appliquer aux procès en cours, au titre de sa rétroactivité. Dans le cas contraire, il convenait de faire jouer les mécanismes traditionnels d'application de la loi dans le temps, issus des travaux du doyen ROUBIER¹⁵⁰⁵. La troisième Chambre civile se prononce en faveur de la qualité interprétative de la "loi MURCEF", par arrêts du 27 février 2002 et applique immédiatement l'article 26 aux procès en cours¹⁵⁰⁶. La Cour d'appel de Versailles, sans remettre en cause le caractère interprétatif de la loi, résiste, lui transposant les exigences dégagées par la Cour EDH sur le fondement de l'article 6§1 du traité européen. En effet, lors d'un arrêt du 6 février 2003¹⁵⁰⁷, la juridiction du fond décide que la loi du 11 décembre 2001 ne peut être appliquée aux procès en cours faute de motifs impérieux d'intérêt général. La Cour d'appel, s'engageant dans une analyse des fondements de la loi, à travers l'examen des travaux préparatoires, constate qu'elle a été votée à l'instigation des bailleurs, dans le but d'anéantir une jurisprudence qui leur était défavorable. Créant une discrimination entre les plaideurs et privant certains d'une victoire judiciaire qui semblait acquise à l'origine de la procédure, l'application immédiate de la loi MURCEF heurte le principe d'équité et celui de sécurité juridique. Le bailleur, la société "LE BAS NOYER" décide de former pourvoi en cassation contre cette décision¹⁵⁰⁸. Par un remarquable arrêt du 23 janvier 2004¹⁵⁰⁹, l'Assemblée plénière, saisie dès le premier pourvoi par ordonnance du Premier président de la Cour de cassation, affirme :

« ...que si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du

¹⁵⁰⁵ Sur ces questions voir l'Avis du Premier avocat général Régis DE GOUTTES, précédant les arrêts de l'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, BICC n°594 du 15 mars 2004, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

¹⁵⁰⁶ Bull. civ. III, n°49 et 50 ; FRIOCOURT (Michel) et MONGIN (Bernard), *Validation législative, imprévision contractuelle et principe de prééminence du droit (1^{re} partie)*, PA, 10 octobre 2002, n°203, doctrine p 4 et *Validation législative, imprévision contractuelle et principe de prééminence du droit (suite et fin)*, PA, 11 octobre 2002, n°204, doctrine p 4. MOLFESSIS (Nicolas), RTDCiv. 2002, p 599. Solution amplement réaffirmée par les arrêts de la troisième Chambre civile du 18 février et du 1^{er} avril 2003 ainsi que par l'avis rendu par la Haute juridiction le 29 avril 2002, FAVRE et DE GOUTTES, Op. Cit. Sur cette jurisprudence plus récente voir les commentaires de BLATTER (Jean-Pierre), AJDI juin 2003, jurisprudence p 412.

¹⁵⁰⁷ RAYNARD (Jacques), RTDCiv. 2003, p 766 ; GAUTHIER (Pierre-Yves), D 2003, jurisprudence p 720 ; FRIOCOURT (Michel) et MONGIN (Bernard), RTDH 2004, p 461 (plus particulièrement p 468) ; GUILLUY-FRIANT (Séverine), Revue des loyers et fermages 2004, n°845, p 150.

¹⁵⁰⁸ Il s'agit du pourvoi n°03-13.617. Parallèlement, la Cour d'appel de Lyon avait, avant l'entrée en vigueur de la loi MURCEF, décidé à l'occasion d'un litige relatif à la révision d'un loyer commercial, que la somme versée par les preneurs pouvait être inférieure à celle prévue contractuellement. Formant pourvoi en cassation le bailleur s'appuyait sur la loi du 11 décembre 2001, qui interprétative avait vocation à s'appliquer immédiatement aux instances pendantes devant la Cour de cassation. Ce pourvoi n°02-18.188, n'invoquant pas l'article 6§1 de la CEDH donna lieu à un arrêt de rejet de l'Assemblée plénière, également en date du 23 janvier 2004 et ne sera étudié qu'à titre comparatif.

¹⁵⁰⁹ Arrêt n°507, disponible sur le site internet de la Cour de cassation. Cette solution sera confirmée par l'arrêt rendu par la troisième Chambre civile le 7 avril 2004, lors d'un arrêt de cassation. La Cour d'appel avait, en l'espèce, qualifié la loi d'interprétative et considéré qu'elle s'appliquait aux instances en cours lors de sa publication : Bull. civ. III, n°81, p 75.

pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges ; que cette règle générale s'applique quelle que soit la qualification formelle donnée à la loi et même lorsque l'Etat n'est pas partie au procès ; Attendu qu'il ne résulte ni des termes de la loi ni des travaux parlementaires que le législateur ait entendu répondre à un motif impérieux d'intérêt général pour corriger l'interprétation jurisprudentielle de l'article L.145-38 du Code de commerce et donner à cette loi nouvelle une portée rétroactive dans le but d'influer sur le dénouement des litiges en cours ; que dès lors, la cour d'appel, peu important qu'elle ait qualifié la loi d'interprétative, a décidé à bon droit d'en écarter l'application ; que par ces motifs substitués à ceux de la décision attaquée, l'arrêt se trouve justifié... »

574. Cette décision, abondamment commentée¹⁵¹⁰, suscite différentes réflexions. La première réside dans l'appropriation incontestable de la jurisprudence européenne. La deuxième réflexion s'organise autour de la généralité que tend à offrir la Haute juridiction à son attendu. Ainsi, précise-t-elle que l'interdiction faite au législateur d'adopter des lois rétroactives, hors l'hypothèse d'impérieux motifs d'intérêt général, s'applique quelle que soit la qualification formelle donnée à la loi. Par cet attendu, la formation la plus solennelle de la Haute juridiction ne désavoue pas la décision d'appel, mais admet au contraire l'opportunité d'une transposition de la jurisprudence développée à l'égard des lois de validation à toute législation révélant un caractère rétroactif¹⁵¹¹. En outre, la conventionnalité de la loi rétroactive au regard de l'article 6§1 doit être envisagée que l'Etat soit partie – indirecte – ou non au litige. Elle s'affranchit ainsi de la doctrine préférant l'emploi de l'article 1 du protocole additionnel 1 dès lors que l'intérêt étatique à la solution du litige ne peut être constaté. Il est vrai, comme le signalait Madame le Rapporteur¹⁵¹², que la jurisprudence strasbourgeoise n'avait, jusqu'alors, pas explicitement réparti l'applicabilité des dispositions conventionnelles en fonction du profit que l'Etat retirerait de l'application d'une loi de validation. Les principes étant posés, la Haute juridiction va dans un second temps, procéder à leur mise en œuvre. L'opportunité du contrôle de conventionnalité dépend, en l'espèce, de la nature de la loi. Sur ce point, les avis doctrinaux divergent. Selon certains, la Cour ne conteste pas la qualité interprétative de la "loi MURCEF"¹⁵¹³. Pour d'autres, cette qualification est

¹⁵¹⁰ BILLIAU (Marc), JCP G 2004, II n°10030, p 399 ; DEBET (Anne), RDC juillet 2004, p 791 ; DEUMIER (Pascal), RTDCiv. 2004, p 598 ; ENCINAS DE MUNAGORRI (Raphaël), RTDCiv. 2004, p 603 ; FRIOCOURT (Michel) et MONGIN (Bernard), RTDH 2004, p 461 ; GAUTHIER (Pierre-Yves), D 2004, jurisprudence p 1108 ; GUILLUY-FRIANT (Séverine), Revue des loyers et fermages 2004, n°845, p 150 ; MATHIEU (Bertrand), *La Cour de cassation et le législateur ou comment avoir le dernier mot, à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 23 janvier 2004*, RFDA 2004, article p 224 ; MONEGER (Joël), JCP E 2004, jurisprudence n°514, p 567 ; PERROT (Roger), Procédures mars 2004, commentaire n°49 ; RAYNARD (Jacques), RTDCiv. 2004, p 371 ; RUET (Laurent), Répertoire Defrénois 2004, chronique de jurisprudence commerciale n°37917, p 525 ; THERY (Philippe), RTDCiv. 2004, p 341.

¹⁵¹¹ Contre l'avis de son Premier Avocat général, DE GOUTTES (Régis), Op. Cit.

¹⁵¹² FAVRE, Rapport, Op. Cit.

¹⁵¹³ ENCINAS DE MUNAGORRI (Raphaël), Op. Cit.

réfutée¹⁵¹⁴. Cette seconde analyse semble plus vraisemblable, puisque la Haute juridiction constate que le législateur n'a pas entendu offrir un caractère rétroactif à la loi litigieuse, ce qui semble exclure le caractère interprétatif de l'article 26 de la loi. En outre, elle opère une substitution de motifs afin de rejeter le pourvoi, indiquant que la qualification de loi interprétative, retenue par la juridiction du fond, est indifférente à la solution du litige. Cette lecture de la décision aurait pu se répercuter sur le contrôle de conventionnalité. En effet, dès lors que la Haute juridiction ne constate pas le caractère rétroactif de la loi, elle peut se satisfaire des mécanismes d'application de la loi dans le temps afin d'éviter l'application de la loi nouvelle¹⁵¹⁵. Pourtant, elle va saisir l'occasion de se prononcer sur le fondement de l'article 6§1 en prenant soin d'analyser les intentions du législateur lors de l'adoption de la loi "MURCEF",¹⁵¹⁶. Elle précise que ce dernier n'a pas souhaité reconnaître à la loi une portée rétroactive, ni corriger les effets de la jurisprudence "privilège" en s'appuyant sur un motif impérieux d'intérêt général. N'étant, par conséquent, pas applicable aux litiges, la loi controversée semble conforme aux exigences conventionnelles. La juridiction du fond, en évinçant la loi rétroactive – en vertu de la jurisprudence erronée de la troisième Chambre civile – sur le fondement de l'article 6§1, a abouti à une solution convergente par l'intermédiaire d'un raisonnement juridique erroné, justifiant la substitution de motifs. La subtilité de l'argumentation développée par la Haute juridiction est motivée par un rapport de diplomatie qu'elle entretient ici avec le législateur¹⁵¹⁷. Tout en stigmatisant les exigences conventionnelles à l'égard des lois de portée rétroactive, la Cour ménage le pouvoir législatif en respectant ses intentions mais telles qu'elle les a interprétées. Cette position est confirmée par un arrêt rendu par la troisième Chambre civile le 22 mars 2005¹⁵¹⁸.

575. Le contentieux des lois rétroactives rebondit de nouveau avec la loi dite "anti-PERRUCHE". Selon la jurisprudence rendue par l'Assemblée plénière le 17 novembre 2000, un enfant simplement conçu peut, après sa naissance, demander la réparation du préjudice résultant de son handicap et causé par les fautes d'un médecin¹⁵¹⁹. Or, afin de contourner les effets de cette solution, le législateur est intervenu par loi du 4 mars 2002¹⁵²⁰. Selon l'article

¹⁵¹⁴ THERY (Philippe), Op. Cit. ; GUILLUY-FRIANT (Séverine), Op. Cit.

¹⁵¹⁵ Telle était d'ailleurs la méthode de raisonnement développée par Madame FAVRE dans son rapport : se reporter au tableau analytique de ce raisonnement proposé par la Revue des loyers et fermages 2004, n°845, p 160. Cette analyse est confortée par l'examen du second arrêt rendu le même jour (arrêt n°508, site internet de la Cour de cassation). L'article 6§1 de la CEDH n'était pas invoqué en l'espèce, pourtant, la Cour aboutit à une solution identique, par le jeu des mécanismes traditionnels d'application de la loi dans le temps. L'article 145-38 du Code de commerce, dans sa rédaction initiale, est applicable au litige. Voir également l'analyse concordante du Professeur GAUTHIER, qui constate que le rejet aurait pu intervenir sur le fondement de l'article 2 du Code civil, GAUTHIER (Pierre-Yves), Op. Cit. p 1110.

¹⁵¹⁶ MATHIEU (Bertrand), Op. Cit. p 225.

¹⁵¹⁷ DEUMIER (Pascal), Op. Cit. p 601. L'auteur remarque en particulier que la Haute juridiction a pris soin, lors d'un communiqué relatif à la décision, de préciser qu'en prenant acte de l'intention du législateur, elle évite d'entrer en conflit avec ce dernier.

¹⁵¹⁸ Pourvoi n°04-11878 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁵¹⁹ AP, 17 novembre 2000, pourvoi n°99-13701 (publié au Bulletin), disponible sur le site internet Légifrance ; également AP 13 juillet 2001, 3 arrêts parus au Bulletin n°10.

¹⁵²⁰ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002, JORF du 5 mars 2002.

1^{er} de ce texte « *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* ». Cette loi interdit les actions intentées par les enfants nés handicapés, à moins que l'infirmité ait été directement provoquée par une faute médicale. En outre, le texte exclut du préjudice dont les parents pourraient, en leur nom, demander réparation « *les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap* ». Enfin, toujours selon l'article 1 de la loi, « *Les dispositions...sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation* ». La loi prévoit néanmoins que les charges découlant du handicap relèvent de la solidarité nationale.

Des requérants français, touchés par la loi "anti-PERRUCHE" décident de former une requête devant la juridiction strasbourgeoise. En l'espèce, il s'agit d'actions intentées par des parents en réparation des préjudices moraux et matériels résultant de la naissance d'un enfant handicapé. Les actions relèvent de la compétence des tribunaux administratifs, puisqu'il s'agit d'actes pratiqués dans le cadre hospitalier. Cependant, les demandeurs peuvent se prévaloir de la jurisprudence QUAREZ du Conseil d'Etat, rendue le 14 février 1997¹⁵²¹. Selon cette décision, la faute de l'établissement ne décelant pas une anomalie du fœtus, lors d'un diagnostic prénatal, ouvre aux parents un droit à être indemnisé au titre des charges particulières liées à la naissance d'un enfant handicapé, comme les soins ou l'éducation. Or, tous les bénéfices de cette jurisprudence sont anéantis par la loi de 2002.

La Cour EDH, dans les arrêts DRAON et MAURICE contre France, rendus en Grande Chambre le 6 octobre 2005¹⁵²², considère que l'Etat a violé l'article 1 du protocole 1 de la CEDH. Selon la juridiction supranationale, les valeurs patrimoniales ayant une base suffisante en droit interne sont des biens au sens de l'article 1 du protocole additionnel 1 à la CEDH. En l'espèce, la jurisprudence QUAREZ caractérise cette base suffisante. La Cour consolide ainsi son interprétation autonome du terme loi, en assimilant les décisions de justice au droit interne pertinent. Par conséquent, les parents d'un enfant handicapé pouvaient légitimement espérer l'indemnisation de leur préjudice. La loi de 2002, avec effet rétroactif, a purement et simplement supprimé une partie des créances en réparation. Les requérants sont donc victimes d'une privation de propriété au sens de la seconde phrase de la disposition conventionnelle. Cette privation peut être justifiée si l'ingérence de l'Etat dans le droit de propriété des requérants est prévue par la loi, répond à une cause d'utilité publique et si elle est proportionnée. Les deux premières conditions justificatives ne soulèvent pas de difficulté, la loi de 2002 pose la base juridique de l'ingérence et la bonne organisation du système de santé caractérise la cause d'utilité publique. En revanche, la juridiction strasbourgeoise considère que l'atteinte portée au droit des biens est disproportionnée. En effet, le système de

¹⁵²¹ Recueil CE 1997, p 44.

¹⁵²² Requêtes n°1513/03 et 11810/03, Disponibles sur le site internet de la Cour EDH ; RTDCiv 2005, p 744, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre) ; RTDCiv. 2005, p 798, observations REVET (Thierry), JCP G 2006, II, 10061, p 795, note ZOLLINGER (Alexandre) ; JCP G 2006, I 109, p 190, observations SUDRE (Frédéric).

compensation, institué au titre de la solidarité nationale, a un caractère limité, et les perspectives législatives tendant à remédier à cette carence sont incertaines. Par conséquent, il y a violation de l'article 1^{er} du protocole additionnel n°1 à la CEDH.

Les arrêts rendus par la Cour EDH semblaient transposables aux contentieux intentés devant les juridictions judiciaires, la Cour EDH faisant elle-même référence à la jurisprudence PERRUCHE. Toutefois, un doute subsistait relativement aux actions engagées, par les parents, au nom des enfants handicapés. Ce doute est désormais levé par la première Chambre civile qui, dans quatre arrêts du 24 janvier 2006¹⁵²³ et du 21 février 2006¹⁵²⁴ s'approprie remarquablement le raisonnement de la Cour EDH et évince la loi de 2002 au profit de l'article 1^{er} du protocole additionnel numéro 1. Or, l'une des décisions envisage tant l'action personnelle des parents que celle bénéficiant à l'enfant au titre du préjudice de vie¹⁵²⁵. Elle dépasse les exigences dégagées par la Cour EDH et condamne l'application rétroactive de la loi, tout en permettant à la notion d'espérance légitime de prendre corps dans sa jurisprudence.

576. Ces dernières décisions réalisent la transposition complète du raisonnement européen à l'égard de la conventionnalité des interventions législatives dans les litiges en cours. Elles reflètent également un nouveau rapport de force entre le législateur et le juge de cassation. En effet, l'intervention législative aboutit à priver d'effet une jurisprudence élaborée par la Haute juridiction afin de favoriser une indemnisation. Par l'intermédiaire du contrôle de conventionnalité, la Cour de cassation peut réagir à cette neutralisation de son œuvre prétorienne. Elle renforce sa position, en préservant l'espérance légitime « *que sa propre jurisprudence avait fait naître* »¹⁵²⁶ dans l'esprit des justiciables.

L'intégration de la notion "d'espérance légitime", dans la jurisprudence de la Cour de cassation, pourrait bien s'avérer révolutionnaire. Il est, encore, délicat d'évaluer quelle sera la portée de la transposition de cette notion européenne en droit prétorien interne. Cependant, l'appropriation, par la première Chambre civile, de "l'espérance légitime" pourrait être de nature à modifier profondément les rapports existants entre le juge et le législateur. Les arrêts de la Cour de cassation créent, grâce à cette notion, une certitude dont l'individu ne peut être privé improprement. Il est bien difficile, dès lors, de ne pas évoquer le pouvoir créateur de droits de la jurisprudence. La notion "d'espérance légitime" renforce ce pouvoir et préserve les solutions dégagées à ce titre. L'immixtion du législateur est modérée, il ne peut pas bouleverser, sans justification, la création juridique élaborée par la Cour de cassation.

¹⁵²³ Pourvois n°02-13.775 ; 02-12.260 ; 01-16.684 : disponibles sur le site internet Légifrance et sur le site internet de la Cour de cassation ; JCP G. 2006, II, 10062, note GOUTTENOIRE (Adeline) ; JCP G 2006, I 157, p 1390 ; ATTAL (Michel) : l'auteur évoque ici le dialogue des juges.

¹⁵²⁴ Pourvoi n°03-11917 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance. La cassation découle de la violation, relevée d'office, de la disposition conventionnelle.

¹⁵²⁵ Pourvoi n°02-13775 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁵²⁶ RTDCiv. 2006, p 263 (plus spécialement p 264), observations MARGUENAUD (Jean-Pierre).

Comment ne pas évoquer, dès lors, un rapport de force entre le législateur et le juge de cassation ou le « *nouveau combat de la jurisprudence contre la loi* »¹⁵²⁷ ? Ce conflit se déroule à « armes égales » sur le fondement de la jurisprudence européenne qui assimile la jurisprudence à la loi au sens de la CEDH. Il penche au bénéfice des juridictions suprêmes, unies dans un même corps par des décisions convergentes¹⁵²⁸. Cette nouvelle vigueur de la norme prétorienne impose de bien définir la portée du contrôle de l'intervention législative.

B- La portée du contrôle de l'intervention législative

577. Le contentieux relatif aux lois civiles rétroactives démontre l'appropriation de l'interprétation européenne à une fin spécifique. En effet, l'éviction des lois de validation et, plus largement, des lois rétroactives distord l'utilisation traditionnelle du contrôle de conventionnalité. La Haute juridiction procède moins au contrôle de la loi qu'à celui du législateur.

La Cour de cassation va se prémunir contre l'atteinte à la séparation des pouvoirs que constitue la validation législative ou la législation rétroactive¹⁵²⁹, en sanctionnant non pas le contenu de la loi mais l'ingérence du législateur dans le cours de la justice. Elle va s'attacher à démontrer « *l'opportunité de la loi* »¹⁵³⁰. Si cette dernière répond à « *d'impérieux motifs d'intérêt général* » alors l'intervention se justifie. Dans le cas contraire, la loi ne s'avère pas propice et l'intervention législative doit être sanctionnée. Il ne s'agit plus d'un contrôle de la conventionnalité de la teneur de la loi mais bien un contrôle du législateur¹⁵³¹. Le fond du droit n'est pas analysé.

578. La portée du contrôle de l'intervention législative diffère sensiblement de celui résultant du mécanisme de coordination traditionnel. En effet, son efficacité est limitée au passé. L'atteinte aux dispositions conventionnelles découle de l'espérance légitime qu'une décision de justice a pu faire naître chez les individus. En revanche, cette aspiration s'évanouit dès que la modification du droit par le législateur intervient, et ce, avant une action judiciaire. Seuls les justiciables ayant formé un recours avant l'entrée en vigueur du texte nouveau peuvent se prévaloir de cette analyse de conventionnalité. L'objectivisation du contrôle ne vaut donc que pour la catégorie d'individus chez laquelle l'espérance légitime a pu se concrétiser. Elle n'a donc vocation à survivre que peu de temps après l'entrée en vigueur du texte national. Cette considération permet, une fois encore, de relativiser la portée

¹⁵²⁷ MARGUENAUD (Jean-Pierre), Loc. Cit.

¹⁵²⁸ CE, 24 février 2006, MARGUENAUD (Jean-Pierre), Loc. Cit.

¹⁵²⁹ PRETOT (Xavier), *Les validations législatives et le droit au procès équitable*, RDP 2001, p 23 ; THERY (Philippe), observations relatives aux arrêts de l'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, RTDCiv. 2004, p 341.

¹⁵³⁰ KIDALO ADOM (Jules), *Les validations législatives et le contrôle judiciaire de l'opportunité de la loi*, note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 24 février 2001, D 2001, jurisprudence p 2445.

¹⁵³¹ Les termes « *contrôle du législateur* » ont déjà été employés à d'autres fins : MAYER (Danièle), *Vers un contrôle du législateur par le juge pénal*, D 2001, Doctrine p 1643.

de la jurisprudence à l'égard de la loi, car si l'inconventionnalité permet de neutraliser le texte, le bénéfice de cet examen est conjoncturel.

579. En revanche, il n'est pas exclu que la loi de validation ou à portée rétroactive fasse l'objet d'un double contrôle de conventionnalité. En effet, à l'examen de la conformité de l'intervention législative peut s'ajouter un contrôle de compatibilité du fond du droit aux dispositions conventionnelles. Les justiciables, pour qui l'espérance légitime s'est concrétisée, bénéficieront plus certainement du premier contrôle, sur le fondement des article 6§1 ou 1 du protocole 1 de la CEDH, alors que les autres individus invoqueront toute violation des dispositions conventionnelles, dès lors que la loi recouvre le champ d'application de la CEDH ou d'un autre traité international protecteur des droits de l'Homme. D'ailleurs, il n'est pas exclu que la première Chambre civile se prononce sur la conventionnalité de la loi du 4 mars 2002 à l'égard d'enfants qui n'ont pas encore vu le jour¹⁵³².

580. Il faut noter, enfin, que la Haute juridiction s'est autorisée à sanctionner cette intervention législative à l'égard de textes n'ayant pas été déférés au Conseil constitutionnel ou n'ayant pas fait l'objet d'un examen relatif à leur rétroactivité. La Cour de cassation doit veiller à ne pas ajuster son contrôle de conventionnalité en fonction de la constitutionnalité de la loi. Outre que cette démarche est inopérante en considération de la jurisprudence strasbourgeoise, il faut admettre que les examens de compatibilité ne sont pas de même nature et ne disposent pas de la même portée. La constitutionnalité du texte n'éluide en rien l'anéantissement de l'espérance légitime qui résulte de son entrée en vigueur. Enfin, les examens portant sur des textes différents, la Constitution d'une part, la CEDH de l'autre, la conformité à l'égard d'un texte ne garantit pas la compatibilité à l'égard de l'autre. Le cumul des contrôles ne bouleverse pas la hiérarchie des normes mais s'inscrit dans une logique de coordination de toutes les sources en présence¹⁵³³.

581. Il n'en demeure pas moins, que ce glissement du contrôle de conventionnalité est moins neutre que celui consistant à s'assurer que le fond du droit est conforme aux exigences conventionnelles. La paralysie de l'action législative résulte de ce que le juge de cassation, dans l'exercice de son pouvoir créateur, a dégagé un droit qu'il convient de préserver au titre de l'espérance légitime. La Haute juridiction peut protéger sa jurisprudence puisque la marge d'intervention du législateur est limitée par l'exigence d'un impérieux motif d'intérêt général. D'ailleurs, la Haute juridiction interprète, elle-même, la réalisation de cette exigence. Il lui

¹⁵³² RTDCiv. 2006, p 263 (plus spécialement p 265), observations MARGUENAUD (Jean-Pierre).

¹⁵³³ Cette question est abordée à titre principal relativement à la jurisprudence de la Cour de cassation face aux lois de validation législative précédemment déclarée conforme à la Constitution : voir MOLFESSIS (Nicolas), RTDCiv. 1999, p 236 ; PERROT (Roger), RTDCiv. 2000, p 629 ; SANDRAS (Catherine), *Les lois de validation, le procès en cours et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDH 2002, p 629 (voir plus spécialement p 646 et suivantes) ; KISSANGOULA (Justin), note relative à l'arrêt du CE As. Du 11 juillet 2001, RTDH 2003, p 1043 (plus spécialement voir : p 1070 et suivantes) ; DESPORTES (Frédéric), *La protection, par les juridictions judiciaires, des droits et libertés proclamés par la convention européenne des droits de l'homme*, BICC n°573, 15 mars 2003, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

revient donc de défendre sa propre interprétation, sa jurisprudence, contre les assauts du législateur.

582. Les relations existant entre le pouvoir législatif et l'autorité judiciaire sont bouleversées par l'œuvre prétorienne de la Cour EDH¹⁵³⁴. En effet, le législateur est exclu du dialogue des juges et, s'il conserve la faculté de modifier son droit en considération des décisions européennes¹⁵³⁵, il peut être précédé par la juridiction du droit¹⁵³⁶. Son pouvoir réformateur est donc partagé avec l'autorité du juge qui doit adapter¹⁵³⁷ le droit national en fonction des exigences conventionnelles. Le juge du droit n'est plus, désormais, la bouche de la loi, mais également sa plume puisqu'il participe à son harmonisation avec les exigences européennes¹⁵³⁸.

583. Le contrôle de conventionnalité de la loi n'en demeure pas moins un contrôle classique, découlant de l'article 55 de la Constitution. La loi doit être conforme aux dispositions conventionnelles au titre de la primauté. Toutefois, l'exigence de conventionnalité dépasse largement le champ d'application de la loi ou du règlement et se transpose à l'ensemble des normes subalternes. Ainsi, le mécanisme de coordination impose d'envisager la mutation du contrôle de conventionnalité, au bénéfice du droit prétorien et des normes n'émanant pas de l'Etat français.

Section II- La mutation du contrôle de conventionnalité

584. La primauté déduite de l'article 55 de la Constitution française impose de vérifier la compatibilité des normes infraconstitutionnelles. Dans une démarche classique, cet examen est envisagé à l'égard des lois ou des règlements. Cette acception stricte du contrôle de

¹⁵³⁴ Ainsi que l'indique le Professeur SOYER « ... dans l'ordre national, la souveraineté parlementaire n'est plus sans limite », il constate que « ...le juge national est investi de pouvoirs énormes : c'est la promotion du pouvoir juridictionnel face à la loi que l'on peut nommer loi domestique » : SOYER (Jean-Claude), *Pèlerinage aux sources du droit privé in Le droit privé français à la fin du 20^{ème} siècle*, Mélanges offerts à Pierre CATALA, Litec, 2001, Paris, p33. L'auteur considère, en outre, qu' « ...il existe à présent non plus une simple autorité judiciaire dérivée du seul Etat national, mais un pouvoir judiciaire, de source autonome, en ce qu'il dérive directement du droit international » : SOYER (Jean-Claude), *Légitimité supranationale des justices nationale*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges hommages à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 767 (plus spécialement p 771).

¹⁵³⁵ DEBET (Anne), *Le Code civil et la Convention européenne des droits de l'homme in 1804-2004, le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon Assas (Paris II), D, 2004, Paris, p 953 et plus spécialement 960 et suivantes.

¹⁵³⁶ Ainsi que l'indique le Professeur VAN COMPERNOLLE, le juge national n'est plus tenu d'avoir recours à la « médiation d'une loi nationale » afin de « déterminer les effets juridiques de la situation privée » : VAN COMPERNOLLE (Jacques), *Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts in Nouveaux itinéraires en droit*, Hommage à François RIGAUX, Bruylant, 1993, Bruxelles, p 495 et plus spécialement p 501.

¹⁵³⁷ FRICERO (Nathalie), *La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, un nouvel instrument de régulation de l'éthique du juge judiciaire in La procédure dans tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, PA, 2004, Paris, p 231/232.

¹⁵³⁸ Ainsi, l'Avocat général DE GOUTTES évoque le « pouvoir créateur » du juge : DE GOUTTES (Régis), *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français*, RIDC 1999-1, p 9.

conventionnalité ne correspond pas aux exigences posées par le droit conventionnel des droits de l'Homme. La violation de ces derniers peut résulter, plus largement, de toutes les normes et non point seulement des lois ou des règlements. La Cour de cassation se dégage donc de la conception classique du contrôle de conventionnalité, afin de vérifier si les décisions de justice sont rendues au terme d'une procédure équitable (§1). En outre, la Cour de cassation est amenée à appliquer des normes n'émanant pas de l'Etat français et s'assure, par conséquent, de leur conformité à l'égard des dispositions conventionnelles (§2).

§1- Le contrôle de conventionnalité du déroulement de la procédure

585. L'exigence d'un procès équitable se confond avec celle d'une justice de qualité¹⁵³⁹, imposant que certains principes fondamentaux soient respectés. Ces principes sont définis, plus particulièrement, par l'article 6 de la CEDH ou encore 14 du PIDCP¹⁵⁴⁰. La Haute juridiction doit s'assurer que la justice est rendue en considération des exigences conventionnelles imposées par le droit au procès équitable. Si tel n'est pas le cas, la décision, en elle-même, constitue une violation des droits de l'Homme, elle est entachée d'inconventionnalité. Le contrôle opéré par la Cour de cassation ne consiste plus à s'assurer que les juges du fond ont correctement appliqué les dispositions conventionnelles, mais impose de vérifier si les jugements ou arrêts sont structurellement, intrinsèquement, conformes au droit au procès équitable, car ils ont été rendus au terme d'une procédure équitable. Cet examen ne se limite pas au déroulement de la procédure devant les juridictions du fond, mais se transpose également à la procédure appliquée durant l'instance en cassation. La jurisprudence européenne, sur le fondement de l'article 6§1, est venue « *empiéter sur l'organisation, le fonctionnement, les habitudes (souvent anciennes) de hautes juridictions* »¹⁵⁴¹. Alors que certaines décisions imposent des retouches ponctuelles, essentiellement fondées sur un défaut de motivation¹⁵⁴², d'autres exigent une transformation plus profonde des règles de procédure en vigueur. La Haute juridiction s'est soumise à ces exigences avec parfois, bien que son Président s'en défende¹⁵⁴³, une certaine résistance. Elle

¹⁵³⁹ CANIVET (Guy), *Economie de la justice et procès équitable*, JCP 2001, I 361, p 2085.

¹⁵⁴⁰ D'autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme garantissent le droit au procès équitable : DE GOUTTES (Régis), *L'enchevêtrement des normes internationales relatives au procès équitable : comment les concilier* in *Les nouveaux développements du droit au procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 22 mars 1996, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 139.

¹⁵⁴¹ COSTA (Jean-Paul), Interview par Pierre RANCE, D 2002, p 3148.

¹⁵⁴² BRUNET (Andrée), *Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation* in *Justice et droits fondamentaux*, Etudes en l'honneur de Jacques NORMAND, Litec, 2003, Paris, p 53 ; GUINCHARD (Serge), *Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation)* in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François TERRE, Dalloz, PUF, 1999, Paris, p 761.

¹⁵⁴³ CANIVET (Guy), *La Cour de cassation et la Convention européenne des droits de l'homme* in *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et justice n°33, Nemesis, Bruylant, 2002, Bruxelles, p 257 (plus spécialement p 268).

examine ainsi la conventionnalité du déroulement de la procédure devant les juridictions du fond (A) tout en appliquant ce contrôle à sa propre procédure (B).

A- Le contrôle de conventionnalité du déroulement de la procédure devant les juridictions du fond

586. Les exigences posées par les dispositions conventionnelles protectrices du droit au procès équitable sont nombreuses. La Haute juridiction doit veiller à ce que les juridictions du fond respectent ces obligations. Or, la pratique juridictionnelle conduit parfois à une violation du droit au procès équitable qui impose l'annulation de la décision (1). Par ailleurs, sous l'impulsion de la Cour de cassation, la physionomie de certaines procédures a été profondément modifiée, alors même que ces procédures avaient été définies par la loi (2).

1- La pratique juridictionnelle et le droit au procès équitable

587. La composition des juridictions a été placée « à l'épreuve de l'article 6§1 » de la CEDH¹⁵⁴⁴. La juridiction strasbourgeoise précise que l'impartialité objective « *consiste à se demander si indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier* »¹⁵⁴⁵. Elle se distingue de l'impartialité subjective « *entendue comme l'absence de parti pris du juge dans son for intérieur* »¹⁵⁴⁶. En réalité, les juridictions nationales doivent rendre des décisions « *indemnes de tout préjugé* »¹⁵⁴⁷. La Cour de cassation développe une jurisprudence très rigoureuse à l'égard de la partialité, allant parfois au-delà des exigences posées par la Cour EDH. Elle vérifie ainsi la conventionnalité de la pratique juridictionnelle à l'égard de l'article 6§1 de la CEDH. Ce raisonnement est conforme à la hiérarchie des normes, puisque les décisions de justices, « *normes individuelles, concrètes et catégoriques* »¹⁵⁴⁸, doivent être rendues au terme d'une procédure conforme aux exigences dégagées par les dispositions conventionnelles. Les décisions de justice doivent être intrinsèquement conventionnelles. Ainsi, au fil du temps et des décisions, la Haute juridiction tente de balayer les pratiques juridictionnelles pouvant engendrer une suspicion sur l'impartialité objective des juges.

588. La troisième Chambre civile pose les jalons de cette ambitieuse jurisprudence. Par un arrêt de cassation du 11 juin 1987¹⁵⁴⁹, statuant au visa de la disposition conventionnelle et de l'article L.131-4 du Code de l'organisation judiciaire, elle considère que le droit au procès

¹⁵⁴⁴ GERARDIN-SELLIER (Nathalie), *La composition des juridictions à l'épreuve de l'article 6,1° de la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDH 2001, p 961 et suivantes.

¹⁵⁴⁵ Cour EDH, arrêt HAUSCHILDT contre Danemark, du 24 mai 1989, Série A n°154, §48.

¹⁵⁴⁶ ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), *GA CourEDH*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris, p 297.

¹⁵⁴⁷ MARTENS (Paul), *Réflexions sur le maniérisme judiciaire*, RTDH 2002, p 335.

¹⁵⁴⁸ TERRE (François), *Introduction générale au droit*, 6^{ème} édition, Précis Dalloz, 2003, Paris, n°285.

¹⁵⁴⁹ Bull. civ. III, n°122, p 72 ; D 1988, jurisprudence p 527, note BAILLY Pierre ; GP 1988, 1^{er} semestre, note de jurisprudence p 36 ; observations GUINCHARD (Serge) et MOUSSA (Tony).

équitable interdit que la juridiction de renvoi soit composée par des magistrats ayant participé au délibéré de l'arrêt cassé. Cette jurisprudence est réaffirmée, par la même formation lors d'un arrêt de cassation du 27 mars 1991, mais au seul visa de l'article 6§1 de la CEDH¹⁵⁵⁰. En l'espèce, la décision d'appel avait été rendue par une Cour composée du Président ayant connu de l'affaire en première instance¹⁵⁵¹. La solution est identique, selon la première Chambre civile, si un magistrat statuant en appel a déjà porté une appréciation, à l'occasion de la procédure disciplinaire, sur des faits reprochés à un expert radié de la liste judiciaire pour faute professionnelle¹⁵⁵². Cette solution est confirmée, sur le même fondement, par la deuxième Chambre civile le 10 octobre 1996¹⁵⁵³ et par la première Chambre civile, à l'occasion d'un arrêt de cassation du 11 mars 1997¹⁵⁵⁴. La deuxième Chambre civile sanctionne également l'identité du magistrat, ayant participé au jugement d'une affaire, qui connaît du recours en révision de l'arrêt rendu sur appel de ce jugement¹⁵⁵⁵. Elle décide que le juge des tutelles ne peut pas faire partie de la formation du Tribunal de Grande instance, alors que sa propre décision est contestée¹⁵⁵⁶. Cette interdiction faite aux magistrats de connaître du recours exercé contre une décision qu'ils ont rendu, sauf à être saisis d'une voie de rétractation¹⁵⁵⁷, s'applique en toute hypothèse, y compris lorsque, par l'intermédiaire de réformes législatives, ils sont amenés à connaître à nouveau du litige. Tel est le sens de l'arrêt rendu par la première Chambre civile le 26 janvier 1999¹⁵⁵⁸. Elle décide, par un attendu très général que, « *quelles que puissent en être les modalités procédurales, un même juge ne peut connaître d'un recours afférent à une décision qu'il a précédemment rendue* »

589. La question de l'impartialité de la juridiction de jugement ne doit pas se limiter à l'identité des magistrats entre différents degrés de juridiction, mais peut, au contraire, s'étendre à toute juridiction de jugement, au titre de l'exigence d'impartialité objective¹⁵⁵⁹.

¹⁵⁵⁰ Bull. civ. III, n°105, p 60 ; D 1992, SC p 129.

¹⁵⁵¹ Une solution identique découlait d'un arrêt rendu par la deuxième Chambre civile, le 21 juin 1989. Mais au visa de cette décision n'apparaissait que l'article 542 du NCPC : Bull. civ. II, n°131, p 66. Sur le commentaire de ces décisions voir RTDCiv. 1999, p 193, observations PERROT (Roger).

¹⁵⁵² Civ. 1^{re}, 16 juillet 1991, Bull. civ. I, n°247 ; D 1992, SC p 129.

¹⁵⁵³ Bull. civ. II, n°233, p 143.

¹⁵⁵⁴ Bull. civ. I, n°87, p 57.

¹⁵⁵⁵ Civ. 2^{ème}, 3 novembre 1993, Bull. civ. II, n°307, p 171. La première Chambre civile décide également que la Cour d'appel confirmant le jugement d'une action à fin de subsides, ne peut être présidée par le magistrat ayant présidé le TGI : Civ. 2^{ème}, 20 novembre 2003, Bull. civ. II, n°346, p 282.

¹⁵⁵⁶ Civ. 2^{ème}, 5 mai 1993, Bull. civ. II, n°159, p 85 ; RTDCiv 1993, p 876, observations NORMAND (Jacques).

¹⁵⁵⁷ Crim, 25 juillet 1989, Bull. crim. n°296, p 723 ; Civ. 2^{ème}, 5 février 1997 (2 arrêts), Bull. civ. II, n°33 et 34, p 19 et 20 : dans cette affaire la Cour indique clairement : « ...l'opposition [ou pour l'autre décision : le recours en révision] étant une voie de rétractation qui remet en question devant le même juge les points jugés par défaut, c'est sans méconnaître l'obligation d'impartialité édictée par l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que la Cour d'appel, devant laquelle pouvait alors avoir lieu un débat contradictoire, avait été composée par des magistrats ayant délibéré de la décision objet de l'opposition ; ». Pour un commentaire de ces décisions voir : RTDCiv 1997, p 513, observations PERROT (Roger). Cette jurisprudence est récemment confirmée : Soc. 13 juillet 2004, légifrance pourvoi n°01-45206 (publié au bulletin).

¹⁵⁵⁸ Bull. civ. I, n°29, p 19 ; RTDCiv 2000, p 620, observations NORMAND (Jacques).

¹⁵⁵⁹ La distinction entre l'impartialité objective et subjective provient de la jurisprudence élaborée par la Cour EDH : BURGELIN (Jean-François), Conclusions précédant les arrêts rendus par l'Assemblée plénière du 6

Telle est la position de l'Assemblée plénière dans un arrêt du 6 novembre 1998¹⁵⁶⁰. Ainsi, la Haute juridiction décide, sur le fondement de l'article 6§1 de la CEDH, qu'un juge des référés ayant statué sur une demande relative à l'attribution d'une provision, en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation.

590. La règle de l'impartialité objective doit également être respectée lorsque l'identité de magistrats peut être constatée entre une juridiction civile et une juridiction pénale. La Haute juridiction conteste, à ce titre, la conventionnalité des décisions du fond. Tel est le sens de l'arrêt rendu, au visa de l'article 6§1, par la première Chambre civile le 30 mai 2000¹⁵⁶¹. Cette solution est confortée par arrêt du 29 septembre 2004¹⁵⁶², alors qu'une Cour d'appel, rejetant la réduction d'une pension alimentaire, était composée du magistrat ayant condamné le demandeur pour abandon de famille.

Le raisonnement est exactement partagé par la Chambre criminelle, dès lors qu'il existe une identité des faits. Pour cela, la formation répressive considère, s'appuyant sur l'article 6§1 de la CEDH, par arrêt du 16 octobre 1991¹⁵⁶³, qu'un juge ne peut se prononcer sur la culpabilité d'un prévenu poursuivi pour viol aggravé, alors qu'il a déjà apprécié cette culpabilité à l'occasion du divorce prononcé aux torts exclusifs. L'impartialité est également remise en cause, dans l'arrêt du 10 janvier 1996¹⁵⁶⁴, lorsque le juge des enfants ayant connu des faits objet de l'accusation, siège en qualité d'assesseur ou de président à la Cour d'assises. Cette solution s'applique identiquement si le même magistrat siège dans une chambre correctionnelle jugeant une personne pour des faits dont il a apprécié le caractère fautif dans une instance prud'homale¹⁵⁶⁵ ou lors d'une action en responsabilité civile¹⁵⁶⁶. Cette identité concerne les magistrats. En effet, rien ne s'oppose, selon un arrêt rendu par la deuxième

novembre 1998, D 1999, jurisprudence p 1 et SARGOS (Pierre), Rapport relatif aux arrêts rendus par l'Assemblée plénière le 6 novembre 1998, JCP G. 1998, II, n°10198, p 2117. Sur cette distinction voir également FRICERO (Nathalie), *La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, un nouvel instrument de régulation de l'éthique du juge judiciaire* in *La procédure dans tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, PA, 2004, Paris, p 229 (spécialement p 236 et suivantes).

¹⁵⁶⁰ Bull. AP, n°5, p 7 ; JCP G, 1998, II, 10128, conclusions SARGOS (Pierre) ; RTDCiv 1999, p 183, observation PERROT (Roger) et p 193, observation NORMAND (Jacques). En revanche, dans une décision rendue le même jour, la Haute juridiction décide que l'exigence d'impartialité objective n'impose pas qu'un magistrat ne puisse pas statuer sur le fond d'une affaire dans laquelle il a pris, préalablement, une mesure conservatoire : AP 6 novembre 1998, Bull. AP, n°4, p 6.

¹⁵⁶¹ Bull. civ. I, n°162, p 105 ; NORMAND (Jacques), RTDCiv 2000, p 619 ; note droit pénal 2000, n°134, p 20 ; voir également Civ. 1^{re}, 18 mai 1989, Bull. civ. I, n°198, p 132, D 1990, jurisprudence p 113, note BAILLY (Pierre).

¹⁵⁶² Légifrance pourvoi n° 02-16436 (publié au bulletin).

¹⁵⁶³ Bull. crim. n°351, p 877 ; également Crim. 30 novembre 1994, Bull. crim. n°390, p 960 ; Crim. 21 février 1996, Bull. n°82, p 234 ; Droit pénal 1996, note MARON (Alain) n°122, p 17.

¹⁵⁶⁴ Bull. crim. n°9, p 20 ; Droit pénal 1996, note MARON (Alain) n°122, p 17.

¹⁵⁶⁵ Crim. 24 novembre 1999, Droit pénal 2000, n°52, p 22, note MARON (Alain).

¹⁵⁶⁶ Crim. 5 novembre 2003, n°210, p 870.

Chambre civile le 8 février 2006¹⁵⁶⁷, à ce qu'un technicien soit désigné expert à la fois dans une enquête pénale et dans une instance civile portant sur les mêmes faits.

591. Il faut préciser que la Chambre criminelle est, depuis de nombreuses années, rompue aux exigences du procès équitable. Elle applique fréquemment l'article 6§1 afin de censurer les décisions rendues au terme d'une procédure entachée du vice d'inconventionnalité.

En effet, la formation répressive s'est prononcée sur la compatibilité du cumul entre la fonction de membre de la Chambre d'accusation (désormais Chambre de l'instruction) et celle de juge à la Cour d'Assises, tant au regard du droit interne que de l'article 6§1 du traité européen. Par arrêt du 12 octobre 1983¹⁵⁶⁸, elle considère qu'un tel cumul porte atteinte aux droits du prévenu¹⁵⁶⁹. En outre, par plusieurs arrêts du 11 mars 1986, du 6 novembre 1986¹⁵⁷⁰, du 1^{er} décembre 1987¹⁵⁷¹ et du 7 avril 1992¹⁵⁷², la Haute juridiction décide également, au visa de l'article 6§1 et alors que le droit interne ne l'interdit pas, qu'un juge ayant participé à un arrêt de Chambre d'accusation, dans lequel a été examinée la valeur des charges pouvant justifier le renvoi devant un Tribunal correctionnel, ne peut faire partie de la Chambre correctionnelle de la Cour d'appel connaissant de l'affaire. Cette position est maintenue, sur le fondement de la norme supranationale et de l'article préliminaire du CPP à l'égard de la Chambre de l'instruction¹⁵⁷³.

C'est en s'appuyant particulièrement sur la disposition conventionnelle que la Chambre criminelle, par arrêt du 26 avril 1990¹⁵⁷⁴, décide, également, que le cumul entre la poursuite et le jugement est impossible. La solution précise la portée de la disposition conventionnelle alors que les décisions antérieures se fondaient sur les normes internes¹⁵⁷⁵. En réalité, cette évolution jurisprudentielle est vraisemblablement influencée la Cour EDH. En effet, la Haute

¹⁵⁶⁷ Pourvoi n°04-12864 (publié au bulletin), disponible sur Légifrance.

¹⁵⁶⁸ Bull. crim. n°243 ; D 1983, jurisprudence p 610, note PRADEL (Jean).

¹⁵⁶⁹ Il est vrai que cette jurisprudence peut être considérée comme largement fondée sur le droit interne qui interdit un tel cumul : article 253 du CPP.

¹⁵⁷⁰ Crim. 11 mars 1986, Bull. crim. n°100, p 260 D 1986, SC p 302, observations PRADEL (Jean); Crim 6 novembre 1986, D 1987, jurisprudence p 237, note PRADEL (Jean). Dans cette dernière affaire, le moyen était relevé d'office. Toutefois, il convient de noter les limites de l'exigence d'impartialité lors d'un cumul de fonctions : dans deux arrêts du 20 décembre 1984, la Chambre criminelle a décidé qu'un magistrat pouvait présider la Chambre des appels correctionnels condamnant un justiciable, bien qu'il ait siégé à la Chambre d'accusation, qui avait confirmé l'ordonnance du juge d'instruction prononçant un non-lieu sur d'autres chefs d'inculpation. En effet, dans cette hypothèse, le magistrat peut se former une opinion objective puisqu'il n'a pas connu des faits ayant donné lieu à renvoi. En outre, il en est de même si le magistrat a préalablement statué sur la détention provisoire des prévenus, D 1985, jurisprudence p 541, note PRADEL (Jean). De même, il n'est pas envisageable de remettre en cause l'impartialité d'un assesseur de la Cour d'assises, déjà intervenu à l'occasion de précédentes affaires concernant l'accusé. Il n'existe en pareille hypothèse aucune identité des faits : Crim. 11 octobre 2000, D 2001, SC p 1066, observations COURTIN (Christine).

¹⁵⁷¹ Bull. crim. n°439, p 1160.

¹⁵⁷² Bull. crim. n°148, p 388.

¹⁵⁷³ Cim. 15 septembre 2004, pourvoi n°03-86110 (publié au bulletin), disponible sur Légifrance ; D 2005, jurisprudence p 1138, note LAVRIC (Sabrina), ROYER (Guillaume).

¹⁵⁷⁴ Bull. crim. n°162, p 418 ; D 1990, SC p 379, observations PRADEL (Jean).

¹⁵⁷⁵ Crim. 29 octobre 1979, Bull. crim. n°296, p 807 ; Crim. 7 janvier 1986, D 1987, jurisprudence p 237, note PRADEL (Jean).

juridiction, dans cette décision publiée au bulletin, fait référence, en note, aux arrêts PIERSACK et DE CUBBER contre Belgique¹⁵⁷⁶. Cette position est confortée par un arrêt du 24 mai 2005¹⁵⁷⁷. La Chambre criminelle précise qu'un Substitut du Procureur général représentant le Ministère public au cours d'une audience statuant sur la recevabilité d'une plainte avec constitution de partie civile, ne peut exercer les fonctions de Président de la Chambre de l'instruction statuant sur l'appel de la décision de non-lieu formée par cette même partie civile. En revanche, dans un arrêt rendu le 16 février 2005¹⁵⁷⁸, elle considère que l'exigence d'impartialité ne s'oppose pas à ce qu'un magistrat composant la Chambre de l'instruction statuant sur une demande de publicité des débats ait précédemment rendu, dans la même procédure, une ordonnance d'irrecevabilité d'une requête en annulation de pièces de procédure. Le critère formulé par la Chambre criminelle, afin de motiver sa décision, s'articule autour du caractère distinct des deux procédures.

592. En outre, la Haute juridiction peut rendre des décisions plus anecdotiques. Ainsi, selon la Chambre sociale, lorsque le salarié, demandeur devant la juridiction prud'homale, vit maritalement avec la nièce d'un conseiller, l'impartialité du magistrat peut être faussée¹⁵⁷⁹. Il en est de même, selon la Chambre criminelle¹⁵⁸⁰, si un juge d'instruction, visé par une plainte avec constitution de partie civile, rend une ordonnance de refus d'informer. La Chambre commerciale précise sur le fondement de l'article 6§1, dans un arrêt du 25 avril 2006¹⁵⁸¹, que le juge qui s'est déclaré empêché de connaître la cause ne peut plus l'examiner.

593. L'exigence de conventionnalité de la décision de justice ne se satisfait pas uniquement de l'impartialité. Ainsi, la compatibilité de la requalification avec le droit à l'information de l'accusé, garanti par l'article 6§3 a) de la CEDH, engendre une jurisprudence abondante. En effet, les juridictions pénales, d'instruction et de jugement, sont saisies *in rem*. Par conséquent, rien ne leur impose de s'en tenir à la qualification retenue par le Parquet. Au contraire, les juges sont tenus de vérifier que la qualification juridique recouvre exactement les faits soumis à leur contrôle. La qualification pouvant faire l'objet de modifications, sont alors évoquées les notions de disqualification ou de requalification¹⁵⁸². Elles peuvent intervenir durant l'instruction ou la phase de jugement¹⁵⁸³. Il convient de distinguer entre

¹⁵⁷⁶ Cour EDH, arrêt PIERSACK contre Belgique du 26 octobre 1984, Série A n° 85 et DE CUBBER contre Belgique du 14 septembre 1987, Série A, n°124-B.

¹⁵⁷⁷ Pourvoi n°04-86432 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁵⁷⁸ Bull. crim. n°63, p 233.

¹⁵⁷⁹ Soc. 18 novembre 1998, Bull. civ. V, n°506, p 377.

¹⁵⁸⁰ Crim. 16 mai 2000, Bull. crim. n°191, p 564 ; voir également pour des jurisprudences antérieures : crim.21 août 1990, Bull. crim. n°305, p 772 ; crim. 3 novembre 1994, Bull. crim. n°351, p 856 ; crim 4 mars 1998, Bull. crim n°86, p 234.

¹⁵⁸¹ Pourvoi n°04-18581 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁵⁸² Cette faculté offerte au juge découle de l'article 388 du CPP, MARON (Alain), observations relatives à l'arrêt de la Crim. du 16 mai 2001, D 2001, IR p 2088.

¹⁵⁸³ STEFANI (Gaston), LEVASSEUR (Georges), BOULOC (Bernard), *Procédure pénale*, 19^{ème} édition, Précis Dalloz, 2004, Paris, n°537 et suivants, DESPORTES (Frédéric), LE GUNEHÉC (Francis), *Droit pénal général*,

plusieurs hypothèses. D'une part, la juridiction pourrait s'emparer de faits distincts de ceux inclus dans l'acte la saisissant, imposant une nouvelle qualification. En pareille situation, la Cour de cassation a considéré que l'article 388 du Code de procédure pénale et le droit au procès équitable, interdisent, sauf acceptation expresse du prévenu, qu'il soit jugé « *sur des faits ou circonstances aggravantes non compris dans la poursuite* »¹⁵⁸⁴. Cette jurisprudence, réaffirmée¹⁵⁸⁵, impose au juge souhaitant relever des faits non inclus dans l'acte de saisine, d'user de la procédure de comparution volontaire¹⁵⁸⁶. D'autre part, des faits identiques à l'acte de saisine pourraient être disqualifiés par le juge, notamment si les éléments constitutifs d'une circonstance aggravante sont réunis¹⁵⁸⁷. Ce mécanisme peut, également, s'avérer contraire à l'article 6 de la CEDH, dont le paragraphe 3a) prévoit que l'accusé doit être informé, à bref délai, de « *la nature et la cause de l'accusation portée contre lui* ». Tel est le sens de l'arrêt PELISSIER et SASSI contre France du 25 mars 1999¹⁵⁸⁸, par lequel la Cour EDH a décidé que les juges devaient informer le justiciable du changement de qualification et l'inviter à y répondre¹⁵⁸⁹. La décision européenne a une influence sur l'évolution de la jurisprudence. En effet, la Chambre criminelle procède à un revirement en imposant aux juges du fond, par un arrêt de cassation du 16 mai 2001¹⁵⁹⁰, d'informer le prévenu de la nouvelle qualification afin qu'il puisse préparer sa défense. Si la Cour de cassation ne condamne pas le mécanisme de requalification, elle l'entoure néanmoins des garanties découlant du droit au procès équitable. La solution semble constante, puisque réaffirmée par les arrêts du 4 novembre 2003¹⁵⁹¹ et du 3 mars 2004¹⁵⁹². Par ailleurs, l'obligation d'information du prévenu s'applique également si des circonstances aggravantes, non visées par la prévention initiale, sont retenues par la juridiction de jugement afin de prononcer une peine plus lourde. La solution découle d'un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 5 décembre 1978¹⁵⁹³. La Cour, qui relève d'office une violation des articles 6 et 13 de la CEDH, décide, par conséquent, que « *... Tout prévenu a le droit à être informé d'une manière détaillée de la nature de la cause de la prévention dont*

12^{ème} édition, Economica, 2005, Paris, p 259 et suivantes, PRADEL (Jean), *Droit pénal général*, édition 2002/2003, Cujas, Paris, n°297, p 276.

¹⁵⁸⁴ Crim., 22 novembre 1994, Bull. crim. n°370, p 907.

¹⁵⁸⁵ Crim. 18 décembre 1996, Bull. crim. n°477, p 1383 ; Crim. 22 mars 2000, Bull. crim. n°133, p 395 ; Crim 23 janvier 2001, Droit pénal 2001, n°109, observations MARON (Albert) ; Crim 12 septembre 2001, Bull. crim. n°177, p 577 ; crim. 5 mars 2003, Bull. crim. n°60, p 226.

¹⁵⁸⁶ PRADEL (Jean), observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 12 septembre 2001, D 2002, SC p 1460.

¹⁵⁸⁷ DESPORTES (Frédéric), LE GUNEHEC (Francis), Op. Cit.

¹⁵⁸⁸ JCP 1999, I, n°105, observations SUDRE (Frédéric) ; D 2000, jurisprudence p 357, note ROETS (Damien).

¹⁵⁸⁹ § 62 et 63 de l'arrêt. Cette décision de la juridiction européenne est rendue suite à un arrêt de rejet de la Chambre criminelle du 14 février 1994. En l'espèce, bien que les demandeurs aient invoqué l'article 6 de la CEDH, la Haute juridiction avait autorisé une requalification sans que les prévenus en soient informés et puissent être amenés à se défendre. L'arrêt est disponible au bulletin de la Chambre criminelle, n°63, p 132.

¹⁵⁹⁰ D 2001, IR p 2088, observations MARON (Alain) ; Droit pénal 2001, n°109, p 24, observations MARON (Albert) ; JCP 2001, I, n°346, n°3, observations ROBERT (Jacques-Henri) ; D 2002, jurisprudence p 31 note LAPEROU-SCHENEIDER (Béatrice).

¹⁵⁹¹ Bull. crim. n°208, p 865.

¹⁵⁹² Bull. crim. n°56, p 219.

¹⁵⁹³ DS 1979, jurisprudence p 50, note KEHRIG (Stanislas).

il est l'objet et qu'il doit, par suite, être mis en mesure de se défendre tant sur les divers chefs d'infraction que sur les circonstances aggravantes susceptibles d'être retenues à sa charge... ». Cette solution est confirmée à plusieurs reprises¹⁵⁹⁴.

594. Le contrôle de la conventionnalité du déroulement de la procédure devant les juridictions du fond offre à la Cour de cassation une occasion unique de rappeler l'effectivité du droit au procès équitable et lui permet de purger les procédures internes de leurs antagonismes aux dispositions protectrices du droit au procès équitable. Les litiges ci-dessus rapportés n'épuisent pas le contentieux, mais sont représentatifs des exigences posées par la Haute juridiction. Les décisions rendues en violation du droit au procès équitable sont cassées et annulées. Il importe que la cause soit renvoyée devant une formation autrement composée, ou que la solution soit réexaminée. Cette application stricte des exigences conventionnelles ne soulève pas de difficultés puisqu'il est aisé de réunir une autre juridiction afin de statuer. La solution est plus délicate à mettre en œuvre lorsque la composition d'une juridiction est imposée par la loi, en violation de l'impartialité objective.

2- Les procédures légales et le procès équitable

595. En appliquant les règles procédurales, telles qu'elles ont été définies par la loi, certaines juridictions rendent des décisions qui sont entachées d'inconventionnalité. La Cour de cassation se trouve alors placée dans une situation très délicate. Si elle constate la non-conformité, au regard du droit au procès équitable, des règles procédurales applicables ces formations, elle peut casser les décisions. Cependant, dans l'hypothèse d'un renvoi, elle doit désigner une juridiction qui, bien que différemment composée, fournira une nouvelle décision intrinsèquement contraire au droit au procès équitable. Seule une réforme législative modifiant la procédure applicable peut faire cesser la violation des dispositions conventionnelles.

596. Sur le fondement du droit au procès équitable, la Cour de cassation a bouleversé l'organisation de juridictions spécialisées, quand bien même elle avait été élaborée par le droit interne. Au titre de l'impartialité objective, la composition du Tribunal du contentieux de l'incapacité¹⁵⁹⁵ était non conventionnelle. Lors d'un arrêt du 17 décembre 1998¹⁵⁹⁶, confirmé le 1^{er} mars 2001¹⁵⁹⁷, la Chambre sociale décide que la présidence de cette juridiction, assurée

¹⁵⁹⁴ Crim. du 22 juin 1983, Bull. crim. n°193 ; Crim. 2 juillet 1991, Bull. crim. n°290, p 739 ; Crim. 21 novembre 2000, Bull. crim. n°347, p 1026.

¹⁵⁹⁵ Prévues par un article R.143-4 du Code de la sécurité sociale

¹⁵⁹⁶ Bull. civ. V, n°578, p 430 ; Droit ouvrier 1999, p 141, avec l'avis de LYON-CAEN (Pierre) ; RTDciv. 2000, p 622 (B), observations NORMAND (Jacques) ; Droit social 1999, p 158, note LIFFRAN (Hubert), *Les tribunaux du contentieux de l'incapacité et l'article 6,§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ; TPS 1999, commentaire n°113, note PRETOT (Xavier) ; décision confirmée par l'arrêt du 9 mars 2000, Bull. civ. V, n°97, p 76, par celui du 1^{er} mars 2001, Bull. civ. V, n°66, p 51 ; 8 mars 2005, pourvoi n°03-19747 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁵⁹⁷ Bull. civ. V, n°66, p 51.

par un représentant du directeur régional des affaires sanitaires et sociales, engendre une violation de l'article 6§1. Selon la Cour de cassation, ce fonctionnaire ayant des liens avec la caisse primaire d'assurance maladie, partie au litige, la cause n'a pas été entendue par un tribunal indépendant et impartial. Cette solution est réaffirmée par un arrêt de la deuxième Chambre civile du 8 mars 2005¹⁵⁹⁸, qui décide, en outre, qu'il ne peut pas être reproché au justiciable de n'avoir pas soulevé l'irrégularité structurelle de cette juridiction, car en vertu de la loi interne, alors en vigueur, il s'exposait à ne pas voir statuer sur sa demande.

597. La conformité, au regard de l'article 6 de la CEDH, de la composition de la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (ci-après CNITAT) – juridiction d'appel des tribunaux du contentieux de l'incapacité – a également été posée. Par arrêt du 28 mai 1998¹⁵⁹⁹, la Chambre sociale considérait, très laconiquement, que la CNITAT constituait un tribunal indépendant et impartial. Pourtant, la Haute juridiction devait, rapidement, relancer ce débat, par l'intermédiaire de son rapport annuel, au titre des suggestions de modifications législatives et réglementaires¹⁶⁰⁰. Selon la juridiction suprême de l'ordre judiciaire, le fonctionnement de la CNITAT pouvait être déclaré non conventionnel à trois titres. Tout d'abord, la présence de fonctionnaires soumis à la hiérarchie tutélaire des organismes de sécurité sociale remettait en cause l'indépendance de la juridiction spécialisée. Ensuite, sur le fondement de l'article R 143-29 du Code de la sécurité sociale, la Cour statuant sur pièce, sans audience publique et hors la présence des parties, cette procédure pouvait s'avérer contraire au droit à ce que la cause soit entendue équitablement et publiquement. Enfin, les résultats de l'examen du médecin qualifié, auquel la Cour devait faire procéder en application de l'article R 143-28, n'étaient pas communiqués aux parties, ce qui semblait porter atteinte au droit au contradictoire¹⁶⁰¹. Pourtant, la Haute juridiction n'avait pas cassé les décisions rendues par cette juridiction, au titre de l'article 6 de la CEDH, par son arrêt du 28 mai 1998. La raison de cette solution est fournie par les conclusions de l'Avocat général Pierre LYON-CAEN, élaborées en vue de l'examen de cinq nouveaux pourvois fondés sur la disposition conventionnelle¹⁶⁰². En effet, selon le Haut magistrat, des considérations de « *politique judiciaire* » auraient pu pousser la Chambre sociale à ne pas décider abruptement, sans réforme législative prochaine, que la juridiction spécialisée ne garantissait pas le droit au procès équitable¹⁶⁰³. Certainement parce qu'une telle réforme devait être mise en œuvre¹⁶⁰⁴, la Cour, réunie en sa formation la plus solennelle, décide que la CNITAT, eu égard aux

¹⁵⁹⁸ Pourvoi n°03-19747 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance ; également 31 mai 2005, pourvoi n°04-30023, (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁵⁹⁹ Bull. civ. V, n°290, p219.

¹⁶⁰⁰ Rapport de la Cour de cassation 1998, site internet de la Cour de cassation, publié également à la Documentation française, 1999, Paris.

¹⁶⁰¹ Pourtant, la Chambre sociale n'avait pas déclaré cette procédure contraire à l'article 6§1 de la CEDH : Soc. 28 mai 1998, Bull. civ. V, n°288, p 217.

¹⁶⁰² BICC n°529, 15 février 2001, p 32.

¹⁶⁰³ Op. Cit. n°56, p 37.

¹⁶⁰⁴ Cette réforme intervient par une loi du 17 janvier 2002, loi n°2002-73, JORF n°15 du 18 janvier 2002, p 1008.

considérations ci-dessus rapportées, ne garantissait pas le droit au procès équitable. Cinq arrêts de cassation sont donc rendus le 22 décembre 2000¹⁶⁰⁵, au visa de l'article 6§1 de la CEDH, sanctionnant tant la composition¹⁶⁰⁶, que l'absence d'audience publique¹⁶⁰⁷ ou la non communication du dossier médical aux parties¹⁶⁰⁸. Mais la réforme de la procédure n'évite pas l'inconventionnalité de certaines décisions, imposant à la Cour de cassation de contester leur conformité à l'égard du droit au procès équitable¹⁶⁰⁹.

Ce contentieux démontre la situation très périlleuse dans laquelle se trouve placée la Haute juridiction, coincée entre "le marteau et l'enclume". D'une part, elle doit veiller au respect des dispositions conventionnelles au titre de la primauté, d'autre part, elle doit prendre en compte les difficultés liées à une censure immédiate des décisions, rendues par des juridictions en application d'une loi instituant une procédure contraire aux exigences du traité. Le renvoi devant des juridictions rendant des décisions structurellement inconventionnelles s'apparente à un déni de justice. La Haute juridiction recherche la conciliation, permettant au législateur de rectifier la procédure applicable, afin que les justiciables puissent être renvoyés vers des formations exemptes de tout soupçon de partialité. Pour ce faire, la Cour de cassation avertit le législateur par la voie de son rapport annuel.

598. L'inconventionnalité de la procédure d'expropriation avait fréquemment été soulevée devant la Cour de cassation, mais cette dernière avait toujours considéré qu'elle était conforme aux exigences posées par le droit au procès équitable, tel que garanti par l'article 6 de la CEDH¹⁶¹⁰. Pourtant, dans son rapport de l'année 2000, la Haute juridiction présente deux suggestions de modifications législatives, engageant le législateur à réformer certaines dispositions de la procédure d'expropriation¹⁶¹¹. La Haute juridiction suggère qu'elle n'admet

¹⁶⁰⁵ BICC n°529, 15 février 2001, p 27, avec l'avis de l'Avocat général Pierre LYON-CAEN et la note du Conseiller rapporteur ETIENNE, assisté de M. LIFFRAN, Conseiller référendaire ; PA 2001, n°5, jurisprudence p 13 ; GP 2001, Flash jurisprudence, p 48 ; D 2001, jurisprudence p 1652, note SAINT-JOURS (Yves).

¹⁶⁰⁶ Arrêts 1 et 2, pourvois n°99-11.303 et 99-11.615.

¹⁶⁰⁷ Arrêt 5, pourvoi n°98-19.376.

¹⁶⁰⁸ Arrêts 1, 3 et 4, pourvoi n°99-11.303, 98-15.567 et 98-21.238. Voir également pour une réaffirmation ultérieure de cette jurisprudence Sociale, 22 mars 2001, pourvoi 99-15801, Légifrance (inédit titré).

¹⁶⁰⁹ Pour les arrêts les plus récents, tous inédits : Civ. 2^{ème}, 5 avril 2006, pourvoi n°05-16675 (présence d'assesseurs ayant participé à la décision censurée) ; 21 septembre 2004, pourvoi n°03-30071 (appellant non convoqué à l'audience) ou 02-31101 (mémoire du médecin conseil à la caisse non communiqué).

¹⁶¹⁰ Civ. 3^{ème}, 17 juillet 1991, Bull. civ. III, n°215, p 126 ; 22 juillet 1992, Bull. civ. III, n°260, p 159 ; 21 octobre 1992, Bull. civ. III, n°279, p 172 ; 7 juin 2001, pourvoi 00-70089, site internet légifrance (inédit titré), JCP G 2001, II, n°10629, note BERNARD (Antoine) ; 12 décembre 2001, Bull. civ. III, n°152, p 119 ; 29 mai 2002, Bull. civ. III, n°117, p 103, AJDI 2002, p 702, note HOSTIOU (René) ; 25 septembre 2002, Bull. civ. III, n°181, p 153. Pour une analyse de la jurisprudence antérieure à 1993, voir CARRIAS (Pierre), *Expropriation pour cause d'utilité publique*, D 1993, SC, p 195 et suivantes. La teneur de la jurisprudence, dans ses lignes très générales, révélait que le rôle du Commissaire du gouvernement n'était pas contradictoire à l'article 6§1 de la CEDH, car il ne faisait pas partie de la juridiction de l'expropriation, n'assistait pas au délibéré et ne participait pas à la décision rendue par les juges.

¹⁶¹¹ Deuxième suggestion, *Modification de la procédure suivie devant le juge de l'expropriation lors du prononcé de l'ordonnance portant transfert de propriété* ; quatrième suggestion, *Proposition de modification des articles R.13-32, R.13-35, R.13-47 et suivants du Code de l'expropriation sur le rôle du commissaire du gouvernement devant les juridictions de l'expropriation*, Rapport de la Cour de cassation 2000, *La protection de la personne*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation ; également publié à la documentation

qu'avec circonspection la conformité de la loi au regard des exigences posées par les dispositions conventionnelles. Elle respecte ainsi l'autorité du législateur, lui proposant de redresser, par lui-même, ce qui semble procéder d'une violation de la CEDH. En particulier, la Haute juridiction envisage l'opportunité d'une redéfinition du rôle du Commissaire du gouvernement auprès de la juridiction de l'expropriation. La Haute juridiction, tout comme la doctrine¹⁶¹², estime que la procédure devant le juge de l'expropriation réalise un déséquilibre entre les parties en présence, engendrant une rupture de l'égalité des armes. Selon la procédure interne, le directeur des services fiscaux du département dans lequel la juridiction d'expropriation avait son siège, exerçait, le plus souvent, les fonctions de Commissaire du gouvernement¹⁶¹³. Donnant ses observations et déposant ses conclusions, il évaluait les diverses indemnités revenant à l'exproprié. Par la suite, le juge de l'expropriation statuait dans les limites des conclusions des parties, mais ne pouvait s'écarter des conclusions du Commissaire du gouvernement qu'en motivant spécialement l'octroi d'une indemnité supérieure¹⁶¹⁴. Si le législateur est demeuré sourd aux suggestions juridictionnelles, la Cour EDH s'est montré plus réceptive, ce qui a conduit l'Etat français à supporter le poids d'une nouvelle condamnation. En effet, par un arrêt YVON contre France, du 24 avril 2003¹⁶¹⁵, la juridiction strasbourgeoise estime que le Commissaire du gouvernement est partie à l'instance en fixation des indemnités. Toutefois, il bénéficie d'avantages incontestables dans l'accès aux preuves, puisqu'il peut librement avoir recours au fichier immobilier, ce qui facilite son évaluation. En outre, le Commissaire n'est pas tenu de communiquer ses conclusions, à la différence des autres parties qui s'engagent à lui faire parvenir leurs rapports. Enfin, le juge de l'expropriation, ne pouvant désigner un expert en première instance, peut être influencé par le Commissaire du gouvernement, en raison de la règle lui imposant de motiver le rejet de ses conclusions. Cette procédure contredit tant le principe de l'égalité des armes que celui du respect du contradictoire, justifiant une condamnation sur le fondement de l'article 6§1 du traité. La Cour de cassation prend, immédiatement, acte de cette décision supranationale¹⁶¹⁶,

française, 2001, Paris. Cette démarche évoque ce que le Professeur OPPETIT appelle « *La participation indirecte à l'élaboration de la loi* » : OPPETIT (Bruno), *Droit et modernité*, Doctrine juridique, PUF, 1998, Paris, p 67 et suivantes ; voir également MALAURIE (Philippe), *La Cour de cassation au XX ème siècle* in Rapport de la Cour de Cassation 1999, La Documentation française, 2000, p 9 et suivantes.

¹⁶¹² STRUILLLOU (Jean-François), *L'expropriation contraire aux droits de l'homme ?* Etudes foncières, septembre 1992, n°56, p 34 ; HOSTIOU (René), *Le droit français de l'expropriation et la Convention européenne des droits de l'homme*, AJDA 2000, p 290 ; BLANCHARD (David), *Le commissaire du gouvernement auprès des juridictions de l'expropriation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et ville, 2002, n°54, p 137.

¹⁶¹³ Article R13-7 du Code de l'expropriation.

¹⁶¹⁴ Article R13-36 du Code de l'expropriation.

¹⁶¹⁵ Cour EDH, arrêt YVON contre France, 24 avril 2003, RDI septembre/ Octobre 2003, p 425, avec le commentaire de STRUILLLOU (Jean-François), *le commissaire du gouvernement auprès de la juridiction de l'expropriation et le droit à un procès équitable* ; D 2003, jurisprudence p 2456, note HOSTIOU (René).

¹⁶¹⁶ Invitant un auteur à évoquer l'effet direct de la jurisprudence européenne en droit interne : STRUILLLOU (Jean-François), RDI septembre/ Octobre 2003, p 425, Op. Cit.

lors d'un arrêt rendu par la troisième Chambre civile le 2 juillet 2003¹⁶¹⁷. Elle reconnaît la qualité de partie et d'expert du Commissaire du gouvernement et constate la rupture du principe d'égalité des armes. Cette nouvelle jurisprudence est réaffirmée par les arrêts de la troisième Chambre civile du 9 juin 2004¹⁶¹⁸, du 13 avril 2005¹⁶¹⁹, du 26 octobre 2005¹⁶²⁰ et du 29 mars 2006¹⁶²¹. Le législateur ne tient pas compte des conseils formulés par la juridiction du droit, il est responsable de la condamnation française. La Haute juridiction doit répondre aux exigences conventionnelles en censurant des décisions rendues, sur le fondement de la procédure nationale, en violation du droit au procès équitable. La procédure d'expropriation a néanmoins été modifiée par un décret du 13 mai 2005¹⁶²². A l'occasion d'une nouvelle condamnation¹⁶²³, la Cour EDH a salué tant la jurisprudence rendue par la Cour de cassation, que cette réforme du droit interne.

599. Ce contrôle de conventionnalité de la norme prétorienne est extrêmement difficile à mettre en œuvre, lorsque la violation procède d'une application stricte, par les juridictions, d'une procédure définie par le législateur. Pourtant, la Haute juridiction n'hésite pas à censurer les solutions prononcées en contradiction avec les exigences conventionnelles. Cette démarche respectueuse des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme lui impose de s'appliquer les exigences dégagées à l'égard de la procédure devant juridictions du fond. En effet, la jurisprudence rendue par la Cour EDH conduit la Cour de cassation à modifier ses pratiques internes, afin de rendre des décisions conformes aux exigences posées par le droit au procès équitable.

B- Le contrôle de la conventionnalité de sa propre procédure par la Cour de cassation

600. La Cour de cassation rend des décisions qui peuvent contrarier les exigences définies par le droit au procès équitable. A l'instar des jugements et arrêts rendus par les juges du fond, la violation de l'article 6 de la CEDH ne résulte pas d'une application litigieuse de la disposition conventionnelle, mais de la procédure ayant conduit à l'élaboration de la décision par la juridiction du droit. En elle-même, cette décision doit être conforme aux exigences posées par la CEDH, au titre de la primauté. Cette inadéquation a été constatée par la Cour EDH et a engagé la Haute juridiction vers la réforme de sa propre procédure. En outre, la

¹⁶¹⁷ Arrêt n°790, pourvoi 02-70047, disponible sur les sites internet de la Cour de cassation et de Légifrance, publié au bulletin ; RDI septembre/ Octobre 2003, p 425, avec le commentaire de STRUILLLOU (Jean-François), *le commissaire du gouvernement auprès de la juridiction de l'expropriation et le droit à un procès équitable* ; AJDI septembre 2003, jurisprudence p 600, note HOSTIOU (René), *Le commissaire du gouvernement victime du droit à un procès équitable* ; D 2003, IR p 1880.

¹⁶¹⁸ Pourvoi n°03-70053, site internet Légifrance (publié au bulletin).

¹⁶¹⁹ Pourvoi n°04-70094 (Publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁶²⁰ Pourvoi n°04-70160 (Inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁶²¹ Pourvoi n°03-70203 (Publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁶²² n°2005467, JORF 15 mai 2005.

¹⁶²³ Cour EDH, arrêt ROUX contre France, du 25 avril 2006, requête n°16022/02, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

jurisprudence élaborée par la juridiction strasbourgeoise a modifié la portée du droit prétorien développé par les juridictions internes. Dépassant le clivage entre pays de anglo-saxons et de droit romain, les juges européens assimilent la jurisprudence à la loi par le biais de l'interprétation autonome des termes de la Convention. Ils reconnaissent au juge interne un pouvoir créateur, une « *fonction législative* »¹⁶²⁴. Ainsi, dans les arrêts KRUSLIN et HUVIG du 24 avril 1990¹⁶²⁵, la Cour EDH considère que le juge du droit peut pallier, par ses décisions, la défectuosité de la loi¹⁶²⁶, convenant ainsi que la jurisprudence revêt la « *qualité de source de droit* »¹⁶²⁷. Grâce au traité européen, le juge interne peut réparer les imperfections de la législation nationale en assurant la complétude du texte par son intervention. Ces règles deviennent « *mixtes* », puisque leur perfection dépend tant de la base législative que de l'interprétation jurisprudentielle¹⁶²⁸. Ce pouvoir du juge suscite certaines discussions. Si la jurisprudence est assimilée à la loi, il convient, sans doute, de lui transposer les exigences imposées aux normes législatives. Par conséquent, la Cour de cassation doit vérifier si ses décisions sont en adéquation avec les dispositions conventionnelles. Cet examen lui impose d'adapter ses pratiques (1) et pourrait suggérer un contrôle de la portée de ses revirements (2).

1- L'adaptation des pratiques

601. Les arrêts de la Cour EDH ont touché de plein fouet les habitudes et l'organisation de la Cour de cassation. Certains ont profondément bouleversé l'ordonnement de la Haute juridiction. Mais cette dernière a su s'adapter aux injonctions strasbourgeoises, alors même que leur bien-fondé pouvait être discuté. Depuis les arrêts HIGGINS¹⁶²⁹ et DULAURANS¹⁶³⁰, la juridiction strasbourgeoise s'est érigée en organe de contrôle de la motivation des arrêts rendus par la Cour de cassation. Elle a transposé sa jurisprudence à la procédure de retrait du

¹⁶²⁴ SUDRE (Frédéric), *L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 821, spécialement p 829 et suivantes. Ainsi que l'indique l'auteur : « *Cette conception commune de la loi assigne en définitive à la jurisprudence une fonction complétive du droit écrit qui est exorbitante* ».

¹⁶²⁵ Cour EDH, arrêt KRUSLIN contre France, 24 avril 1990, Série A, n°176-A ; SUDRE (Frédéric) in SUDRE (Frédéric), MARGUENAUD (Jean-Pierre), ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), GOUTTENOIRE (Adeline), LEVINET (Michel), *GA CourEDH*, 3^{ème} édition, Thémis, PUF, 2005, Paris, p 47 ; Cour EDH, arrêt HUVIG contre France, 24 avril 1990, Série A, n°176-B ; MAYER (Danièle), *Evolution de l'attitude la Chambre criminelle de la Cour de cassation française à l'égard de la Convention européenne des droits de l'Homme* in *Droit pénal, droit européen*, Mélanges offerts à Georges LEVASSEUR, GP, Litec, 1992, Paris, p 239 (voir plus spécialement p 245 et suivantes).

¹⁶²⁶ §29 de l'arrêt. SUDRE (Frédéric), Op. Cit. p 830.

¹⁶²⁷ D'AMBRA (Dominique), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Bibliothèque de droit privé, Tome 236, LGDJ, 1994, Paris, p 97.

¹⁶²⁸ D'AMBRA (Dominique), Op. Cit. p 131

¹⁶²⁹ Cour EDH, arrêt HIGGINS contre France du 19 février 1998, FLAUSS (Jean-François), AJDA 1998, note p 990 ; MARGUENAUD (Jean-Pierre), RTDCiv. 1998, observations p 516.

¹⁶³⁰ Cour EDH, arrêt DULAURANS contre France du 21 mars 2000, MARGUENAUD (Jean-Pierre), RTDCiv 2000, observations p 439 ; PERDRIAU (André), JCP G, II n°10344, p 1254.

rôle (a). Par ailleurs, l'apparence d'une justice équitable l'a conduite à exiger des juridictions suprêmes qu'elles redéfinissent le rôle de l'Avocat général (b).

a) L'exigence de motivation et la procédure de retrait du rôle

602. L'article 6§1 de la CEDH prévoit que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, ..., par un tribunal indépendant et impartial* ». Ce texte n'impose nullement aux Etats de prévoir des voies d'appel ou de cassation. En revanche, la disposition conventionnelle s'applique lorsque l'Etat s'est doté d'une telle juridiction. Il doit alors préserver les justiciables contre toute atteinte au droit au procès équitable dans l'exercice de ce recours¹⁶³¹. Or, certains mécanismes limitant l'accès au juge de cassation français ont pu être envisagés, par la juridiction européenne, comme portant atteinte à la substance même du droit¹⁶³². Le décret du 20 juillet 1989¹⁶³³, modifié moins de dix ans après son entrée en vigueur¹⁶³⁴ instaure, sur le fondement de l'article 1009-1 du nouveau Code de procédure civile, un mécanisme dit de retrait du rôle. Il permet, sur ordonnance de son Premier président ou de son délégué, de retirer une affaire du rôle de la Cour de cassation, lorsque le défendeur au pourvoi qui n'a pas obtenu l'exécution de la décision attaquée, en fait la demande¹⁶³⁵. Le retrait, relevant exclusivement de la procédure civile, comporte certaines limites. Il ne peut être mis en œuvre lorsque l'exécution de la décision justifiant le pourvoi entraînerait des conséquences manifestement excessives pour le demandeur. En outre, la réinscription au rôle est envisagée dès lors que le débiteur justifie de l'exécution de la décision attaquée¹⁶³⁶.

Cette procédure a pour objectif de réguler le pourvoi en cassation, dont le caractère extraordinaire mérite d'être rappelé, mais doit, surtout, contribuer à endiguer la saturation du rôle de la Haute juridiction¹⁶³⁷. Limitant l'accès au juge de cassation, elle est analysée par la Commission EDH à l'aune de l'article 6§1 du traité. Par une décision M. contre France, du 9

¹⁶³¹ CANIVET (Guy), *La Cour de cassation et la Convention européenne des droits de l'homme* in *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et justice n°33, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, p 257 (plus spécialement p 270 et suivantes) ; du même auteur, *Economie de la justice et procès équitable*, JCP 2001, I 361, p 2085 (plus spécialement p 2087). Cette solution découle de l'arrêt rendu par la Cour EDH, DELCOURT contre Belgique du 17 janvier 1970, Série A, n°11, §26.

¹⁶³² BARTHELEMY (Jean), *Le droit au pourvoi* in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, Paris, p 185 (précisément p 196).

¹⁶³³ Décret n°89-511, site internet légifrance.

¹⁶³⁴ Décret du 26 février 1999, article 11, n°99-131, site internet légifrance.

¹⁶³⁵ BORE (Jacques), BORE (Louis), *La cassation en matière civile*, 3^{ème} édition, Dalloz Action, 2003/2004, Paris, n°111.21.

¹⁶³⁶ Sur l'ensemble de la procédure voir BORE (Jacques), Op. Cit. n°111.11 et suivants. Egalement : BONFILS (Sébastien), *Le retrait du rôle et la péremption devant la Cour de cassation à travers les ordonnances rendues en application des articles 1009-1 et suivants du NCPC*, BICC n°609, du 1^{er} décembre 2004, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

¹⁶³⁷ PUECHAVY (Michel), note sous l'arrêt de la Cour EDH ANNONI DI GUSSOLA et autres contre France du 14 novembre 2000, GP des 23 et 25 septembre 2001, numéro spécial droits de l'homme, Sommaires et décisions, p 1507.

janvier 1995¹⁶³⁸, elle constate la compatibilité de la mesure à la disposition conventionnelle, dès lors qu'elle s'avère proportionnée au but légitime poursuivi. Cette victoire strasbourgeoise¹⁶³⁹ apporte deux éléments déterminants au débat relatif à la conventionnalité de la procédure de retrait du rôle. Tout d'abord, le mécanisme de régulation semble, en principe, conforme au texte conventionnel. Toutefois, sa mise en œuvre doit être sérieusement motivée¹⁶⁴⁰ afin de justifier qu'elle ne porte pas atteinte, dans chaque espèce considérée isolément, à la substance même du droit à l'accès à un tribunal.

603. La vigilance du Premier Président de la Cour devait être attirée sur l'importance des conséquences manifestement excessives de l'exécution. Or, cette influence de la proportionnalité de la mesure au regard de critères¹⁶⁴¹, apparaissant déjà comme économiques et sociaux, ne semblait pas refléter la politique du Premier Président. En effet, ce dernier ne prenait notamment pas en compte l'octroi de l'aide judiciaire, afin de déterminer le caractère excessif de l'obligation d'exécution¹⁶⁴². En outre, par une ordonnance, rendue le 22 février 1995¹⁶⁴³, il précisait que « *Le demandeur au pourvoi ne peut invoquer l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme pour s'opposer à une demande de retrait du rôle, dès lors qu'il a pu exercer son droit au pourvoi en cassation, et qu'il ne saurait se dispenser d'observer ses propres obligations d'exécuter les causes de la décision de condamnation, privant de ce fait son adversaire d'une prérogative que lui reconnaissent les lois d'organisation judiciaire* ».

604. Cette limitation inadéquate du droit au procès équitable et du principe de proportionnalité est rapidement sanctionnée. Ainsi, la Commission EDH, lors d'une requête VENOT contre France du 14 janvier 1998¹⁶⁴⁴, constate la violation du droit à un tribunal indépendant et impartial. Surtout, les condamnations de la France par la Cour EDH se multiplient avec les arrêts ANNONI DI GUSSOLA et DESBORDES et OMER du 14 novembre 2000¹⁶⁴⁵. La juridiction strasbourgeoise remarque, en l'espèce, une atteinte au droit

¹⁶³⁸ Requête n°20373/92, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁶³⁹ Confirmée : Commission EDH, requête Epoux FREVILLE du 9 septembre 1998, n°27659/95, disponible sur le site internet de la Cour EDH. Et pour de nombreux autres exemples voir CANIVET (Guy), *Economie de la justice et procès équitable*, JCP 2001, I 361, p 2088.

¹⁶⁴⁰ BRUNET (Andrée), *Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation* in *Justice et droits fondamentaux*, Etudes en l'honneur de Jacques NORMAND, Litec, 2003, Paris, p 55.

¹⁶⁴¹ BARTHELEMY (Jean), *Les nouvelles frontières du procès équitable* in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, colloque du 22 mai 1996, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 103 (plus spécialement p 118).

¹⁶⁴² BORE (Jacques), *La cassation en matière civile*, Dalloz, 1997, Paris, n°2858, p 710.

¹⁶⁴³ Bull. civ. ord. n° 6.

¹⁶⁴⁴ Requête n°28/84595 et l'avis adopté le 21 avril 1999, sur le fondement de l'ancien article 31 de la convention. En l'espèce le requérant se trouvait au chômage et le montant de l'exécution portait sur plusieurs millions. Ainsi le retrait du rôle ne poursuivait pas son but : l'exécution de la condamnation. Le droit conventionnel était atteint dans sa substance même.

¹⁶⁴⁵ Requêtes 31819/96 et 33293/96, disponibles sur le site internet de la Cour EDH ; pour les commentaires voir HUGON (Christine), *La revue des huissiers de justice*, 2001, n°3, jurisprudence p 168 et du même auteur, *Le contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme du retrait des pourvois du rôle de la Cour de cassation*,

de recours en cassation en raison du retrait du rôle. Après avoir affirmé, à l'instar de la Commission EDH, le but légitime de la procédure¹⁶⁴⁶, elle stigmatise la disproportion de sa mise en œuvre en considération de la situation précaire des demandeurs¹⁶⁴⁷. En effet, le Président de la Haute juridiction avait considéré que les demandeurs aux pourvois ne justifiaient pas les conséquences manifestement excessives qu'engendrerait l'exécution des décisions de justice dont ils contestaient la validité. Pourtant, les parties se trouvaient en grande difficulté matérielle¹⁶⁴⁸. Ces solutions confirment la dimension économique et sociale que la juridiction européenne applique au principe de proportionnalité¹⁶⁴⁹. Rappelant sa jurisprudence AIREY¹⁶⁵⁰, la Cour condamne le défaut de motivation de l'ordonnance rendue, par le Président de la Haute juridiction, au regard de la situation matérielle des demandeurs. L'identité des motivations ne permet pas, selon la Cour EDH, de « *s'assurer que les requérants ont bénéficié d'un examen effectif et concret de leurs situations* »¹⁶⁵¹.

La jurisprudence rendue par la juridiction strasbourgeoise implique, de la part du Président de la Cour de cassation, une motivation rigoureuse de l'ordonnance prononçant le retrait du rôle. Cette rigueur s'apprécie au regard de la proportionnalité de la mesure, en considération de la situation économique et sociale du demandeur au pourvoi. L'insuffisance de motivation des ordonnances engendre encore une condamnation dans l'affaire MORTIER contre France du 31 juillet 2001¹⁶⁵², alors même que le requérant, dont la situation précaire n'était pas à démontrer, justifiait d'un commencement d'exécution de la décision de justice.

605. Suite à ces décisions, la politique de la Présidence de la juridiction suprême de l'ordre judiciaire s'adapte aux exigences européennes. Elle s'oriente vers une prise en compte de la situation matérielle des défendeurs au retrait du rôle. En effet, l'aide juridictionnelle fait désormais présumer que l'exécution de la décision du fond entraînerait des conséquences manifestement excessives¹⁶⁵³. En outre, la Présidence de la Cour justifie d'une volonté explicite de se conformer aux garanties découlant de l'article 6§1 de la CEDH, dans la mise

D 2001, Chronique p 3369 ; H.C, Procédures février 2001, commentaire n°41, p 15 ; MARGUENAUD (Jean-Pierre), RTDCiv. 2001, p 445 ; PUECHAVY (Michel), GP des 23 et 25 septembre 2001, numéro spécial droits de l'homme, Sommaires et décisions, p 1507.

¹⁶⁴⁶ Elle rappelle, en particulier, « *l'exécution d'un jugement ou arrêt doit être considérée comme faisant partie intégrante du procès au sens de l'article 6* », tout en craignant, malgré tout, le risque de « *privatisation de la justice* » engendré par la procédure : §52 de l'arrêt.

¹⁶⁴⁷ La Cour décide qu'aucune exécution de la décision rendue par les juges du fond n'est envisageable.

¹⁶⁴⁸ Les premiers étaient bénéficiaires du Revenu Minimum d'Insertion et les seconds de l'aide juridictionnelle.

¹⁶⁴⁹ HUGON (Christine), La revue des huissiers de justice, 2001, n°3, jurisprudence p 168 ; MARGUENAUD (Jean-Pierre), RTDCiv. 2001, p 445.

¹⁶⁵⁰ Selon cette décision, « *La Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention* » : Arrêt AIREY contre Irlande du 9 octobre 1979, série A n° 32, § 26).

¹⁶⁵¹ §57 de l'arrêt.

¹⁶⁵² Requête n°42195/98, site internet de la Cour EDH.

¹⁶⁵³ BARTHELEMY (Jean), *Le droit au pourvoi* in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, Paris, p 197.

en œuvre du retrait du rôle. Ainsi, dans une ordonnance rendue le 2 février 2000¹⁶⁵⁴, le Président affirme que la décision de retrait du rôle ne peut être appliquée « *qu'en combinaison avec l'article 6§1* » de la CEDH. Il démontre, ainsi, sa volonté de rendre des décisions conformes aux exigences conventionnelles. L'accès au recours en cassation ne doit pas être atteint dans sa substance. Le Premier Président recherche si, dans le cas d'espèce soumis à son contrôle, l'exécution de la décision du fond n'emporte pas des conséquences excessives. La pertinence du retrait du rôle est mise en perspective au regard du principe de proportionnalité. Toutefois, il faut signaler que le défaut de motivation est, encore récemment, reproché à la Cour de cassation, dans une affaire CARABASSE contre France du 18 janvier 2005¹⁶⁵⁵. En l'espèce, la Cour EDH ajoute le critère de l'âge dans l'examen de la proportionnalité du retrait.

606. En outre, si la Cour EDH ne trouve plus appui sur la motivation afin de sanctionner les décisions nationales, il lui reste encore à apprécier le respect de la proportionnalité du retrait du rôle, *in concreto*. Or, sur ce point, elle peut se trouver en désaccord avec la juridiction suprême de l'ordre judiciaire. Cependant, sur cette question, les arrêts prononcés par la Cour EDH révèlent une motivation confuse ne permettant pas au Président de la Cour de cassation de rationaliser efficacement les enseignements européens.

Deux décisions, rendues le 25 septembre 2003, dans les affaires BAYLE et PAGES contre France¹⁶⁵⁶ l'attestent. La confusion instaurée, par ces deux arrêts antagonistes, résulte du commencement d'exécution de la décision du fond, justifiant la violation dans la première espèce et la conformité au traité dans la seconde. En effet, dans les deux procédures internes, le retrait du rôle avait été maintenu malgré l'exécution partielle des condamnations. Selon la juridiction européenne, les justiciables se trouvaient dans des situations personnelles difficiles. Toutefois, alors que l'exécution partielle de la décision du fond révélait chez Madame BAYLE une volonté manifeste d'exécution, rendant disproportionné le maintien du retrait, elle démontrait, au contraire, les facultés contributives de Monsieur PAGES, justifiant ainsi la procédure au regard de l'article 6§1 de la CEDH. Cette distinction ne semble fondée, selon la Cour EDH, que par la démarche du justiciable qui n'a pas fourni suffisamment d'éléments permettant, au Président de la Cour de cassation, de procéder au contrôle de proportionnalité après évaluation de sa situation patrimoniale. Le contentieux affiche une justification obscure que relève le juge TULKENS dans son opinion dissidente à l'arrêt PAGES¹⁶⁵⁷.

¹⁶⁵⁴ Ordonnance n°91249 et 91250, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁶⁵⁵ Requête n°59765/00, disponible sur le site internet de la Cour EDH. Dans cette affaire, la Cour ajoute le critère de l'âge dans l'examen de la proportionnalité de la mesure de retrait du rôle.

¹⁶⁵⁶ Requête n° 45840/99 et 50343/99 ; pour un commentaire voir TAVERNIER (Paul), JDI 2004, n°2 p 678 ; également D 2003, IR p 2605.

¹⁶⁵⁷ En effet, elle indique : « *Le requérant est ainsi placé dans une situation de double contrainte : soit, il procède à une exécution partielle, dans la mesure de ses moyens, et il lui est reproché de ne pas exécuter*

607. A n'en point douter les contradictions strasbourgeoises peuvent nuire à l'intelligibilité de sa jurisprudence. Cependant, face à la volonté de Présidence de la Cour de cassation de se conformer aux exigences européennes, la responsabilité d'un conflit larvé entre juges nationaux et européens devrait, incontestablement, être imputée aux seconds.

En effet, c'est avec une vigilance accrue à l'égard de la proportionnalité du retrait que le Président motive désormais ses ordonnances. Ainsi, dès 2001, les effets de l'exécution au regard de la situation personnelle du demandeur en cassation justifient le rejet du retrait. Désormais, l'âge du justiciable, l'expulsion du domicile pris à bail, imposé par l'arrêt d'appel¹⁶⁵⁸ sont des critères pris en compte par le Premier Président de la Cour de cassation. La même année, la Haute juridiction transpose les raisonnements aux personnes morales associatives¹⁶⁵⁹ et, dès 2003, sociétaires. Le retrait du rôle ne peut être appliqué, sur le fondement de l'article 6§1, si une procédure de redressement judiciaire est engagée¹⁶⁶⁰. Plus largement, la Présidence de la Cour de cassation envisage la situation concrète du défendeur au retrait, sans qu'il soit nécessaire que ce dernier justifie du bénéfice de prestations sociales ou de l'aide juridictionnelle. Il faut, malgré tout, spécifier que le débiteur versait la totalité de son revenu disponible à son créancier, afin d'exécuter progressivement la décision du fond¹⁶⁶¹.

Malgré ces efforts, certaines ordonnances ne semblent pas toujours répondre aux exigences posées par la Cour EDH. Dans un arrêt COUR contre France du 3 octobre 2006¹⁶⁶², les juges strasbourgeois considèrent que le retrait du rôle et le refus de réinscription constituent des mesures disproportionnées, en considération des faibles ressources de la requérante.

Le contentieux relatif au retrait du rôle est particulièrement intéressant en ce qu'il démontre une volonté de fournir des décisions au terme d'une procédure respectueuse du droit au procès équitable. Dans un premier mouvement, la réaction de la Présidence a tendu vers l'indifférence à l'égard des solutions européennes. Désormais, sans doute sous l'impulsion du Président CANIVET, une véritable démarche de transposition des exigences européennes au contentieux de cassation est perceptible. Cette approche est nettement confirmée par la modification du rôle de l'Avocat général.

totalemment ; soit il ne procède à aucune exécution partielle et il lui est reproché une absence de volonté d'exécution qui empêche toute interruption du délai de péremption de l'instance. »

¹⁶⁵⁸ Ordonnance du 23 mai 2001, n°00-17518, disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁶⁵⁹ Ordonnance du 5 décembre 2001, n°01-43557, disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁶⁶⁰ Ordonnances du 12 novembre 2003, n°98-11202 et 01-15989, disponibles sur le site internet Légifrance.

¹⁶⁶¹ Ordonnance du 23 avril 2003 n°00-10385, disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁶⁶² Requête n°44402/02, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

b) L'apparence d'une justice équitable et le rôle de l'Avocat général

608. L'apparence de bonne justice se concilie parfois difficilement avec la réalité d'une justice équitable et la Cour EDH, se prononçant sur le rôle et les attributions du Parquet Général de la Cour de cassation, n'a sans doute pas évalué l'ampleur des conséquences de sa jurisprudence sur l'organisation interne de la juridiction suprême de l'ordre judiciaire.

En effet, les juges européens ont observé que le Ministère public, assimilé à une partie¹⁶⁶³, devait remplir son office en considération des garanties découlant de l'article 6 de la CEDH, en particulier l'égalité des armes et le respect du contradictoire¹⁶⁶⁴. Ainsi, l'arrêt DELCOURT contre Belgique, rendu le 17 janvier 1970¹⁶⁶⁵, après avoir constaté l'applicabilité de la disposition conventionnelle à l'instance en cassation¹⁶⁶⁶, impliquait directement le Parquet de la juridiction suprême de l'ordre judiciaire belge. Remarquant que le magistrat se retirait, avec les juges du siège, afin de participer au délibéré, elle précisait que la situation se conciliait difficilement avec l'adage *justice must not only be done, it must also be seen to be done*. Toutefois, résolue à regarder au-delà des apparences, la Cour admettait qu'il n'existait pas de violation de l'article 6§1¹⁶⁶⁷.

Transposable dans l'ordre juridique français, la solution préservait le rôle essentiel de l'Avocat général dans l'organisation de la Haute juridiction et dans l'élaboration de sa jurisprudence¹⁶⁶⁸.

L'Avocat général est appelé, en vertu de l'article 1019 du NCPC et 602 du CPP, à conclure dans toutes les affaires en préalable à la décision et remplit ce rôle en toute indépendance¹⁶⁶⁹.

¹⁶⁶³ SUDRE (Frédéric), *Les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme* in *Le Ministère public et les exigences du procès équitable*, Droit et justice n°44, Bruylant, Nemesis, 2003, Bruxelles, p 39 : plus spécialement le Professeur SUDRE explique, p 48 et suivantes, que la juridiction européenne superpose à la partie *stricto sensu* la notion de partie *lato sensu*, désignant le Ministère public comme « *intervenant d'influence* ».

¹⁶⁶⁴ SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, p 354 et suivantes.

¹⁶⁶⁵ Disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁶⁶⁶ § 25 et 26 de l'arrêt.

¹⁶⁶⁷ Cette solution s'imposait en considération de l'indépendance du parquet, qui ne devait être envisagé comme partie à l'instance qu'au sens « *formel et procédural* ». Contrôlant simplement la légalité et l'unité de la jurisprudence, il n'était pas, en fait, adversaire des prévenus : § 32 à 34 de l'arrêt.

¹⁶⁶⁸ Devant la Cour de cassation française, l'Avocat général n'exerce pas l'action publique, si bien qu'il n'est pas une partie à l'instance : LYON-CAEN (Pierre), *Le parquet général de la Cour de cassation*, D 2003, Interview, p 211. Il faut réserver l'hypothèse du pourvoi dans l'intérêt de la loi, mais qui n'entraîne aucune répercussion sur la situation des parties. Il est, parfois, comparé à une partie jointe : CHARTIER (Yves), *La Cour de cassation*, 2^{ème} édition, Connaissance du droit, Dalloz, 2001, p 23. En vérité, son rôle consiste à veiller à la correcte application et interprétation de la loi, en concluant sur les problèmes juridiques soulevés par les pourvois. Selon Monsieur l'Avocat général Régis DE GOUTTES, le parquet de la Cour de cassation est un « *parquet général sui generis* ». Il compare ainsi les Avocats généraux à des « *avocats de la loi* » ou des « *commissaires de la loi* » : *La situation à la Cour de cassation* in *Le Ministère public et les exigences du procès équitable*, Droit et justice n°44, Bruylant, Nemesis, 2003, Bruxelles, p 63. Il est, parfois, assimilé à un *amicus curiae* : MARGUENAUD (Jean-Pierre), note relative à l'arrêt de la Cour EDH, VOISINE contre France du 8 février 2000, RTDH 2001, p 825 (spécialement p 834).

Jusqu'à l'intervention de la Cour EDH, les Avocats généraux exerçaient leurs attributions à différents stades de la procédure. Après la mise en état du pourvoi, l'affaire est orientée vers une des chambres de la Cour de cassation. Son Président désigne alors un Conseiller qui aura qualité de Rapporteur¹⁶⁷⁰. Au dépôt de son dossier, l'Avocat général est désigné et prend, dans les affaires qui lui sont attribuées, des conclusions écrites nommées avis, par lesquelles il propose à la Cour une solution de rejet ou de cassation¹⁶⁷¹. Pour ce faire, il disposait de l'intégralité du dossier et participait, avec le Président et le Doyen de la Chambre, à la Conférence. Ayant le choix de s'exprimer à l'audience, il assistait également au délibéré en se retirant à la fin de la séance avec les juges¹⁶⁷². Toutefois, il ne bénéficiait d'aucun droit de vote ou de parole¹⁶⁷³.

609. Cet ordonnancement est bouleversé par la jurisprudence strasbourgeoise, dont les assauts envers le Ministère public, au sein des juridictions extraordinaires, se concrétisent à l'occasion de l'arrêt BORGERS, rendu également à l'encontre de la Belgique, le 30 octobre 1991¹⁶⁷⁴. Affirmant l'importance des apparences et l'exigence du public envers les garanties d'une bonne justice, la Cour constate que, par ses conclusions de rejet d'un recours, l'Avocat général se transforme en adversaire objectif du justiciable¹⁶⁷⁵. Ne pouvant répondre à ses conclusions, dont il ne connaissait pas la teneur avant l'audience, par oral ou par voie de notes écrites, le requérant peut se prévaloir d'une rupture de l'égalité des armes¹⁶⁷⁶. Ce déséquilibre

¹⁶⁶⁹ Certes il est, en vertu de l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958, soumis à l'autorité hiérarchique. Dans les causes importantes, le Procureur général peut également désapprouver ses conclusions et en cas de résistance, sur le fondement de l'article R. 132-3 du COJ, déléguer un autre Avocat général ou porter, lui-même, la parole à l'audience. Mais cette indépendance se concrétise dans la liberté tant de la parole à l'audience que dans les conclusions écrites. En outre le temps a transformé le statut des Avocats généraux en anéantissant la subordination au Garde des sceaux et au Procureur général, qui ne donnent plus d'instructions : BORE (Jacques), *La cassation en matière civile*, Dalloz, 1997, Paris, p 26 ; CHARTIER (Yves), Op. Cit. ; LYON-CAEN (Pierre), Op. Cit. Sur leur rôle et statut voir en particulier : DE GOUTTES (Régis), *La situation à la Cour de cassation* Op. Cit. p 66 et suivantes.

¹⁶⁷⁰ Avant que les arrêts de la Cour EDH ne secouent l'organisation interne de la Haute juridiction, le Rapporteur devait élaborer un rapport, résumant les moyens, définissant les problèmes juridiques et relevant les différents précédents et études s'y rapportant. Il préparait, en outre, une note justifiant de la solution qu'il préconise. Enfin il rédigeait des projets d'arrêts. Ainsi que l'indique Monsieur CHARTIER, « *Les deux documents, rapport et note sont parfois réunis en un seul, qualifié de rapport-note, ou même simplement de rapport – voir note ! Ce qui les sépare, fussent-ils joints, est que le premier est destiné à être repris dans la partie publique de l'audience, alors que le second est, par nature, réservé au futur délibéré, qui est secret.* ». Op. Cit. p 80.

¹⁶⁷¹ MONSIEUR LE Président TRICOT évoque la double sécularité de la procédure : TRICOT (Daniel), *L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation in La Cour de cassation, l'unité et le droit*, Etudes en l'honneur d'André PONSARD, Litec, 2003, Paris, p 263, également publié : JCP G. 2004, I, 108, p 225.

¹⁶⁷² Cette participation au délibéré intervenait dans les affaires ordinaires car, lors des décisions importantes, plaidées par les avocats, il quittait la salle, avec les parties, afin de signifier que les juges délibèrent seuls : BURGELIN (Jean-François), *L'avocat général à la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme*, Allocution du 10 janvier 1997, GP 23-24 mai 1997.

¹⁶⁷³ WAQUET (Philippe), *La situation à la Cour de cassation in Le Ministère public et les exigences du procès équitable*, Droit et justice n°44, Bruylant, Nemesis, 2003, Bruxelles, p179, spécialement p 181 et suivantes.

¹⁶⁷⁴ Disponible sur le site internet de la Cour EDH, requête n°12005/86 ; GOUTTENOIRE (Adeline), *GA CourEDH*, 3^{ème} édition, Thémis, PUF, 2005, Paris, p 280, n°28.

¹⁶⁷⁵ § 26 de l'arrêt.

¹⁶⁷⁶ § 27 de l'arrêt.

est renforcé par la participation du magistrat au délibéré¹⁶⁷⁷. Cette décision rendue dans le domaine pénal est par la suite transposée à la matière civile¹⁶⁷⁸.

La similitude des rôles attribués au Parquet de la Cour de cassation française laissait augurer de l'inconventionnalité de la procédure devant la juridiction du droit. Refusant de se soumettre à une modification de ses méthodes, la Haute juridiction rejetait les pourvois arguant d'une violation de l'article 6 du traité européen. En effet, certains justiciables avisés souhaitaient que leur soient transmises, avant l'audience, les réquisitions écrites du Ministère public¹⁶⁷⁹.

Les demandeurs disposaient, pourtant, par la voix de leurs représentants, de la faculté de répondre aux conclusions de l'Avocat général, oralement ou par note de délibéré. Il s'agissait là d'une innovation impulsée par la Haute juridiction, dans la perspective d'un respect accru du droit au procès équitable. En outre, l'Avocat général informait les conseils des parties, avant le jour de l'audience, du sens de ses propres conclusions¹⁶⁸⁰.

610. Malgré ces premières retouches procédurales, la jurisprudence strasbourgeoise rattrape le Parquet de la Cour de cassation à l'occasion de l'affaire REINHARDT et SLIMANE-KAÏD contre France, rendue en Grande Chambre le 31 mars 1998¹⁶⁸¹. Toutefois, la fermeté relevée dans les précédentes décisions semble se distendre. Tout d'abord, la Cour de Strasbourg considère la procédure devant la Chambre criminelle dans sa globalité¹⁶⁸². Elle constate que l'Avocat général a reçu communication de l'ensemble du rapport du Conseiller et de ses projets d'arrêts, alors que les avocats des parties n'ont accès qu'au premier volet comportant l'exposé des faits, de la procédure et des moyens, ne bénéficiant, une semaine avant l'audience, que du sens de la solution retenue par le magistrat. Prenant en considération l'importance du second volet du rapport, à savoir l'analyse juridique de l'affaire et l'avis du

¹⁶⁷⁷ Durant lequel il semble « *disposer [...] d'une occasion supplémentaire d'appuyer, à l'abri de la contestation du requérant, ses conclusions de rejet du pourvoi* » §28 de l'arrêt. Il est vrai que devant la juridiction belge, l'Avocat général pouvait prendre la parole durant le délibéré.

¹⁶⁷⁸ MARGUENAUD (Jean-Pierre), note relative à l'arrêt de la Cour EDH, VOISINE contre France du 8 février 2000, RTDH 2001, p 825 (spécialement p 833). Le Professeur MARGUENAUD expose, en outre, la sévérité des décisions ultérieures qui soutiennent que « *...l'impossibilité pour le demandeur de répondre aux conclusions recommandant le rejet de son pourvoi et la présence du représentant du parquet de cassation au délibéré de la Cour constituent séparément une violation de l'article 6 alors que l'arrêt Borgers n'avait abouti à un constat de violation que par la combinaison de ces deux éléments* ».

¹⁶⁷⁹ Crim. 18 décembre 1996, Bull. crim. n° 475, p 1380 ; Crim. 1^{er} octobre 1997, Procédures février 1998, commentaire n°44, p 13, note BUISSON (Jacques) ; Crim. 5 et 12 novembre 1997, Bull. crim. n°377, p 1267 et n°380, p 1281.

¹⁶⁸⁰ BURGELIN (Jean-François), *L'avocat général à la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme*, Allocution du 10 janvier 1997, GP 23-24 mai 1997.

¹⁶⁸¹ Requêtes n° 21/1997/805/1008 et 22/1997/806/1009, disponible sur le site internet de la Cour EDH ; D 1999, jurisprudence p 281 ; JDI 1999, jurisprudence p 232, observations ASCENCIO (Hervé) ; Procédures, juillet 1998, Commentaire n°177, p 16, note BUISSON (Jacques) ; RTDCiv. 1998, p 511, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre). Voir également PERRIN DE BRICHAMBAUT (Marc), DUBROCARD (Michèle), *Quelques aspects de la spécificité de la procédure devant la Cour de cassation française face au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme*, in Mélanges en l'honneur de Louis-Edmond PETTITI, Bruylant – Nemesis, 1998, Bruxelles, p 613.

¹⁶⁸² § 104 de l'arrêt.

rapporteur, elle considère que le déséquilibre créé ne s'accorde pas avec les exigences du procès équitable¹⁶⁸³. Ensuite, elle remarque que les conclusions de l'Avocat général ne sont pas communiquées aux parties. Certes, elles sont informées de leur sens avant l'audience et leurs représentants peuvent répliquer oralement durant l'audience ou par note de délibéré, mais le gouvernement n'a pas apporté la preuve que ces pratiques, qui satisfont aux exigences du procès équitable, existaient à l'époque où le pourvoi du requérant a été analysé¹⁶⁸⁴. La Cour affirme que l'article 6§1 de la CEDH a été violé¹⁶⁸⁵.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation résiste pourtant aux exigences européennes, par un arrêt du 6 mars 2001¹⁶⁸⁶.

611. Les pratiques de la Cour de cassation sont altérés, à la suite d'une décision strasbourgeoise, relative à la procédure devant le Conseil d'Etat. Le caractère équitable de cette procédure est analysé à l'occasion d'un arrêt KRESS contre France du 7 juin 2001, rendu également en Grande chambre¹⁶⁸⁷. Les juges strasbourgeois déclarent contraire à l'égalité des armes la participation du Commissaire du gouvernement au délibéré¹⁶⁸⁸. Cette décision est confortée par un arrêt MARTINIE contre France du 12 avril 2006¹⁶⁸⁹, par lequel la Cour EDH étend les exigences déduites de la disposition conventionnelle à la Cour des comptes. Reprenant, *mutatis mutandis*, les conclusions dégagées dans l'arrêt DELCOURT, la décision KRESS fait peser de nouvelles suspicions sur le rôle du Parquet de cassation. Les

¹⁶⁸³ §105 de l'arrêt, confirmé par les décisions ultérieures rendues à l'encontre de la France : BERGER du 3 décembre 2002, requête n° 48221/99 ; PASCOLINI du 26 juin 2003, requête n° 45019/98 ; LILLY FRANCE du 14 décembre 2003, requête 53892/00 ; CROCHARD du 3 février 2004, requête n°68255/01 ; WEILL du 5 février 2004, requête n°49843/99 ; QUESNE du 1^{er} avril 2004, requête n°65110/01 ; FABRE du 2 novembre 2004, requête n°69225/01 ; COULAUD du 2 novembre 2004, requête n°69680/01 ; SCP HUGLO, LEPAGE et Associés du 1^{er} février 2005, requête n°59477/00 ; HOSTEIN du 18 juillet 2006, requête n°76450/01 : ces arrêts, dont la liste n'est pas exhaustive, sont disponibles sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁶⁸⁴ §106 de l'arrêt.

¹⁶⁸⁵ Cette solution est réaffirmé à l'occasion d'un arrêt SLIMANE KAÏD contre France du 25 janvier 2000, requête 29507/95, disponible sur le site internet de la Cour EDH ; D 2000, SC p 186, observations FRICERO (Nathalie) ; PA 11 août 2000, n°160, p 6, note PICCA (Georges), SAURET (Alain).

¹⁶⁸⁶ Bull. crim. n°58, p 197.

¹⁶⁸⁷ Requête n°39594/98, disponible sur le site internet de la Cour EDH ; RTDE 2001, p 727, observations BENOIT-ROHMER (Florence) ; D 2001, jurisprudence p 2619, note DRAGO (Roland) ; RTDH 2002, p223, note SERMET (Laurent) ; JCP G 2001, II, 10578, p 1568, note SUDRE (Frédéric). Voir également les chroniques de ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), « *Savoir n'est rien, imaginer est tout* » *Libre conversation autour de l'arrêt Kress de la Cour européenne des droits de l'homme*, D 2001, Chronique p 2611 ; COHEN-JONATHAN (Gérard), *L'arrêt Kress de la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française : quelques observations*, GP vendredi 4, samedi 5 octobre 2002, spécial droits de l'homme, p 1421 ; GUINCHARD (Serge), *O Kress où est ta victoire ? Ou la difficile réception, en France, d'une (demie) leçon de démocratie procédurale* in *Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en Hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Vol. II, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 937.

¹⁶⁸⁸ Solution confirmée par un arrêt de la Cour EDH, LOYEN contre France du 5 juillet 2005, JCP G 2006, I 109, p 188, observations SUDRE (Frédéric).

¹⁶⁸⁹ Requête n°58675/00, disponible sur le site internet de la Cour EDH ; SERMET (Laurent), *L'arrêt Martinie contre France : Un arrêt de Grande Chambre ? Assurément. Un grand arrêt ? Non. Commentaire de l'arrêt Martinie contre France, Grande Chambre, 12 avril 2006*, RFDA mai-juin 2006, p 577 ; AJDA 2006, Chronique p 1710, observations FLAUSS (Jean-François) ; JCP G 2006, I 164, p 1588, observations SUDRE (Frédéric).

justiciables s'engouffrent, d'ailleurs, dans la brèche ouverte par la jurisprudence européenne, contestant la présence de l'Avocat général au délibéré¹⁶⁹⁰.

612. L'arrêt KRESS entraîne, à la Cour de cassation, une réaction aussi vive qu'inattendue. Bien avant que la Cour EDH n'ait eu à se prononcer sur tous les aspects des fonctions du Ministère public au sein de la Haute juridiction, le Bureau de la Cour de cassation entame une réforme draconienne du statut des Avocats généraux. Depuis le 1^{er} octobre 2001, les Avocats généraux ne peuvent plus participer au délibéré. La note d'étude et le projet d'arrêt du Rapporteur ne leur sont plus communiqués depuis le 1^{er} janvier 2002¹⁶⁹¹. Désormais, les parties et les Avocats généraux bénéficient d'un « *rapport enrichi* »¹⁶⁹² ou « *objectif* »¹⁶⁹³ qui informe sur l'ensemble du débat juridique, les questions du litige et le nombre de projets préparés par le rapporteur. Enfin la conférence se tient en dehors de leur présence¹⁶⁹⁴.

Ces modifications ont été reçues, par nombre d'Avocats généraux, comme une discréditation de leur rôle et ont installé des tensions incontestables entre le siège et le parquet¹⁶⁹⁵. Certains ont relevé les nombreuses critiques dont la jurisprudence européenne pouvait faire l'objet¹⁶⁹⁶. De plus, le Bureau s'est prononcé sur la Conférence, alors que la question de la participation des Avocats généraux à cette réunion n'a jamais été soulevée à Strasbourg. La solution est toutefois naturelle puisqu'en dessaisissant l'Avocat général du second volet du rapport, il paraît contradictoire de lui donner l'opportunité d'en connaître la teneur au cours de la Conférence. Toutefois, le Président WEBER souligne que « *les présidents de chambre ou les doyens ont pris l'habitude, après la conférence, d'avoir un échange avec l'avocat général d'audience, selon des modalités variables suivant les chambres, afin de déterminer les affaires qui posent problème* »¹⁶⁹⁷.

¹⁶⁹⁰ Voir les arrêts de la Crim. des 3 juin 1998, Bull. crim. n°178, p 485 ; 17 juin 1998 Bull. crim. n°196, p 544 ; 16 novembre 1999, Bull. crim. n°257, p 806 ; 15 mars 2000, Bull. crim. n°121, p 369.

¹⁶⁹¹ En effet, les Avocats généraux ne bénéficiaient que du rapport expurgé de la note, tout comme les parties : DE GOUTTES (Régis), *La situation à la Cour de cassation in Le Ministère public et les exigences du procès équitable*, Droit et justice n°44, Bruylant, Nemesis, 2003, Bruxelles, p 75 ; NADAL (Jean-Louis), *La jurisprudence de la Cour de Strasbourg : une chance pour le parquet général de la Cour de cassation*, D2005, Chronique p 800. En réalité, est désormais évoqué une nouvelle forme de rapport, appelé enrichi. Il devrait contenir le rapport au sens strict et les problèmes juridiques soulevés.

¹⁶⁹² ANCEL (Jean-Pierre), *Les opinions dissidentes in Les méthodes de jugement, les opinions dissidentes*, cycle de séminaires, 18 octobre 2005, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

¹⁶⁹³ WEBER (Jean-François), *La Cour de cassation*, Etudes de la documentation française, 2006, Paris, p 84.

¹⁶⁹⁴ ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), *Bien lus, bien compris, mais est-ce bien raisonnable ? Toujours à propos du droit à un procès équitable et du « ministère public »*, D 2004, Chronique p 886 (sur les modifications engendrées par la réforme voir p 889 et suivantes).

¹⁶⁹⁵ Il faut signifier que le Bureau étant composé, outre le Président de la Cour, des Présidents de Chambre, du Procureur général et du Premier Avocat général, les voix du parquet étaient minoritaires. SAINTE-ROSE (Jerry), *Le parquet général de la Cour de cassation « réformé » par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : mythe ou réalité ?* D 2003, point de vue p 1443 ; LYON-CAEN (Pierre), *Le parquet général de la Cour de cassation*, D 2003, Interview, p 211.

¹⁶⁹⁶ BURGELIN (Jean-François), *Allocution prononcée lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le vendredi 11 janvier 2002 in Rapport de la Cour de cassation 2001, Les libertés*, disponible sur le site internet de la Cour de Cassation, également publié à la documentation française.

¹⁶⁹⁷ WEBER (Jean-François), *Op. Cit.* p 88.

613. Incontestablement, cette volonté d'appropriation de la jurisprudence européenne est judicieuse au regard des décisions ultérieures rendues par la juridiction strasbourgeoise. En effet, la participation de l'Avocat général au délibéré est contestée par la Cour EDH, à l'occasion de plusieurs affaires françaises. Par l'arrêt FONTAINE et BERTIN du 8 juillet 2003¹⁶⁹⁸, la Cour EDH sanctionne la France en raison « *de la seule présence* » des Avocats généraux aux délibérés de la Chambre criminelle. Cette solution est réaffirmée, sur le fondement de la théorie de l'apparence à l'occasion de l'arrêt SLIMANE-KAÏD, rendu le 27 novembre 2003¹⁶⁹⁹. La Haute juridiction en modifiant son organisation interne assure la conventionnalité de sa procédure. Elle s'inscrit, ainsi, dans une démarche respectueuse de la primauté des normes supranationales protectrices des droits de l'Homme. Toutefois, il n'est pas certain que cette jurisprudence profite au fonctionnement de la Cour de cassation. Comme le souligne le Président WEBER, les Avocat généraux « *assistaient, sans mot dire, au délibéré de la chambre* ». Ils n'influençaient pas la formation dans un sens favorable à son avis, mais « *cette présence silencieuse au délibéré présentait pour eux un mérite pédagogique évident dans la mesure où ils pouvaient ainsi se familiariser rapidement avec le contentieux de la chambre et avec la technique du pourvoi en connaissant les raisons pour lesquelles telle solution avait finalement été retenue* »¹⁷⁰⁰. Le rôle du Haut magistrat n'était pas décrié par les avocats près la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Au contraire, l'Avocat général entretenait une relation privilégiée avec les représentants des parties, auxquels il pouvait donner un avis et jouer le rôle « *d'interface* » avec le siège¹⁷⁰¹

614. Prenant acte de ces décisions, quelques années de recul permettent d'envisager les effets de la jurisprudence strasbourgeoise. Bien que le Procureur général de la Cour de cassation emprunte la voie de l'apaisement¹⁷⁰², il n'en demeure pas moins que le rôle de l'Avocat général se trouve considérablement modifié, si bien qu'il faut s'interroger sur les garanties d'une meilleure justice engendrées par ces mutations. Désormais, les activités du

¹⁶⁹⁸ Requête n°38410/97 et 40373/98, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁶⁹⁹ Requête n°48943/99, disponible sur le site internet de la Cour EDH ; JCP Administrations et collectivités territoriales 2004, Europe n°1122, p 241, note GAUTHIER (Catherine). Cette solution fut confirmée à de nombreuses reprises : pour une liste non exhaustive des décisions se référer aux arrêts condamnant la France : QUESNE du 1^{er} avril 2004, requête n°65110/01 ; FEMECH du 30 novembre 2004, requête n°71445/01 ; W du 31 mars 2005, requête 61517/00. Toutes ces décisions sont disponibles sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁷⁰⁰ WEBER (Jean-François), Op. Cit. p 142. Ainsi que l'indique le Professeur ANDRIANTSIMBASOVINA « *..., en interdisant sévèrement toute présence du ministère public au délibéré, elle (La Cour EDH) sous-estimait l'apport d'une telle présence passive à la formation des magistrats et à la transmission de la bonne manière de rendre la justice* » : *Les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme : la fiction déjà dépassée par la réalité ?* in *Le Ministère public et les exigences du procès équitable*, Droit et justice n°44, Bruylant, Nemesis, 2003, Bruxelles, p 151 (plus spécialement p172-173) ; WAQUET (Philippe), *La situation à la Cour de cassation in Le Ministère public et les exigences du procès équitable*, Droit et justice n°44, Bruylant, Nemesis, 2003, Bruxelles, p182-183.

¹⁷⁰¹ LYON-CAEN (Pierre), *Le parquet général de la Cour de cassation*, D 2003, Interview, p 211.

¹⁷⁰² NADAL (Jean-Louis), *La jurisprudence de la Cour de Strasbourg : une chance pour le parquet général de la Cour de cassation*, D2005, Chronique p 800 ; *Discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire* in Rapport de la Cour de cassation 2004, *La vérité*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la documentation française.

siège et du parquet sont scrupuleusement séparées, mais il n'est pas certain que la transposition des standards européens permette aux Avocats généraux d'exercer efficacement leur mission, en garantissant aux justiciables le caractère équitable de la procédure.

Tout d'abord, de nombreux avocats généraux¹⁷⁰³ relayés par la doctrine¹⁷⁰⁴ ont signalé qu'ils ne sont plus à même de fournir un avis à l'occasion de chaque pourvoi, comme l'imposent les articles 1019 du NCPC et 602 du CPP. En effet, ne disposant plus du rapport intégral du Conseiller et analysant en aveugle le pourvoi, les magistrats du parquet ne peuvent, en raison de leur faible nombre, satisfaire à cette exigence légale¹⁷⁰⁵. Cette situation crée incontestablement une différenciation entre les justiciables pour lesquels le dossier est étudié par deux Hauts magistrats et ceux qui ne bénéficient pas de ce double regard. Ainsi l'égalité de tous devant la justice disparaît, engendrant un déséquilibre peu compatible avec les exigences européennes. Pour cette raison, les Avocats généraux ont décidé d'introduire des requêtes signifiant aux Présidents des formations qu'ils n'avaient pas été en mesure d'émettre un avis sur le dossier. Ces requêtes n'ont pas obtenu de réponse. Sans doute l'existence du rapport objectif permettra de remédier à ces disparités. Toutefois, en préservant les apparences, la Cour EDH n'a pas concrétisé les objectifs d'une justice réellement transparente. Certes, elle ne conteste pas l'impartialité objective du Haut magistrat¹⁷⁰⁶, mais en l'assimilant à une partie, elle a sans doute privilégié une voie, en réalité, inéquitable.

615. La Cour EDH a néanmoins préservé le monopole de la parole des avocats près de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat¹⁷⁰⁷. La première décision VOISINE du 8 février

¹⁷⁰³ BURGELIN (Jean-François), LYON-CAEN (Pierre), SAINTE-ROSE (Jerry), Op. Cit.

¹⁷⁰⁴ ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), *Bien lus, bien compris, mais est-ce bien raisonnable ? Toujours à propos du droit à un procès équitable et du « ministère public »*, D 2004, Chronique p 886 (plus spécialement p 889).

¹⁷⁰⁵ DE GOUTTES (Régis), *La situation à la Cour de cassation in Le Ministère public et les exigences du procès équitable*, Droit et justice n°44, Bruylant, Nemesis, 2003, Bruxelles, p 71.

¹⁷⁰⁶ GUINCHARD (Serge), *Vers une démocratie procédurale in Ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans*, collection Justice, D, 1999, Paris, p 91 (spécialement p 120).

¹⁷⁰⁷ Devant la juridiction du droit, les justiciables sont représentés par un corps d'avocats spécialisés au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, constitués en un ordre particulier. Le plus souvent, la constitution du pourvoi est soumise à la représentation obligatoire du demandeur par ces officiers ministériels. Toutefois, certaines matières relèvent de la procédure sans représentation obligatoire, permettant au justiciable qui le souhaite de se défendre seul ou bien de désigner un représentant d'un barreau rattaché aux juridictions du fond ou un tiers. Au civil, selon l'article 983 du NCPC, la représentation est obligatoire dès lors qu'aucune disposition spéciale n'a réservé aux parties la faculté de se dispenser du ministère d'avocat à la Cour de cassation. En droit pénal, en revanche, la représentation n'est pas obligatoire, les dispositions internes convergent ainsi avec le droit conventionnel découlant de l'article 6§3c de la CEDH, selon lequel l'accusé a droit de « se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix... ». Bien que facilitant l'accès à la Cour de cassation, la procédure sans représentation obligatoire va, évidemment, placer le justiciable non représenté dans une situation périlleuse, car, bien que néophyte, il devra faire preuve des diligences incombant aux avocats spécialisés afin de voir aboutir ses prétentions. Ainsi, des voix se sont élevées afin de stigmatiser l'iniquité de la procédure : CANIVET (Guy), *Le principe d'équité dans le pourvoi en cassation*, in *Libertés, justice, tolérance*, Tome I, Mélanges en l'honneur de Gérard COHEN-JONATHAN, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 367 (plus spécialement p 371 et suivantes) ; du même auteur *L'égalité d'accès à la Cour de cassation in L'égalité*, Rapport de la Cour de cassation 2003, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la documentation française ; également *L'accès au juge de cassation et le principe d'égalité*, PA 28 novembre 2002, n°238, p 15 ; BARTHELEMY

2000¹⁷⁰⁸ précise que si « ...la spécificité de la procédure devant la Cour de cassation peut justifier de réserver aux seuls avocats spécialisés le monopole de la prise de parole », il n'en demeure pas moins que le justiciable choisissant, comme le lui permet la loi interne, de se défendre seul, doit bénéficier des moyens de procédure lui garantissant le droit à un procès équitable¹⁷⁰⁹. Cette solution est confirmée dans les arrêts ADOUD et BOSONI du 27 février 2001¹⁷¹⁰ et MEFTAH du 26 avril 2001¹⁷¹¹. Sur l'insistance de la Cour de cassation, le gouvernement français décide de porter ces affaires devant la Grande Chambre de la Cour EDH¹⁷¹². Cette démarche de résistance aboutit à la décision MEFTAH, ABOUD et BOSONI du 26 juillet 2002¹⁷¹³. La Cour EDH réaffirme sa position relative au monopole de la parole des avocats près la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Cette exclusivité n'est pas contraire à l'article 6 du traité¹⁷¹⁴. Elle confirme également les décisions précédentes au regard de la transmission des conclusions de l'Avocat général, condamnant à nouveau la France pour violation du contradictoire¹⁷¹⁵. Cette jurisprudence est confirmée à de multiples reprises¹⁷¹⁶. En outre, la violation de la disposition conventionnelle est également constatée relativement à la transmission du rapport du Conseiller rapporteur, dans le cadre de la procédure sans représentation obligatoire¹⁷¹⁷. Désormais les individus non représentés bénéficient des mêmes droits que les justiciables bénéficiant d'un avocat.

616. La Cour EDH, alors que certains auteurs remarquent que sa procédure pourrait ne pas répondre entièrement aux conditions qu'elle impose¹⁷¹⁸, est très exigeante envers les juridictions internes. La Cour de cassation met toute son énergie à respecter les prescriptions européennes, afin de rendre des arrêts au terme d'une procédure dont la conventionnalité ne peut être contestée. En outre, sa jurisprudence étant assimilée à la loi, au sens de l'interprétation européenne, la Haute juridiction semble s'engager dans un contrôle de la

(Jean), *Le droit au pourvoi* in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, Paris, p 185 (plus spécialement p 198 et suivantes).

¹⁷⁰⁸ Requête n°27362/95, disponible sur le site internet de la Cour EDH ; MARGUENAUD (Jean-Pierre), RTDH 2001, p 825 ; THIERRY (Jean), D 2000, jurisprudence p 651.

¹⁷⁰⁹ §33 de l'arrêt.

¹⁷¹⁰ Requête. 35237/97 et 34595/97 disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁷¹¹ Requête. 32911/96 disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁷¹² DE GOUTTES (Régis), *Logiques de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme* in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, sous la direction de Nicolas MOLFESSIS, Economica, 2004, Paris, p 231 (plus spécialement p 236).

¹⁷¹³ Requête n° 32911/96, 35237/97 et 34595/97 disponible sur le site internet de la Cour EDH ; RTDH 2003 p 1335, note PUECHAVY (Michel) ; Droit pénal 2002, commentaire n°399, observations DEFFAINS (N.).

¹⁷¹⁴ §45 et suivants de l'arrêt.

¹⁷¹⁵ §49 et suivants de l'arrêt.

¹⁷¹⁶ D'autres décisions rendues contre la France sont disponibles sur le site internet de la Cour EDH : RICHEN et GAUCHER, 23 janvier 2003, requête n° 31520/96 et 34359/97 ; DURIEZ-COSTE, 7 octobre 2003, requête n°50638/99 ; MENHER, 3 février 2004, requête 60546/00 ; SIBAUD 18 janvier 2005, requête n°51069/99 ; Philippe PAUSE 15 février 2005, requête 58742/00.

¹⁷¹⁷ Arrêts NESME contre France du 14 décembre 2004, requête n°72783/01 et LACAS contre France du 8 février 2005, requête 74587/01.

¹⁷¹⁸ MARGUENAUD (Jean-Pierre), LANGENIEUX (Anne), *De l'impartialité et de l'indépendance des juges de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Droit et procédures novembre-décembre 2003, n°6, p 337.

conventionnalité de ses revirements qui se confond sensiblement à celui développé à l'égard des lois de validation ou simplement rétroactives.

2- Vers le contrôle de conventionnalité du revirement de jurisprudence ?

617. Le rôle de la Cour de cassation est considérablement amplifié par les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. La jurisprudence de la Cour EDH, en assimilant le droit prétorien à la loi, redessine incontestablement le débat relatif à la création du droit par le juge. Cette incorporation suscite certaines discussions. Dès lors que la jurisprudence est identifiée à la loi, l'exigence de prévisibilité impose de s'interroger sur l'aménagement de la rétroactivité des revirements de jurisprudence. Ce débat largement engagé depuis le Rapport MOLFESSIS¹⁷¹⁹, a sans doute été précédé par la perspicacité de certains justiciables.

618. En effet, par les arrêts du 10 juillet 2002¹⁷²⁰, la Chambre sociale modifie les conditions de validité des clauses de non concurrence, en exigeant, à peine de nullité, qu'il soit versé au salarié une contrepartie financière. Ces décisions s'appliquent immédiatement, justifiant, selon la Haute juridiction, une cassation sans renvoi¹⁷²¹. Certains justiciables considèrent alors que l'application immédiate de cette solution attente à leur sécurité juridique, telle que garantie par l'article 6§1 du traité européen. A l'occasion d'une première décision du 7 janvier 2003¹⁷²², la Haute juridiction considère « *que la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable prévu par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ne saurait consacrer un droit acquis à une*

¹⁷¹⁹ Cour de cassation, *Les revirements de jurisprudence, rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET*, Groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, Litec, 2005, Paris ; JCP G. 2005, Actualité n°43, p 119 ; DROSS (William), *La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? (à propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence)*, D 2006, Chronique p 472 ; AMRANI MEKKI (Soraya), ATIAS (Christian) ; AUBERT (Jean-Luc), BACHELLIER (Xavier), JOBARD-BACHELLIER (Marie-Noëlle), FRISON-ROCHE (Marie-Anne), MALINVAUD (Philippe), MELLERAY (Fabrice), MONEGER (Joël), SERINET (Yves-Marie), *A propos de la rétroactivité de la jurisprudence*, RTDCiv. 2005, p 293 ; RENNES (Pascal), LYON-CAEN (Pierre), GAYAT (Emmanuel), DE SENGAL (Arnaud), *Sécurité juridique, revirements de jurisprudence, pouvoirs des juges, beaucoup de bruit pour peu de choses ?* Le droit ouvrier, avril 2005, n°681, p 138 et suivantes ; MORVAN (Patrick), *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon*, D 2005, Chronique p 247 (voir plus spécialement p 250). DEUMIER (Pascal) et ENCINAS DE MUNAGORRI (Raphaël), *Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielle ? Interrogation à partir d'un rapport*, RTDCiv. 2005, p 83 ; HEUZE (Vincent) *A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence : une réaction entre indignation et incrédulité*, JCP 2005, I, 130 ; MOLFESSIS (Nicolas), *Pour un droit transitoire des revirement de jurisprudence*, Semaine sociale Lamy, décembre 2004, p 4 ; WAQUET (Philippe), *Les revirements et la Chambre sociale*, Semaine sociale Lamy, décembre 2004, p 10 ; RADE (Christophe), *De la rétroactivité des revirements de jurisprudence*, D 2005, Chronique p 988 ; CANIVET (Guy), MOLFESSIS (Nicolas), *Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ?* Procédures décembre 2004, p 6.

¹⁷²⁰ Soc. 10 juillet 2002, BICC n°562 du 15 septembre 2002, avec l'avis de Monsieur l'Avocat général KHERIG (Stanislas), disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

¹⁷²¹ Relativement aux pourvois 99-43.334,99-43.335 et 99-43.336 et 00-45.387.

¹⁷²² Pourvoi n°00-46.476, (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance. RDC 2003, p 145, observations RADE (Christophe).

jurisprudence immuable, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit ». Cette solution est confortée à l'égard des clauses de non concurrence¹⁷²³, mais également en d'autres matières¹⁷²⁴.

619. Ces arrêts ne surprennent pas, puisqu'ils s'inscrivent dans une tradition jurisprudentielle refusant d'admettre le revirement de jurisprudence pour l'avenir. Ainsi, la première Chambre civile affirme, par arrêt du 21 mars 2000¹⁷²⁵, que « ...*la sécurité juridique invoquée ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit* ». De même, la troisième Chambre civile refuse de consacrer le droit au maintien d'une « *jurisprudence constante* »¹⁷²⁶.

La Chambre criminelle réfute, sur le fondement de l'article 7§1 du traité européen, l'application du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère à une « *simple interprétation jurisprudentielle* »¹⁷²⁷. Ces décisions distinguent entre le rôle de la loi et celui de la jurisprudence¹⁷²⁸.

620. Toutefois, il semble difficile de contester que les évolutions prétoriennes subites produisent une certaine insécurité, dès lors que les solutions retenues engendrent une modification profonde du droit positif en vigueur. Quelques formations de la Haute juridiction se sont donc interrogées sur la pertinence d'une limitation de l'effet rétroactif de la jurisprudence. Sûrement animée par un sentiment d'équité, la première Chambre civile, par arrêt du 27 novembre 1997, a estimé qu'il ne peut être reproché à un notaire de n'avoir « *pas prévu un revirement de jurisprudence* » en établissant un acte de cautionnement¹⁷²⁹.

¹⁷²³ Sociale 25 février 2004, pourvoi n°02-41306, (inédit), site internet légifrance.

¹⁷²⁴ Sociale 25 juin 2003, Bull. civ. IV n°206, p 206, D 2004, p 1761, note JULIEN (Mathilde), relatif à la procédure de licenciement collectif ; 26 novembre 2003, pourvoi n°01-45486 (inédit), relatif au plafond de garantie ; 18 janvier 2005, pourvoi n°02-46737 (inédit), relatif à l'offre de reclassement individuelle ; 23 février 2005, pourvoi n°02-42615 (inédit), relatif à la qualification du contrat. Lors de deux arrêts du 28 janvier 2004, concernant la notion de travail effectif, la Haute juridiction modifie quelque peu sa motivation en indiquant : « ...*que l'application par les juges du fond d'une interprétation jurisprudentielle – fût-elle postérieure à l'introduction de l'instance ne saurait constituer une violation de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » : pourvois n°02-40173 et 02-40174 (inédits).

¹⁷²⁵ Bull. civ. I n°97, p 65 ; D 2000, jurisprudence p 593, note ATIAS (Christian) ; RTDCiv. 2000, p 666, observations MOLFESSIS (Nicolas). Cette solution est réaffirmée à l'occasion d'un arrêt du 9 octobre 2001, relatif au devoir d'information du médecin envers son patient : Bull. civ. I, n°249, p 157, D 2001, jurisprudence p 3470, précédé du rapport de SARGOS (Pierre) et suivi de la note de THOUVENIN (Dominique) ; JCP G. 2002, II, n°10045, p 551, note CACHARD (Olivier) ; RTDCiv. 2002, p 176, observations MOLFESSIS (Nicolas).

¹⁷²⁶ Civ. 3^{ème}, 2 octobre 2002, Bull. civ. III, n°200, p 170 ; D 2003, jurisprudence p 513, note ATIAS (Christian).

¹⁷²⁷ Crim. 30 janvier 2002, Bull. crim. n°16, p 50.

¹⁷²⁸ D 2000, jurisprudence p 593, note ATIAS (Christian).

¹⁷²⁹ Bull. civ. I, n°328, p 222 ; RTDCiv. 1998, p 210, observations MOLFESSIS (Nicolas). Sur ces questions voir MORVAN (Patrick), *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon*, D 2005, Chronique p 247 (voir plus spécialement p 250). En l'espèce, la Cour ne procède pas à un revirement pour l'avenir, mais aménage les répercussions que pourraient engendrer la nullité de l'acte, découlant du revirement, sur la responsabilité civile du notaire.

De même, la Chambre sociale, de nouveau interrogée sur la portée dans le temps du revirement de jurisprudence relatif aux clauses de non concurrence, modifie profondément sa motivation à l'occasion d'un arrêt rendu le 17 décembre 2004¹⁷³⁰. Elle considère « *que l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde de l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle ; que loin de violer les textes visés par le moyen et notamment l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour d'appel en a au contraire fait exacte application en décidant que cette exigence était d'application immédiate...* ». Cette décision suscite certaines réflexions et interrogations. Tout d'abord, la jurisprudence relative aux clauses de non concurrence a un effet rétroactif, celui-ci n'est plus justifié par « *le rôle de l'office du juge dans l'application du droit* », mais fondé sur « *l'impérieuse nécessité* » d'assurer l'effectivité d'une liberté. La similitude de la motivation avec celle développée à l'égard de la conventionnalité des lois de validation ou rétroactives est frappante. En particulier l'emprunt du terme « *impérieux* » dans les deux hypothèses révèle que la formation sociale entend vérifier la conventionnalité du revirement au regard de l'article 6 de la CEDH, tout comme elle contrôle l'opportunité de l'intervention législative. L'interprétation *a contrario* de la décision permet d'envisager que le revirement pour l'avenir est concevable s'il n'est pas fondé sur une « *impérieuse nécessité* »¹⁷³¹. Cette motivation est largement confirmée par plusieurs arrêts ultérieurs¹⁷³².

Le revirement pour l'avenir est véritablement admis par la deuxième Chambre civile, le 8 juillet 2004¹⁷³³. A l'occasion de cette décision, les juges du droit procèdent à un revirement, relativement à la prescription de l'action civile découlant de l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881, fondée sur l'atteinte à la présomption d'innocence¹⁷³⁴. Toutefois, ils considèrent qu'il n'est pas opportun de l'appliquer à l'instance en cours. Au contraire, le droit au procès équitable impose de le réserver pour l'avenir, au motif que « *...l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;* ». La CEDH sert de fondement à l'aménagement dans le temps de la portée d'un revirement. En d'autres termes, le procès équitable impose de

¹⁷³⁰ Bull. civ. V, n°346, p 310 ; RDC juillet 2005, p 871, observations DEBET (Anne) ; D 2005, IR p 110, observations GUIOMARD (P.).

¹⁷³¹ MORVAN (Patrick), Op. Cit. ; RADE (Christophe), *De la rétroactivité des revirements de jurisprudence*, D 2005, Chronique p 988.

¹⁷³² Tous les arrêts suivants sont inédits et disponibles sur le site internet Légifrance : Soc. 5 avril 2006, pourvoi n°04-45205 ; 27 septembre 2005, pourvoi n°03-45753 ; 28 juin 2005, pourvoi n°03-45342 ; 30 mars 2005, pourvoi n°03-41911.

¹⁷³³ Bull. civ. II, n°387, p 323.

¹⁷³⁴ Civ. 2^{ème}, 4 décembre 1996, Bull. civ. II, n°279, p 169 ; D 1997, jurisprudence p 165, note BIGOT (Jean-Yves) et DUPEUX (Christophe).

vérifier la conventionnalité de l'intervention prétorienne créatrice ou modificatrice du droit, au regard de la sécurité juridique, de la prévisibilité.

Ces solutions transforment profondément l'approche française de la jurisprudence, la consacrant comme source de droit. Fondée sur l'article 6 du traité européen, ces décisions assimilent la loi et la jurisprudence au regard de leur application dans le temps. Selon le Professeur MORVAN, cette assimilation doit s'appuyer tant sur la disposition européenne que sur l'article 2 du Code civil¹⁷³⁵. En réalité, la Cour de cassation procède à un contrôle de la conventionnalité du revirement de jurisprudence à l'égard des exigences posées par le droit au procès équitable. La transposition de l'examen développé pour les lois de validation législative est saisissante. La Cour s'impose le contrôle qu'elle applique au législateur.

621. Le Premier président de la Cour de cassation a décidé de confier à un groupe de travail présidé par le Professeur MOLFESSIS, une étude consistant à remédier aux inconvénients de la rétroactivité des revirements de jurisprudence. Cette évolution de la jurisprudence doit être mise en perspective avec ces travaux. Les conclusions fournies par le rapport démontrent que le groupe de travail est favorable aux revirements pour l'avenir. Il précise que ce mécanisme suppose acquis le pouvoir créateur de la jurisprudence. L'effet rétroactif de la jurisprudence pourra être limité s'il engendre une injustice pour les justiciables, mais devra être accepté lorsqu'il va dans le sens de l'intérêt général. Enfin, le rapport préconise de rendre les revirements réparables, par une communication du Parquet général.

622. Evidemment, ces débats sur la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence ont suscité un grand émoi et engendré des discussions doctrinales aussi vives qu'intéressantes. La distinction entre la loi et la jurisprudence, le pouvoir législatif et l'autorité judiciaire, l'interdiction des arrêts de règlement sont autant de considérations qui pourraient militer en défaveur d'une telle évolution du droit.

Face à ces riches analyses et dans l'attente de la transposition prétorienne des travaux dégagés par le rapport MOLFESSIS, il importe de s'interroger sur la pertinence de la jurisprudence élaborée sur le fondement de l'article 6 de la CEDH. En cette matière, sans doute faut-il faire preuve de pragmatisme afin de s'apercevoir que, par delà les interrogations sur la portée de la jurisprudence, la question de la modulation du revirement ne produira qu'une modification très relative de nos traditions juridiques.

En effet, à l'instar du rapport MOLFESSIS, il est bien difficile de considérer que la jurisprudence n'est pas une source du droit. La Chambre sociale, sur le fondement du libre exercice d'une activité professionnelle et de l'article L. 120-2 du Code du travail définit les conditions de validité d'une clause de non concurrence. Elle décide que cette dernière doit contenir une contrepartie financière. Le droit écrit étant muet sur cette question, il faut admettre que la décision crée un droit subjectif à l'indemnisation du salarié limité dans sa

¹⁷³⁵ MORVAN (Patrick), Op. Cit.

recherche d'emploi par une disposition issue de son contrat de travail. En l'espèce, la jurisprudence de la formation sociale est bien source d'un droit pouvant immédiatement être revendiqué par les salariés.

Cette intervention imprévisible d'une nouvelle condition de validité de la clause de non concurrence s'apparente à une loi rétroactive. En recherchant si cette modification du droit positif est compatible avec les exigences posées par le droit au procès équitable, la Haute juridiction choisit une approche résolument progressiste et juridiquement irréprochable. En effet, la Cour EDH assimile la loi à la jurisprudence, au titre du droit interne pertinent objet de son contrôle. Selon le Professeur SUDRE, « *cette conception commune de la "loi" assigne en définitive à la jurisprudence une fonction complétive du droit écrit qui est exorbitante* »¹⁷³⁶. Elle pourrait indiscutablement vérifier si le droit prétorien dégagé par la Cour de cassation répond aux exigences posées par la CEDH. Telle a été sa démarche dans les arrêts KRUSLIN et HUVIG.

En outre, la probabilité d'un contrôle européen du revirement de jurisprudence est renforcée, en matière pénale, par un arrêt PESSINO contre France du 10 octobre 2006¹⁷³⁷. Cette décision est antinomique à la jurisprudence de la Chambre criminelle selon laquelle l'application du principe de non-rétroactivité à une « *simple interprétation jurisprudentielle* »¹⁷³⁸. Dans cette affaire, un individu avait poursuivi des travaux de construction, suite à un sursis à exécution de permis de construire prononcé par le Tribunal administratif. Il avait été condamné pour délit d'exécution de travaux sans permis de construire. Selon lui, le fait d'achever l'édifice malgré le sursis ne constituait pas une infraction pénale. Son pourvoi en cassation est rejeté, la Chambre criminelle opérant, par cette décision, un revirement de jurisprudence. Le justiciable forme une requête devant la Cour EDH, arguant d'une violation de l'article 7 de la CEDH. Il se prévaut du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. La juridiction strasbourgeoise constate une violation de la disposition conventionnelle. Réaffirmant que le terme "loi" englobe tant le droit écrit que prétorien, elle conforte l'exigence de prévisibilité. Si elle ne peut se substituer aux juridictions internes afin d'interpréter le droit, elle remarque que le gouvernement n'a pas été en mesure de produire une décision de justice « *établissant qu'avant l'arrêt rendu dans la présente affaire, il a été jugé explicitement que le fait de poursuivre des travaux de construction, malgré un sursis à exécution émis par le juge administratif à l'encontre du permis de construire, constituait une infraction pénale* »¹⁷³⁹. Le justiciable ne pouvait prévoir ce revirement de jurisprudence et donc savoir qu'au moment où

¹⁷³⁶ SUDRE (Frédéric), *L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 821 (spécialement p 829).

¹⁷³⁷ Requête n°40403/02, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁷³⁸ Crim. 30 janvier 2002, Bull. crim. n°16, p 50. Ce contrôle avait été pressenti par Monsieur ROETS (Damien), *L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'Homme*, D 2004, Chronique p 1991.

¹⁷³⁹ §34 de l'arrêt.

il les commettaient les actes pouvaient revêtir une qualification pénale. Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère a vocation à s'appliquer, peu importe que la sévérité résulte non d'un texte écrit mais d'une interprétation jurisprudentielle. Par conséquent, le juge répressif ne peut appliquer immédiatement un revirement de jurisprudence renforçant ou facilitant la répression d'une infraction. Cette analyse de l'arrêt PESSINO peut, cependant, être pondérée à la lumière des arrêts SW et CR contre Royaume-Uni du 22 novembre 1995¹⁷⁴⁰, auxquels la Cour EDH fait explicitement référence¹⁷⁴¹. La juridiction strasbourgeoise semble admettre, sur le fondement de l'article 7 de la CEDH, l'application immédiate de l'interprétation pénale défavorable aux prévenus, lorsque les actes étaient si avilissants que la qualification pénale pouvait être prévisible¹⁷⁴².

Plus largement, en matière civile, en procédant à un contrôle de la conventionnalité de son revirement, sur le fondement de l'article 6§1, la Cour de cassation pourrait précéder le raisonnement de la juridiction strasbourgeoise et préserver l'Etat de nouvelles condamnations. Sans doute, la modification rétroactive du droit positif doit être analysée au regard des conditions posées à l'égard des lois de validation législative, peu importe, au sens de la jurisprudence européenne, que la source du droit soit écrite ou prétorienne. Les exigences de la prévisibilité et de la sécurité juridique ne peuvent être éteintes par la nature du "support du droit nouveau". En outre, la Haute juridiction s'impose un contrôle qui s'apparente à celui dégagé à l'égard du pouvoir législatif. En d'autres termes, elle admet ne pouvoir s'affranchir des obligations qu'elle impose au législateur. Ce raisonnement respecte la distinction entre pouvoir et autorité, reconnaissant que le pouvoir ne peut être astreint à des impératifs dont l'autorité serait affranchie.

Ensuite, la démarche amorcée par la Cour de cassation doit être relativisée à l'égard de sa portée. Pour s'en convaincre, il convient de se référer à la jurisprudence européenne relative aux lois de validation. La Cour EDH ne prohibe nullement l'intervention du législateur. Toutefois, elle définit un contrôle de la loi promulguée. Le pouvoir législatif, ne peut intervenir par l'intermédiaire d'une loi rétroactive que dans l'hypothèse d'un impérieux motif d'intérêt général. La transposition du contrôle à l'égard du revirement de jurisprudence est concevable. Tout d'abord, les arrêts de la Cour de cassation ne sont pas toujours créateurs de droit. Bien souvent la Haute juridiction interprète les textes internes. S'il est parfois délicat de distinguer entre ce qui relève de la création et de l'interprétation¹⁷⁴³, il faut admettre que les exigences dégagées par la Cour EDH ne s'imposent que lorsque le juge du droit s'inscrit dans

¹⁷⁴⁰ Série A n°335-B et 335-C ; SUDRE (Frédéric), *GA CourEDH*, 3^{ème} édition, PUF, 2005, Paris, n°36, p 363.

¹⁷⁴¹ §36 de l'arrêt.

¹⁷⁴² En l'espèce, les prévenus ont été condamnés pour avoir commis un viol sur leurs épouses. L'acte était, selon la Cour EDH, si avilissant que la qualification pénale devait être regardée comme prévisible. Selon les juges strasbourgeois, l'article 7 doit être lu à la lumière des objectifs fondamentaux de la CEDH : le respect de la dignité et de la liberté humaine.

¹⁷⁴³ Sur cette question voir : TROPER (Michel), *Le pouvoir judiciaire et la démocratie* in *Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Volume II, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 1571.

une démarche de création. Dans le cas contraire, les exigences de prévisibilité et de sécurité juridique ne peuvent être avancées par le justiciable qui dispose préalablement d'un texte interne support du droit revendiqué. La jurisprudence de la Haute juridiction, précisant que les individus ne peuvent se prévaloir du droit à une jurisprudence ou à une interprétation « figée », demeure efficiente.

623. L'équilibre entre sécurité juridique et intérêt général est au cœur de la jurisprudence européenne. Il justifie fermement, au sens du rapport MOLFESSIS, la modulation des revirements de jurisprudence dans le temps. Toutefois, cette évolution du droit interne n'est pas envisagée au titre d'un principe mais d'une exception permettant de préserver le justiciable de toute injustice.

Tous les contrôles de conventionnalité, jusqu'alors abordés, s'articulent autour de normes émanant de l'Etat français. Toutefois, les exigences posées par les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme conduisent la Cour de cassation à étudier la conformité de normes qui seraient étrangères à l'œuvre créatrice du législateur, du pouvoir réglementaire ou du juge interne.

§2- Le contrôle de conventionnalité des normes n'émanant pas de l'Etat français

624. La jurisprudence de la Cour de cassation atteste que le contrôle de conventionnalité déborde l'examen de la compatibilité des normes établies par l'Etat ou ses représentants. En effet, l'influence de l'effet horizontal direct de la CEDH démontre que le juge de cassation étudie le lien contractuel à l'aune des droits de l'Homme. Ainsi, il vérifie la compatibilité du contrat ou de certaines de ces clauses avec les exigences dégagées par le traité européen (A). Par ailleurs, un litige peut soulever un élément d'extranéité conduisant le juge à rechercher, par l'intermédiaire de règles de conflit, la loi étrangère applicable à la cause. Or, certaines décisions rendues par la Haute juridiction démontrent que la primauté des dispositions conventionnelles s'applique aux normes émises par un autre Etat (B).

A- Le contrôle de conventionnalité de l'acte juridique privé

625. Dans la théorie de Hans Kelsen¹⁷⁴⁴, les normes sont hiérarchisées au sein d'un ordonnancement juridique. Cette gradation permet d'embrasser toutes les sources du Droit, y compris celles résultant des situations individuelles, comme les contrats.

Certains contrats, certaines clauses contractuelles peuvent engendrer une violation des droits de l'Homme. La Cour de cassation admet que quelques dispositions issues de la CEDH

¹⁷⁴⁴ Kelsen (Hans), *Théorie générale du droit et de l'Etat* suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, LGDJ, Bruylant, La pensée juridique, 1997, p 191 et suivantes ; plus largement voir *Théorie générale des normes*, Léviathan, PUF, 1996, Paris.

puissent jouer un effet direct horizontal¹⁷⁴⁵. Elle applique le texte conventionnel afin de rétablir le contractant dans ses droits. Cette application engendre la nullité de la clause contractuelle, la Cour corrigeant ainsi l'économie du contrat en fonction des exigences conventionnelles¹⁷⁴⁶. Ainsi, la troisième Chambre civile, dans ses arrêts du 6 mars 1996¹⁷⁴⁷ et du 22 mars 2006¹⁷⁴⁸, décide qu'une clause contractuelle ne peut avoir pour effet de priver le preneur à bail du droit d'héberger ses proches. Cette même formation, par un arrêt du 12 juin 2003¹⁷⁴⁹, affirme qu'une clause niant le droit d'association négatif d'un contractant est entachée de nullité absolue.

626. En vérité, la Haute juridiction pratique un contrôle de conventionnalité de l'acte juridique privé. En effet, la non-conformité de l'engagement contractuel impose la neutralisation non du contrat, mais d'une partie de celui-ci. L'examen de la compatibilité n'est pas identique à celui développé à l'égard des normes émanant de l'Etat, mais s'avère justifié. En effet, il semble impossible de laisser prospérer des violations des droits de l'Homme entre personnes privées unies par un contrat, alors même que les normes étatiques, encadrant le droit de contracter, sont soumises à la primauté. Raisonner différemment reviendrait à considérer que des « *normes secondaires* », produits de l'autonomie individuelle, ne sont pas soumises à la hiérarchie dans laquelle s'insèrent les « *normes primaires* », « *générales* » qui « *rendent possibles les actes juridiques* »¹⁷⁵⁰. Pourtant, les conséquences attachées au contrôle de conventionnalité de l'acte juridique privé sont distinctes de celles retenues à l'encontre de la loi interne. En effet, la contradiction entre la clause contractuelle et la disposition conventionnelle emporte sa nullité, alors que l'examen de compatibilité du texte national n'impose que sa neutralisation dans l'espèce soumise au contrôle de la Haute juridiction. Le caractère énergique du contrôle opéré doit cependant être relativisé, car l'examen de la compatibilité de la loi, bien que circonstancié, s'inscrit néanmoins dans un raisonnement objectif suggérant la constance de la jurisprudence à l'égard du texte concerné.

627. Justifié au regard de la hiérarchie des normes, le contrôle de conventionnalité dégagé par la Cour de cassation n'en demeure pas moins perfectible. Il doit s'inscrire dans une logique de conciliation des intérêts en présence, afin que les droits de l'Homme ne neutralisent pas la liberté contractuelle. Ainsi, exceptant les droits intangibles auxquels nul ne

¹⁷⁴⁵ Partie I, TI, CI, Section 2, §2, A, 2.

¹⁷⁴⁶ DUMAS (Romain), *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, Thèse de doctorat présentée sous la direction du Professeur Eric GARAUD, Limoges, 2005, disponible sur le site internet de l'Université de Limoges (unilim.fr), n°387 et suivants (plus particulièrement n°410 et suivants).

¹⁷⁴⁷ Bull. civ. III, n°60, p 41 ; COLLART-DUTILLEUL (François), DERRUPE (Jean), RD immobilier, 1996, p 620 ; DE LAMY (Bertrand), D 1997, jurisprudence p 167 ; HAUSER (Jean), RTDCiv. 1996, p 580.

¹⁷⁴⁸ Pourvoi n°04-19349 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁷⁴⁹ EURL ARLATEX contre SNC Les Marguerites, Arrêt n°698, Pourvoi 02-10.778, site internet de la Cour de cassation ; JCP G 2003, II, 10190, note AUQUE (Françoise) ; RTDCiv. 2003, p 771, observations RAYNARD (Jacques) ; D 2004, jurisprudence p 367, note BENARD (Camille-Marie) ; RDC avril 2004, p 465, observations MARAIS (Astrid).

¹⁷⁵⁰ KELSEN (Hans), *Théorie générale du droit et de l'Etat* suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, LGDJ, Bruylant, La pensée juridique, 1997, p 191.

peut porter atteinte, quelles que soient les circonstances, il faut admettre que certaines clauses contractuelles puissent permettre l'ingérence d'un individu dans les droits de l'Homme de son cocontractant. La Cour de cassation envisage cette hypothèse, mais la manie encore maladroitement. Dans certaines décisions, elle applique improprement les clauses d'ordre public définies au bénéfice des Etats. Dans son arrêt SPILLEERS, du 12 janvier 1999¹⁷⁵¹, la Cour sanctionne l'atteinte portée, par une clause de mobilité, au droit au respect de la vie privée, en transposant le mécanisme de contrôle élaboré par la Cour EDH à l'égard des Etats. Cette analyse est inappropriée, puisque ce texte impose certaines conditions qui ne peuvent être réunies par une convention privée. L'exigence d'une loi ou d'un but légitime d'intérêt général ne s'intègre pas dans la logique du contrôle de la conventionnalité d'une clause contractuelle. Parfois encore, la Cour s'appuie sur le droit national afin de déterminer si l'atteinte portée à la disposition conditionnelle est proportionnée. L'article L. 120-2 du Code du travail lui offre un support pertinent à son contrôle¹⁷⁵². Enfin, la Haute juridiction constate, parfois, que les clauses d'ordre public ont été définies au bénéfice des Hautes parties contractantes et refuse leur mise en œuvre dans le contentieux privé. Cette interprétation juste, si elle n'est pas complétée par un mécanisme de substitution, transforme improprement un droit conditionnel en droit intangible. Telle est la portée de l'arrêt rendu par la deuxième Chambre civile le 10 juin 2004¹⁷⁵³.

628. Afin de s'extraire de cette voie sans issue, la Cour de cassation doit reconnaître au principe de proportionnalité une portée générale, dégagée des clauses d'ordre public et du droit national. Cette nécessité est identifiée par les Professeurs MOULY et MARGUENAUD, qui considèrent qu'il peut s'avérer pertinent « *de faire éventuellement jouer un principe de "proportionnalité privatisée", mettant en balance non plus l'intérêt général et l'intérêt individuel, mais les intérêts individuels entre eux, qui laisserait encore une chance au particulier auteur de l'ingérence* »¹⁷⁵⁴. Ainsi, dans chaque espèce soumise à son contrôle, la Haute juridiction pourra vérifier si l'ingérence d'un contractant dans les droits de l'Homme conditionnels de l'autre est justifiée ou disproportionnée. Le principe de « *proportionnalité privatisée* » deviendrait un mécanisme de conciliation des intérêts privés, permettant de déterminer la conventionnalité du contrat ou d'une clause contractuelle, sans aboutir à une neutralisation intempestive des actes juridiques. Cette pondération de l'examen de conformité semble en adéquation avec l'expression de la volonté individuelle, tout autant qu'elle protège le contractant des atteintes trop énergiques à ses droits de l'Homme. En effet, le contrôle de

¹⁷⁵¹ Bull. civ. V, n°7, p 4 ; TPS mars 1999, p 10, n°96, note VERKINDT (Yves) ; Droit social 1999, p 287, note RAY (Jean-Emmanuel) ; RTDCiv. 1999, p 395, observations MESTRE (Jacques).

¹⁷⁵² Sociale, 17 mai 2005, pourvoi n°04-13342 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance. En l'espèce, la Cour de cassation n'applique pas l'article 8 de la CEDH, mais lui substitue l'article 9 du Code civil combiné à l'article L. 120-2 du Code du travail.

¹⁷⁵³ Bull. civ. II, n°292, p 246.

¹⁷⁵⁴ MOULY (Jean), MARGUENAUD (Jean-Pierre), *Vie privée des salariés handicapés et information du comité d'entreprise : contresens sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, note relative à l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 10 juin 2004, D 2005, jurisprudence p 469 (plus spécialement p 470).

conventionnalité de l'acte juridique privé ne doit pas devenir un mécanisme permettant au contractant de s'extraire, *a posteriori*, d'une situation juridique qu'il a acceptée ou définie volontairement. En revanche, il doit protéger l'individu qui, partie faible ou naïve, a trop prestement accepté un engagement niant ses droits essentiels. La Cour de cassation pourrait, dans chaque espèce soumise à son contrôle, vérifier si l'ingérence dans un droit conditionnel poursuit un intérêt s'intégrant dans la logique du contrat, au bénéfice des contractants et si l'atteinte portée au droit de l'Homme est trop hardie au regard de l'intérêt recherché.

629. La pertinence juridique de cette « *proportionnalité privatisée* » est à rechercher dans l'esprit même de la jurisprudence de la Cour EDH. En effet, les dispositions conventionnelles ne font pas explicitement référence à un principe de proportionnalité. Toutefois, ainsi que le précise le Professeur MARGUENAUD, la juridiction strasbourgeoise considère que la notion de proportionnalité « *imprègne la Convention tout entière* »¹⁷⁵⁵. Associée au « *juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts des individus* », la Cour EDH spécifie, dans son arrêt SPOORRONG et LÖNNROTH contre Suède¹⁷⁵⁶, que le souci de proportionnalité est « *inhérent à l'ensemble de la Convention* »¹⁷⁵⁷. Par conséquent, la Cour de cassation n'est pas tenue de rechercher dans les clauses d'ordre public ou dans le droit interne le support de la proportionnalité, mais peut le dégager de l'esprit même de la CEDH. Ainsi pourra-t-elle procéder à un contrôle de conventionnalité des actes juridiques privés cohérent à l'égard du traité et préservant l'équilibre entre les cocontractants.

630. Le droit des contrats n'épuise pas le contrôle de conventionnalité des normes n'émanant pas de l'Etat français. Au contraire, la Haute juridiction semble procéder au contrôle de la conformité de la loi étrangère, applicable au litige par la mise en œuvre des règles de conflits définies par le droit international privé.

B- Le contrôle de conventionnalité de la loi étrangère

631. Lorsque le litige révèle un élément d'extranéité, le juge national doit mettre en œuvre une règle de conflit de loi, afin de déterminer quel est le droit applicable à la cause. La loi étrangère désignée peut s'avérer contraire aux dispositions conventionnelles issues d'un traité international protecteur des droits de l'Homme. Certains justiciables ont soulevé cette non-conformité de la norme étrangère désignée, particulièrement à l'égard des droits issus de la CEDH. Ce texte irradiant l'ensemble du droit privé, il était difficilement concevable, comme le précise le Professeur COURBE « *que le droit international privé puisse, ou doive, y*

¹⁷⁵⁵ MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, connaissance du droit, Dalloz, 2005, Paris, p 52.

¹⁷⁵⁶ Cour EDH, arrêt du 23 septembre 1982, requêtes n°7151/75 et 7152/75, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁷⁵⁷ §69 de l'arrêt.

échapper »¹⁷⁵⁸. Ainsi, le traité européen modifie l'utilisation traditionnelle des règles du droit international privé¹⁷⁵⁹. Reste alors à déterminer l'incidence des dispositions conventionnelles sur les mécanismes de la matière.

632. Il existe deux méthodes permettant d'envisager l'intervention de la CEDH et plus largement des droits de l'Homme dans le règlement des litiges relevant du droit international privé. La première est évoquée, par abus de langage, sous les termes « *application immédiate* »¹⁷⁶⁰ ou « *directe* »¹⁷⁶¹ des dispositions conventionnelles. Cette terminologie n'est pas entendue, au sens des spécialistes du droit international privé, sous l'angle de l'intégration des traités dans l'ordre juridique interne ou de leur justiciabilité, mais sous celui de la neutralisation de la règle de conflit de lois, ces textes agissant alors comme une loi de police¹⁷⁶². Ce mécanisme a été utilisé, selon les auteurs, par la Cour d'appel de Paris dans le célèbre arrêt rendu le 14 juin 1994¹⁷⁶³. La seconde méthode, prise par la doctrine française dans une large majorité¹⁷⁶⁴, consiste à intégrer les droits consacrés par la CEDH au sein de l'ordre public international français. Ce mécanisme a largement été employé à l'occasion des procédures d'exequatur¹⁷⁶⁵.

633. La Haute juridiction semble avoir utilisé une voie médiane lorsque le juge interne doit appliquer la loi étrangère au litige. Par quelques décisions significatives, elle a mis en œuvre la règle de conflit de lois, mais au lieu de faire jouer l'exception d'ordre public, ainsi que l'aurait suggéré la seconde méthode exposée, elle a préféré appliquer les dispositions

¹⁷⁵⁸ COURBE (Patrick), *Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français* in *Quelle Europe pour les droits de l'homme : La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, Actes du colloque organisé par le CREDHO les 11 et 12 mai 1995, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 249.

¹⁷⁵⁹ MARCHADIER (Fabien), *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, Thèse de doctorat présentée sous la direction du Professeur Jean-Pierre MARGUENAUD, Limoges, 2005, disponible sur le site internet de l'Université de Limoges (unilim.fr), à paraître.

¹⁷⁶⁰ FOHRER (Estelle), *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Mémoire de DEA de Droit international privé et du commerce international, Sous la direction du Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Bruylant, 1999, p 42 et suivantes ; HAMMJE (Petra), *Droit fondamentaux et ordre public*, RCDIP 1997, p 8 et suivantes.

¹⁷⁶¹ MAYER (Pierre), *La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères*, RDCIP 1991, p 6651 et spécialement p 662.

¹⁷⁶² Op. Cit. note 311 et 312.

¹⁷⁶³ RCDIP 1995, p 308, note LEQUETTE (Yves) : l'auteur remarque que par cette décision, la juridiction du fond a néanmoins utilisé l'ordre public « *dans sa fonction non d'éviction mais de rattachement, elle décide que les normes fondamentales internationales s'appliquent aussi bien aux nationaux qu'aux ressortissants des Etats non parties à la convention domiciliés en France, et ceci sans considération de leur statut personnel* ».

¹⁷⁶⁴ COHEN (Dany), *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français*, RCDIP 1989 p 451 (plus spécialement p 477 et suivantes) ; MAYER (Pierre), *La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères*, RDCIP 1991, p 662 ; COURBE (Patrick), *Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français* in *Quelle Europe pour les droits de l'homme : La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, Actes du colloque organisé par le CREDHO les 11 et 12 mai 1995, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 249 (plus spécialement p 262 et suivantes) ; HAMMJE (Petra), *Droit fondamentaux et ordre public*, RCDIP 1997, p 1 ; FOHRER (Estelle), *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Mémoire de DEA de Droit international privé et du commerce international, Sous la direction du Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Bruylant, 1999, passim.

¹⁷⁶⁵ Cf. infra, Cette partie, TII, CI, SI.

conventionnelles, en pratiquant un contrôle de conventionnalité de la loi étrangère. Les mécanismes du droit international privé ne sont donc pas niés, toutefois, les droits de l'Homme s'imposent au titre d'une primauté du traité sur la loi étrangère (1). Ce contrôle doit trouver un fondement juridique (2).

1- L'identification du contrôle dans la jurisprudence

634. Selon Monsieur MARCHADIER, l'application directe de la CEDH – entendue au sens de la justiciabilité – peut, dans les litiges révélant un élément d'extranéité, constituer un « *mécanisme autonome* » distinct de l'ordre public international ou des lois de police. Il constate que « *l'application directe ne constitue pas une méthode préventive, mais une méthode curative, jouant a posteriori à l'encontre de toute norme, loi ou jugement...l'application directe implique un examen des effets de la norme étrangère. Son exclusion n'est pas automatique. Elle n'intervient que si la norme étrangère porte atteinte aux droits de l'homme ou aux libertés fondamentales garanties* »¹⁷⁶⁶. Ce mécanisme de justiciabilité assure incontestablement l'applicabilité des dispositions conventionnelles aux litiges relevant du droit international privé. Cependant, il ne justifie pas, à lui seul, le contrôle de conformité de la loi étrangère aux droits de l'Homme définis conventionnellement, puisque la question de la justiciabilité d'une disposition conventionnelle est indépendante de celle de son application au sein d'une hiérarchie¹⁷⁶⁷. Cet examen de la compatibilité s'attache à l'autorité que la Haute juridiction assure aux droits de l'Homme sur le droit étranger désigné par la règle de conflit. En d'autres termes, en vérifiant la conformité d'un texte étranger avec une norme conventionnelle, la Cour de cassation reconnaît évidemment la primauté de la seconde sur le premier. Plusieurs décisions attestent de cette approche.

635. Les deux premiers arrêts, rendus le 31 janvier 1990, émanent de la première Chambre civile¹⁷⁶⁸. Bien que les solutions soient absolument similaires, seule une de ces décisions, publiée au bulletin, est abondamment commentée sous la dénomination « *d'affaire PISTRE* »¹⁷⁶⁹. Un juge brésilien avait prononcé, en faveur d'époux français, une adoption simple. Bien que l'adoption plénière soit envisageable au Brésil, elle ne pouvait être consentie à des étrangers ne résidant pas sur le territoire national. Les adoptants sollicitent, pourtant, du juge français, outre la reconnaissance de la décision étrangère, le prononcé d'une adoption plénière. Cette requête ayant été repoussée par les juges du fond, les demandeurs forment

¹⁷⁶⁶ MARCHADIER (Fabien), Op. Cit, n°506 et suivants.

¹⁷⁶⁷ ENCINAS DE MUNAGORRI (Raphaël), *Qu'est ce qu'un texte directement applicable*, RTDCiv. 2005, p 556 (voir plus spécialement p 557).

¹⁷⁶⁸ Arrêt n°148, Bull. civ. I, n°29, p 20 ; arrêt n°149, pourvoi n°87-18.956.

¹⁷⁶⁹ ANCEL (Bertrand), LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^{ème} édition, D, 2001, Paris, n°67-69, p 621 ; D 1991, jurisprudence p 105, note BOULANGER (François) ; Répertoire Defrénois 1990, p 961, observations MASSIP (Jacques) ; JCP G 1990, II, 21635, note MUIR WATT (Horatia) ; RCDIP 1990, p 519, note POISSON-DROCOURT (Elisabeth) ; GP 1990, T 2, Journaux n°257-258 des 14 et 15 septembre, jurisprudence p 481, note STURLESE (Bertrand).

pourvoi en cassation. Les époux PISTRE, affirment que la loi étrangère, interdisant le prononcé d'une adoption plénière en faveur de non nationaux ne résidant pas sur le territoire, est contraire à l'ordre public français. Cette loi ne peut donc être appliquée sans méconnaître les articles 8§1, 12 et 14 de la CEDH, ainsi que 23, 24-1 et 26 du PIDCP. Dans leur argumentation, les demandeurs au pourvoi semblent associer les droits conventionnels à l'exception d'ordre public. Ils espèrent ainsi obtenir l'éviction de la loi étrangère applicable. La Haute juridiction ne souscrit pas à cette argumentation. Elle considère que les dispositions de la loi brésilienne « *ne sont pas contraires ni à la conception française de l'ordre public international, ni aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, ni à celle du pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques* ». Cette motivation appelle plusieurs commentaires. Les dispositions conventionnelles n'ont pas neutralisé la règle de conflit. La loi étrangère désignée est appliquée à la cause. Cette loi n'est pas contraire à l'ordre public ni aux dispositions conventionnelles issues des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. L'emploi de la conjonction de coordination « *ni* » démontre que les textes supranationaux ne sont pas absorbés par le mécanisme de l'ordre public international français. La Cour s'assure ensuite que la loi étrangère désignée par la règle de conflit n'est pas contraire aux dispositions du PIDCP et de la CEDH, démontrant ainsi qu'elle procède à un examen de sa conventionnalité. Le Professeur MAYER indique que la Cour de cassation vérifie « *...la compatibilité de la loi brésilienne restrictive en matière d'adoption avec le droit au respect de la vie familiale consacré par la Convention* »¹⁷⁷⁰.

636. Cette analyse est confortée à l'occasion d'un arrêt rendu par la même formation, le 24 février 1998¹⁷⁷¹. Dans "l'affaire VIALARON", la première Chambre civile doit se prononcer sur l'application d'une loi suisse relative au régime légal de l'union des biens, qui opère une répartition inéquitable à l'égard de l'épouse. Ce texte étranger, désigné par la règle de conflit en tant que loi du premier domicile conjugal, contrevenait, selon la demanderesse au pourvoi, à la conception française de l'ordre public international et à l'article 23 du PIDCP. Ne tenant pas compte de la disposition conventionnelle invoquée au soutien du pourvoi, la Haute juridiction va, sans le spécifier, relever d'office une violation de l'article 5 du protocole additionnel 7 à la CEDH. Constatant que le texte consacre l'égalité des droits entre époux durant le mariage et lors de sa dissolution, la Cour de cassation précise qu'en statuant « *par application des dispositions de la loi suisse alors applicable, en ce qu'elles imposaient une discrimination à l'encontre de la seule épouse dans la liquidation et le partage des biens de l'union conjugale, la cour d'appel a violé le texte susvisé qui s'impose directement au juge français à qui il appartenait de rétablir l'égalité des droits entre les époux* ». L'exception

¹⁷⁷⁰ MAYER (Pierre), *La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères*, RDCIP 1991, p 651 (spécialement p 656).

¹⁷⁷¹ RTDCiv. 1998, p 520, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre) ; RTDCiv. 1998, p 458, observations VAREILLE (Bernard) ; JCP G 1998, II, 10176, p 1910, note VIGNAL (Thierry) ; D 1999, SC p 290, observations AUDIT (Bernard) ; D 1999, jurisprudence p 309, note THIERRY (Jean).

d'ordre public disparaît complètement de la motivation de la Haute juridiction, alors même que le pourvoi l'invoquait. Au contraire, la Cour, après avoir constaté que le droit étranger est en principe applicable, décide que la CEDH impose un partage équitable entre les époux. Il s'agit incontestablement d'un contrôle de conventionnalité du droit étranger. La terminologie employée par la Cour pourrait suggérer qu'elle opère une application directe du traité, au sens du droit international privé, oubliant de la règle de conflit de lois. Toutefois, le terme « *directement* » usité par le juge de cassation se rattache à la justiciabilité de la CEDH. Cette dernière étant d'effet direct, il convient, dans la deuxième phase du raisonnement, de respecter sa primauté en rétablissant l'épouse dans ses droits. Comme le remarque Monsieur MARCHADIER, « *L'obligation qui incombe au juge de rétablir l'égalité des droits entre les époux procède très clairement de la primauté du texte européen combinée à son effet direct* »¹⁷⁷².

637. L'analyse de ces dernières décisions doit néanmoins être pondérée par la lecture d'un arrêt rendu par la première Chambre civile le 19 octobre 1999¹⁷⁷³. Des époux marocains sollicitaient l'adoption simple de leur nièce de même nationalité. Cette requête est rejetée par les juges du fond, car le droit applicable prohibe cette institution. Un pourvoi en cassation est formé sur le fondement des articles 8§1 de la CEDH, 21 de la CIDE et 6 du Code civil. Selon les demandeurs, la loi marocaine méconnaît l'ordre public international français et par là même viole ces dispositions. Ils tentent, en outre, de faire jouer un ordre public de proximité, reprochant au juge du fond de n'avoir pas pris en compte le fait que l'enfant avait presque exclusivement vécu en France depuis sa naissance. Le pourvoi est rejeté au motif que le Code marocain du statut personnel et des successions prohibant l'adoption n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international. La Haute juridiction précise simplement que les juges du fond ont pu appliquer le droit étranger sans violer les dispositions conventionnelles. Ce laconisme ne permet pas de tirer de solides conclusions. Plusieurs interprétations de la décision peuvent être avancées. Il est possible de considérer que l'examen de la conventionnalité cède sous l'attraction des dispositions conventionnelles par l'exception d'ordre public international français. Certains auteurs affirment, au contraire, que l'applicabilité de ces textes était improbable puisqu'ils ne se prononcent pas sur le principe de l'adoption¹⁷⁷⁴. Pour d'autres, la Cour ne répond vraisemblablement pas aux arguments développés sur ces fondements¹⁷⁷⁵. Cette dernière explication semble pertinente puisqu'en 1999 la justiciabilité de la CIDE était contestée. En évinçant lestement l'argument développé sur le fondement des dispositions conventionnelles, la Haute juridiction évite de se prononcer

¹⁷⁷² Op. Cit, n°430.

¹⁷⁷³ Bull. civ. I, n°282, p 183. , JDI, 2000, 3, p 737, note MONEGER (Françoise) ; RJPF février 2000, p 22, observations VASSAUX (Joëlle) ; Répertoire Defrénois 2000, article 37185, p 699, note M. REVILLARD (Mariel).

¹⁷⁷⁴ VASSAUX (Joëlle), Op. Cit.

¹⁷⁷⁵ MONEGER (Françoise), Op. Cit. Plus précisément p 471.

sur l'effet direct du traité onusien. Cette décision, bien moins claire que les précédentes, ne suscite que le doute sur la méthode employée par la Cour de cassation.

638. Le contrôle de conventionnalité de la loi étrangère, tel qu'appliqué par la Cour de cassation, propose une lecture particulièrement efficace des droits de l'Homme garantis par les traités. Ces derniers disposent d'une primauté sur la loi étrangère contraire. Toutefois, il faut en rechercher les fondements.

2- La justification du contrôle

639. Le contrôle de conventionnalité de la loi étrangère est déroutant car il permet à la Cour de cassation de dominer le droit étranger et d'exercer un pouvoir revenant aux juridictions étrangères. Cette approche paraît antagoniste à l'idéologie d'ouverture qui domine le droit international privé. Cet examen n'a pourtant qu'une incidence limitée. Comme le remarque Monsieur MARCHADIER, la Cour de cassation, dans l'affaire VIALARON, se borne à vérifier les effets néfastes de la loi étrangère sur la situation juridique soumise à son contrôle¹⁷⁷⁶. Elle impose simplement aux juges du fond de rétablir l'équilibre entre les époux. Cet examen de compatibilité s'apparente plus, malgré la terminologie employée par la Haute juridiction, à une interprétation conforme du droit étranger aux exigences posées par la disposition conventionnelle. Ceci étant, le raisonnement élaboré par la Haute juridiction consacre la primauté des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme sur la loi étrangère, désignée par la règle de conflit, qui leur porteraient atteinte. Cette supériorité est affirmée alors même que le pays, auteur de la norme, est Etat tiers à l'engagement conventionnel. Dans l'affaire PISTRE, la Cour de cassation examine la conformité de la loi brésilienne aux exigences posées par la CEDH.

640. Plusieurs arguments permettent pourtant de justifier le contrôle opéré par la Cour de cassation. Tout d'abord, il est possible de considérer que la loi étrangère est absorbée par l'ordre juridique interne. Selon KELSEN, « *lorsque, contraint par les lois de son Etat, un organe applique à un certain cas une norme du droit d'un autre Etat, cette norme s'incorpore à l'ordre juridique de l'Etat qui l'applique...La règle qui oblige dans certains cas les tribunaux d'un Etat à appliquer les normes de droit externe a pour effet d'incorporer ces normes de droit externe au droit de l'Etat* »¹⁷⁷⁷. Cette analyse est extrêmement séduisante, car elle justifie pleinement le contrôle de conventionnalité. La loi étrangère, désignée par la règle de conflit, intègre l'ordre juridique national, s'inscrivant dans une hiérarchie qui justifie la primauté du traité, telle qu'elle découle de l'article 55 de la Constitution. Le juge interne doit

¹⁷⁷⁶ MARCHADIER (Fabien), Op. Cit, n°512.

¹⁷⁷⁷ KELSEN (Hans), *Théorie générale du droit et de l'Etat* suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, LGDJ, Bruylant, La pensée juridique, 1997, p 294. Cette approche est relativement similaire à celle développée par la doctrine italienne qui prônait l'incorporation de la loi étrangère dans le droit du for : AUDIT (Bernard), *Droit international privé*, 4^{ème} édition, Economica, 2006, Paris, n°260.

alors parfaitement identifier la qualité de la norme afin de la placer au cœur d'un ordre juridique hiérarchisé. Or, la règle de conflit de loi aboutit à la désignation du droit étranger, dans toutes ses dimensions. Ainsi, le juge interne peut réceptionner une norme de qualité constitutionnelle. Cette situation juridique serait inédite, car elle imposerait d'appliquer le texte désigné sans pouvoir opérer un contrôle de conventionnalité, ni utiliser un mécanisme d'éviction puisque la norme est assimilée par le droit interne. En effet, l'intégration de la norme dans l'ordre juridique national s'articule difficilement avec les mécanismes correcteurs du droit international privé, comme l'exception d'ordre public. Elle permet certes d'incorporer le droit étranger dans une hiérarchie nationale, mais non de l'évincer sur le fondement d'un ordre public teinté d'intranéité. La seule solution permettant de corriger les effets néfastes du texte externe résulterait alors de la neutralisation de la règle de conflit de lois, par l'application immédiate du traité, entendue au sens du droit international privé, c'est à dire identifiée à la loi de police. La volonté initiale d'accorder une place prépondérante à la norme étrangère aboutirait, par volonté de préservation de l'ordre juridique interne, à une solution négatrice de la règle de conflit de lois.

641. En réalité, la primauté peut s'articuler plus harmonieusement avec les mécanismes du droit international privé. La condition du droit étranger s'est sensiblement améliorée dans la jurisprudence de la Cour de cassation. La Haute juridiction a redéfini le rôle du juge dans la recherche du droit étranger. Ainsi, les juridictions du fond sont tenues, dès lors que le droit étranger est reconnu applicable, soit d'office¹⁷⁷⁸, soit à la demande d'une partie qui l'invoque¹⁷⁷⁹, « d'en rechercher la teneur...avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger »¹⁷⁸⁰. Lorsque le juge interne désigne le droit étranger, il doit selon cette jurisprudence récente, en apporter la preuve, alors même que les parties au litige seraient à l'origine de cette désignation. Cet examen est relativement contraignant puisque le juge doit se référer au droit étranger dans sa globalité¹⁷⁸¹ et préciser sur quelle disposition il fonde sa décision¹⁷⁸². Si l'interprétation du droit étranger relève du pouvoir souverain des juges du fond, la Cour de cassation opère un contrôle renforcé lui permettant de « vérifier que le juge du fond applique correctement le droit étranger »¹⁷⁸³. Par conséquent, la désignation du droit étranger impose d'identifier les engagements internationaux auxquels l'ordre juridique désigné a souscrit. Cette approche permet pleinement de justifier la solution dégagée, par la

¹⁷⁷⁸ « En matière de droits indisponibles, il incombe au juge français de mettre en œuvre même d'office, les règles de conflit de lois, de rechercher la teneur du droit étranger et de l'appliquer sous réserve qu'il ne soit pas contraire à l'ordre public international » : Civ. 1^{re}, 6 décembre 2005, Bull. civ. I, n°468, p 395.

¹⁷⁷⁹ Civ. 1^{re}, 22 novembre 2005, Bull. civ. I, n°425, p 355.

¹⁷⁸⁰ Civ. 1^{re}, 6 décembre 2005, Bull. civ. I, n°461, p 389.

¹⁷⁸¹ La preuve du droit étranger porte sur le droit positif en vigueur : Arrêt LAVAZZA, Civ. 1^{re}, 24 novembre 1998, RCDIP 1999, p 91, note ANCEL (Bertrand) ; y compris son application jurisprudentielle : Arrêt AFRICATOIRS, Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1997, RCDIP 1998, p 292, note MUIR-WATT (Horatia).

¹⁷⁸² Civ. 1^{re}, 14 février 2006, pourvoi n°05-11914 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁷⁸³ FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), *Le juge français et le droit étranger*, D 2000, doctrine p 125 (plus spécialement p 132).

Cour de cassation, dans l'affaire VIALARON. En effet, la Haute juridiction applique la disposition conventionnelle dans le cadre d'un litige impliquant la loi d'un Etat Haute partie contractante à la CEDH. En revanche, elle ne légitime que partiellement la décision PISTRE. La Cour vérifie la compatibilité de la loi interne au PIDCP, ce qui semble pertinent puisque le Brésil a ratifié le traité onusien. Toutefois, elle adjoint à ce contrôle la CEDH, alors même que l'Etat est tiers à l'engagement européen.

Le contrôle de conventionnalité, déduit de la preuve du droit étranger, présente néanmoins une faille. Elle résulte d'un raisonnement proprement national selon lequel le traité, incorporé à l'ordre juridique interne, prime sur le droit infraconstitutionnel. Or, cette appréciation ne prend pas en compte la place réservée aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme par chaque Constitution des Etats parties.

642. Une justification, plus pragmatique, du contrôle de conventionnalité de la loi étrangère, alors même que le pays émetteur ne serait pas Partie au traité, repose sur la responsabilité internationale du for requis. Elle découle de l'article 1^{er} de la CEDH¹⁷⁸⁴, et semble trouver quelques illustrations dans certaines décisions des organes européens de contrôle. Selon ce texte, « *Les Hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définies au titre I de la présente Convention* ». Par conséquent, dès lors que le juge français a admis sa compétence juridictionnelle, il lui revient d'appliquer les dispositions conventionnelles au litige soumis à son contrôle. La pondération de cette application, au motif que le litige révélerait un élément d'extranéité imposant l'application de la loi étrangère, emporterait violation des engagements internationaux de la France. La responsabilité est recherchée à l'encontre de l'Etat requis, non à l'égard de l'auteur de la norme litigieuse. Cette conclusion peut être déduite d'une décision de la Commission EDH, X contre Belgique et Pays-Bas¹⁷⁸⁵. En l'espèce, un célibataire néerlandais, vivant en Belgique, souhaitait adopter un enfant. La règle de conflits belge désigne la loi néerlandaise, qui interdit l'adoption par une personne célibataire. Selon la Commission, la requête doit être considérée « *ex officio comme étant dirigée contre la Belgique* ». Une conclusion similaire découle de la décision GILL et MALONE contre Pays-Bas et Royaume-Uni¹⁷⁸⁶. De même, la Cour EDH, dans sa décision d'irrecevabilité ZVORISTEANU¹⁷⁸⁷, examine si l'application de la loi Allemande par la Cour de

¹⁷⁸⁴ Ainsi que l'indique le Professeur COHEN-JONATHAN « ...un Etat partie demeure responsable au regard de la Convention lorsque ses tribunaux appliquent une loi étrangère désignée par la règle de conflit du for » in COHEN-JONATHAN (Gérard), *La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français* in *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974 –1992*, Ouvrage sous la direction de Frédéric SUDRE, Editions N.P. Engel. Kehl. Strasbourg. Arlington, 1994, p 1 (spécialement p 43 et suivantes).

¹⁷⁸⁵ Commission EDH, 10 juillet 1975, requête n°6482/74, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁷⁸⁶ Commission EDH, 11 avril 1996, requête n°24001/94, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁷⁸⁷ Cour EDH, décision du 7 novembre 2000, requête n°47128/99, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

cassation¹⁷⁸⁸, emporte violation de la CEDH par l'Etat français. Le contrôle de conventionnalité de la loi étrangère, effectué par la Haute juridiction, est donc pertinent au regard de la responsabilité internationale qu'emporterait l'application d'une loi étrangère manifestement contraire aux droits et libertés consacrés par la CEDH.

¹⁷⁸⁸ Civ. 1^{re}, 16 juillet 1998, RCDIP 1999, p 509, note LEQUETTE (Yves)

Conclusion du chapitre II

643. La primauté des traités internationaux, déduite de l'article 55 de la Constitution française, offre à la Cour de cassation un mécanisme de coordination des normes antagonistes. La Haute juridiction opère un contrôle de conventionnalité, lui permettant, lorsqu'une contradiction existe entre un texte infraconstitutionnel et une disposition conventionnelle, de faire prévaloir la seconde. La transcription de la primauté varie selon la forme de justiciabilité qu'emprunte le droit de l'Homme. Elle peut engendrer l'éviction, la substitution ou simplement l'interprétation conforme du droit national. Aujourd'hui, peu de traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme ont atteint le seuil de la justiciabilité, par conséquent, le contrôle de conventionnalité se concrétise particulièrement à l'égard de la CEDH et du PIDCP.

644. La Cour de cassation, sous l'impulsion de la CEDH, enrichie des interprétations fournies par la jurisprudence strasbourgeoise, a profondément modifié la physionomie du contrôle de conventionnalité. Ce dernier ne s'applique pas uniquement à la loi ou au règlement, mais s'impose aux autres normes. Ainsi, la Haute juridiction examine si le déroulement de la procédure est conforme aux exigences conventionnelles découlant du traité européen. Plus largement, elle vérifie la compatibilité des normes n'émanant pas de l'Etat français, particulièrement lorsque les règles de conflits de lois la conduisent à appliquer le droit étranger.

645. Toutefois, les différentes formes du contrôle de conventionnalité n'apportent qu'une solution partielle à la coordination des normes puisqu'ils s'inscrivent dans une logique de hiérarchie justifiant, en cas de désaccord entre les normes, une application prioritaire des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme.

Conclusion du titre I

646. L'application coordonnée des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme avec le droit national s'opère par l'intermédiaire de deux mécanismes.

Le premier, la subsidiarité, suppose qu'il n'existe pas de contradiction entre le national et la disposition conventionnelle. La protection équivalente dégagée par les deux normes autorise la Cour de cassation à appliquer, prioritairement, la source de droit interne. Cette subsidiarité parfaite recueille l'adhésion de toutes les formations de la Haute juridiction, même si elle tend, quelquefois, à s'effacer au bénéfice d'une application privilégiée des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme. En outre, la subsidiarité déborde l'hypothèse de la parfaite convergence des solutions apportées par le droit national et international. Une subsidiarité imparfaite se répand dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Aboutissant, parfois, à un défaut de réponse à l'argument développé sur le fondement des droits de l'Homme, cette déformation du mécanisme de coordination s'articule difficilement avec la règle selon laquelle la Cour de cassation est tenue d'envisager le moyen, tout le moyen, rien que le moyen.

Le second mécanisme de coordination est directement déduit de l'article 55 de la Constitution, selon lequel le traité doit prévaloir sur la loi. Cette primauté permet à la Cour de cassation d'opérer un contrôle de la conventionnalité des normes à l'égard des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme. Ici encore, particulièrement sous l'impulsion de la CEDH et de l'œuvre interprétative de la Cour EDH, les perspectives premières du contrôle de conventionnalité ont tendance à se multiplier. A un examen de conformité de la loi et de l'intervention législative, s'ajoute désormais un contrôle de conventionnalité du déroulement de la procédure et des normes n'émanant pas de l'Etat français, particulièrement la loi étrangère.

647. Ces mécanismes sont aisément exploitables car il existe, au sein de l'ordre juridique interne, une hiérarchie entre les sources du droit. En revanche, il peut paraître plus délicat d'articuler des normes bénéficiant d'une même force juridique. Or, la prolifération des traités, en général¹⁷⁸⁹, et des traités protecteurs des droits de l'Homme, en particulier, peut générer des redondances ou des conflits. Il convient alors de rechercher les mécanismes qui garantiront l'application coordonnée des traités internationaux entre eux.

¹⁷⁸⁹ BRIERE (Carine), *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 347, 2001, Paris, n°381.

Titre II

L'application coordonnée des traités internationaux entre eux

648. La prolifération des traités internationaux constitue désormais un problème structurel de la vie internationale¹⁷⁹⁰. Elle engendre nécessairement des conflits de conventions auxquels le droit international public n'a apporté que des réponses incomplètes. En effet, la Convention de Vienne du 23 mai 1969¹⁷⁹¹, conclue sous l'égide des Nations Unies, ne fournit que « *quelques directives générales* » permettant de régir les « *rappports entre les normes conventionnelles* »¹⁷⁹². Ces indications ne sont pas aisément transposables aux conflits de conventions en droit privé¹⁷⁹³ et, plus largement, ne permettent que partiellement de coordonner l'application des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. En outre, la France n'ayant pas ratifié ce « *Traité des traités* »¹⁷⁹⁴, son utilisation par la Cour de cassation semble aléatoire.

649. Au sens de l'article 55 de la Constitution française, tous les traités bénéficient de la même autorité. L'inflation conventionnelle peut placer les juges du droit dans la situation de devoir appliquer, à la même cause, des normes antagonistes bénéficiant d'une force juridique contraignante identique. La Haute juridiction est amenée à définir les mécanismes qui garantiront une application coordonnée des traités, tant il est certain que les pourvois fondés sur des dispositions conventionnelles divergentes vont se multiplier.

650. En réalité, il est possible de sérier les problèmes de coordination. D'une part, la conciliation des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme doit s'extraire d'une logique de conflit. Tous ces textes poursuivent le même dessein, la définition de droits essentiels à l'épanouissement de l'être humain. Si certaines redondances ou différences sont identifiables, ces « *interférences* »¹⁷⁹⁵ peuvent être abordées dans une dialectique de complémentarité des normes. L'approche est d'autant plus justifiée que les dissemblances tendent à s'aplanir sous l'impulsion d'un dialogue des juges forgeant une « *fertilisation*

¹⁷⁹⁰ Le Professeur FLAUSS parle « *d'inflation normative* » in FLAUSS (Jean-François), *La protection des droits de l'homme et les sources du droit international* in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 11.

¹⁷⁹¹ Reproduit dans l'ouvrage de REUTER (Paul), *Introduction au droit des traités*, 3^{ème} édition revue et augmentée par Philippe CAHIER, PUF, 1995, Paris, p 185.

¹⁷⁹² BRIERE (Carine), *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 347, 2001, Paris, n°197.

¹⁷⁹³ BRIERE (Carine), Loc. Cit. n°216 et suivants.

¹⁷⁹⁴ COMBACAU (Jean), *Le droit des traités*, Que sais-je ? PUF, 1991, Paris, p 8.

¹⁷⁹⁵ BOSSUYT (Marc), *Les instruments internationaux des droits de l'homme et leurs interférences*, Bibliothèque des droits de l'homme du Conseil de l'Europe.

croisée »¹⁷⁹⁶ des interprétations. Pour l'instant, la Cour de cassation demeure, quelque peu, en retrait de cette évolution du droit des droits de l'Homme, car elle applique trop systématiquement la CEDH, ce qui a pour effet de neutraliser fortement la diffusion d'autres traités. La Haute juridiction pourrait s'immiscer dans ce dialogue en exploitant plus largement d'autres dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme.

651. D'autre part, il faut s'interroger sur les divergences qui pourraient naître entre les dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme et d'autres engagements conventionnels bilatéraux ou multilatéraux auxquels la France a souscrit. La Cour de cassation a déjà été confrontée à cette problématique et, sans le dire explicitement, semble admettre la supériorité des droits de l'Homme.

652. La Cour de cassation, en privilégiant l'application de la CEDH, élabore des mécanismes de coordination des dispositions conventionnelles qu'il convient d'identifier (chapitre I). Si certaines réponses ainsi apportées méritent d'être confortées, la protection efficace des droits de l'Homme passera nécessairement par l'émergence d'une notion de complémentarité des textes les définissant (Chapitre II).

¹⁷⁹⁶ FLAUSS (Jean-François), *Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux* in *Droits sociaux et droits européens : bilan et prospective de la protection normative* Colloque du 19 octobre 2001, sous la direction de FLAUSS (Jean-François), *Droit et justice* n°39, Nemesis, Bruylant, 2002, Bruxelles, p 89.

Chapitre I

L'identification des mécanismes de coordination employés par la Cour de cassation

653. La hiérarchie des normes n'est pas inconnue du droit international public. Selon Dominique CARREAU, elle emprunte « *la forme d'une "légalité internationale" qui permet d'ordonner les diverses sources du droit international* »¹⁷⁹⁷. Toutefois, cette organisation juridique ne facilite pas la détermination précise de la place des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme au sein de cet ordonnancement.

654. Il serait possible de considérer que leur spécificité, déduite du caractère objectif, permet à ces textes de prévaloir sur les autres traités bilatéraux ou multilatéraux. Dans un premier mouvement, la Cour de cassation a refusé de reconnaître une telle autorité à la CEDH. L'arrêt HINTERMANN, du 14 novembre 1995¹⁷⁹⁸, a été abondamment commenté par Madame BRIERE dans sa thèse¹⁷⁹⁹. Il devient alors inutile de reprendre chaque détail de cette affaire relative au droit des immunités de juridiction. Simplement, il ressort de cette décision que la première Chambre civile a préféré ignorer le conflit existant entre l'article 6§1 de la CEDH et l'article 4 de la Convention du 11 mai 1955¹⁸⁰⁰, relative au statut des représentants nationaux et du personnel de l'Union de l'Europe occidentale. Ce dernier interdit, sauf renoncement de son secrétaire général, d'attirer l'organisation devant une juridiction française. Selon le demandeur, aucun autre tribunal n'étant compétent, les juges internes se rendaient responsables d'un déni de justice en refusant de statuer sur le fondement de l'article 14 du Code civil. Le pourvoi est rejeté sans que la Haute juridiction recherche une contradiction de la solution avec le droit à un tribunal défini par la CEDH.

655. Ce raisonnement négateur du conflit a été abandonné lorsque la Cour de cassation s'est trouvée confrontée aux divergences existant entre la CEDH et les dispositions issues des Conventions bilatérales, franco-marocaine ou algérienne, relatives au statut des personnes, de la famille et à la coopération judiciaire. Par l'intermédiaire de l'ordre public international, la Haute juridiction semble avoir reconnu, sans le dire expressément, la supériorité de certaines dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme sur les traités internationaux divergents.

¹⁷⁹⁷ CARREAU (Dominique), *Droit international*, 6^{ème} édition, Collection Etudes internationales, Pedone, 1999, n°144, p 68.

¹⁷⁹⁸ Civ. 1^{re}, 14 novembre 1995, Bull. civ. I, n°413, p 288 ; RCDIP 1996, p 377, note MUIR WATT (Horatia) ; JDI 1997, p 141, note BYC (C.) ; Rapport de la Cour de cassation 1995, p 418.

¹⁷⁹⁹ BRIERE (Carine), Op. Cit. n° 382 et suivants.

¹⁸⁰⁰ Décret du 3 avril 1968, JORF du 18 avril 1968, p 3951.

Plusieurs auteurs ont qualifié cette supériorité de « *primauté* »¹⁸⁰¹ de la CEDH sur les traités internationaux divergents. Le terme de primauté traduit, parfaitement, la hiérarchisation des dispositions conventionnelles. Cependant, ce vocable est connoté en droit français car il renvoie, trop expressément, aux conséquences déduites de l'article 55 de la Constitution, c'est-à-dire à la primauté des traités sur le droit infraconstitutionnel. En outre, contrairement aux solutions que peut générer cette primauté, la supériorité des droits de l'Homme n'aboutit jamais, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, à l'éviction d'une disposition conventionnelle ou à une substitution au bénéfice d'un droit essentiel. Par conséquent, il peut s'avérer opportun de retenir une autre terminologie qui traduira, aussi efficacement, cette supériorité des droits de l'Homme, sans créer une confusion entre l'application coordonnée des traités avec le droit national et l'application coordonnée des traités entre eux. Le mot « précellence » peut répondre à cette exigence.

656. Les développements précédents ont permis de démontrer que la Cour de cassation avait, désormais, une considération certaine à l'égard de la CEDH. Cette attention particulière se traduit, également, par le dialogue qui s'est progressivement instauré entre la Haute juridiction et la Cour EDH¹⁸⁰². Il faut se résoudre à considérer que de tels échanges ne caractérisent pas, pour l'instant, les rapports entre la Cour de cassation et les autres organes supranationaux de contrôle. Cette relation privilégiée a d'énormes répercussions sur l'application coordonnée des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme entre eux. Elle se traduit par une application privilégiée, même prioritaire, de la CEDH lorsque celle-ci se trouve invoquée conjointement à une disposition conventionnelle protectrice des droits de l'Homme. Cette démarche démontre qu'un second mécanisme de coordination des normes s'imisce, dangereusement, dans les relations entre la CEDH les autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Il est possible de qualifier ce mécanisme, de manière quelque peu imagée, grâce au terme « préséance ». Il traduit l'ordre honorifique dont bénéficient la CEDH et les interprétations strasbourgeoises. Leur application ou leur transposition, par la Cour de cassation, est appelée à précéder celle des autres normes protectrices des droits de l'Homme.

657. Ainsi, la jurisprudence de la Cour de cassation révèle deux mécanismes de coordination des traités entre eux. Si la précellence des droits de l'Homme sur les traités

¹⁸⁰¹ GUERCHOUN (Frédéric), *La primauté constitutionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme sur les convention bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes*, JDI 2005, p 695 ; FRANCOIS (Lyn), *La Convention européenne des droits de l'homme est-elle supérieure aux conventions bilatérales reconnaissant les répudiations musulmanes ?* D 2002, Chronique p 2958 ; GANNAGE (Léna), *Le droit international privé à l'épreuve de la Hiérarchie des normes (L'exemple du droit de la famille)*, RGDI 2001, p 1 (voir plus spécialement p35 et suivantes) ; BRIERE (Carine), Op. Cit. p 295 et suivantes ; NIBOYET (Marie-Laure), D 1997, jurisprudence p 400, note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 11 mars 1997.

¹⁸⁰² SOULARD (Christophe), *La Cour de cassation et le dialogue des juges in Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 95 ; SUDRE (Frédéric), *A propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité in Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, Pedone, 2004, Paris, p 207.

internationaux divergents mérite d'être renforcée et étendue (Section 1), il convient de distinguer tous les effets néfastes que pourrait engendrer la préséance de la CEDH sur les autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme (Section 2).

Section I- La précellence des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme

658. Les litiges relevant du droit international privé offrent à la Cour de cassation une première opportunité de trancher un conflit de conventions au bénéfice de la CEDH, alors même que les Etats présentant un lien de rattachement avec la cause sont tiers au traité. Il est vrai que l'arrêt SOERING¹⁸⁰³ a permis de dégager l' « *effet extraterritorial* »¹⁸⁰⁴ de la CEDH. Les juridictions des Hautes parties contractantes ne peuvent s'appuyer sur un engagement bilatéral ou sur l'extranéité de la norme afin de s'affranchir de leurs obligations conventionnelles. De même, les arrêts DROZ et JANOUSEK¹⁸⁰⁵, renforcés par l'arrêt PELLEGRINI¹⁸⁰⁶, démontrent que les Parties à la CEDH ne doivent pas permettre l'exequatur d'une décision constitutive d'un « *déni de justice flagrant* »¹⁸⁰⁷ ou bafouant les garanties dégagées par l'article 6¹⁸⁰⁸. La définition d'un ordre public européen ne permet pas d'assurer, avec évidence, la précellence de certains droits substantiels définis par la CEDH. La Cour de cassation identifie pourtant cette supériorité des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme (§1), dont il faut rechercher la justification (§2).

§1- L'identification de la précellence

659. La Cour de cassation n'a jamais évoqué explicitement la supériorité des dispositions conventionnelles créatrices de droits de l'Homme sur les autres traités internationaux. Cependant, le mécanisme d'ordre public international masque difficilement la réalité d'une telle précellence (A). En outre, l'arrêt rendu par la première Chambre civile le 14 juin 2005¹⁸⁰⁹ pourrait conforter cette hiérarchie par la voie, plus certaine, de l'interprétation conforme (B).

¹⁸⁰³ Cour EDH, SOERING contre Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A, n°161 ; SUDRE (Frédéric), *GA CourEDH*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris, p 150.

¹⁸⁰⁴ MAYER (Pierre), *La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères*, RDCIP 1991, p 651 (plus spécialement p 653).

¹⁸⁰⁵ Cour EDH, DROZ et JANOUSEK contre France et Espagne du 26 juin 1992, disponible sur le site internet de la Cour EDH, requête n°21/1991/273/344.

¹⁸⁰⁶ Cour EDH, PELLEGRINI contre Italie du 20 juillet 2001, disponible sur le site internet de la Cour EDH, requête n°30882/96.

¹⁸⁰⁷ §110 de l'arrêt DROZ et JANOUSEK.

¹⁸⁰⁸ §47 de l'arrêt PELLEGRINI.

¹⁸⁰⁹ Bull. civ. I, n°245, p 207 ; Répertoire Defrénois 2005, jurisprudence 38230, p 1418, note MASSIP (Jacques); JCP G 2005, II, 10115, p 1573, avec l'avis de l'Avocat général PETIT (Cécile) et la note de CHABERT (Cyril); COURBE (Patrick), *L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant*, D 2006, doctrine p 1487 ; RTDCiv. 2005, p 750, observations REMY-CORLAY (Pauline) ; GP du 11 au 13 septembre 2005, jurisprudence p 6, note SALAME (Georgette).

A- La précellence inférée par l'ordre public international

660. Depuis l'arrêt MUNZER, rendu par la première Chambre civile le 7 juillet 1964¹⁸¹⁰, une décision étrangère peut recevoir exequatur si elle remplit certaines conditions. Elle doit, en particulier, être conforme à l'ordre public international. Par un arrêt BACHIR du 4 octobre 1967¹⁸¹¹, la Haute juridiction précise qu'il s'agit tant d'un ordre public de fond que de procédure. Parallèlement, de nombreuses conventions internationales facilitant la reconnaissance des décisions étrangères ont ménagé cette exception de conformité à l'ordre public. Or, « *la prise en charge des droits fondamentaux par le mécanisme de l'ordre public* »¹⁸¹² correspond à l'attente d'une doctrine majoritaire¹⁸¹³ et bénéficie d'une transcription dans la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁸¹⁴.

661. Cette assimilation peut être identifiée dans une décision de la première Chambre civile du 3 décembre 1996¹⁸¹⁵. La Haute juridiction considère que l'impartialité du juge est une exigence de l'ordre public international. Toutefois, cet arrêt ne fait pas référence aux dispositions des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. En revanche, les arrêts PORDEA, rendus par la même formation les 5 mai 1993¹⁸¹⁶ et 16 mars 1999¹⁸¹⁷, concrétisent cette absorption. Par la combinaison de l'article 27-1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968¹⁸¹⁸, qui prévoit que les décisions de justice rendues en matière civile et commerciale ne seront pas reconnues « *si la reconnaissance est contraire à l'ordre public de l'Etat requis* » et de l'article 6 de la CEDH, la Haute juridiction décide que la caution *judicatum solvi*, exigée par la juridiction anglaise est excessive. Elle fait

¹⁸¹⁰ ANCEL (Bertrand), LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^{ème} édition, D, 2001, Paris, n°41, p 367.

¹⁸¹¹ ANCEL (Bertrand), LEQUETTE (Yves), *Op. Cit.* n°45, p 638.

¹⁸¹² MUIR WATT (Horatia), *Droit judiciaire international. Harcèlement sur harcèlement ne vaut...(des conceptions divergentes du droit fondamental d'accéder à la justice dans l'espace conventionnel européen)*, RGDP 1999, p 747 (spécialement p 749).

¹⁸¹³ COHEN (Dany), *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français*, RCDIP 1989 p 451 (plus spécialement p 477 et suivantes) ; MAYER (Pierre), *La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères*, RDCIP 1991, p 662 ; COURBE (Patrick), *Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français* in *Quelle Europe pour les droits de l'homme : La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, Actes du colloque organisé par le CREDHO les 11 et 12 mai 1995, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 249 (plus spécialement p 262 et suivantes) ; HAMMJE (Petra), *Droit fondamentaux et ordre public*, RCDIP 1997, p 1 ; FOHRER (Estelle), *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Mémoire de DEA de Droit international privé et du commerce international, Sous la direction du Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Bruylant, 1999, passim.

¹⁸¹⁴ Y compris en matière d'arbitrage international : une clause d'arbitrage ne peut avoir pour effet de priver le justiciable du droit d'accéder au juge. Ce droit garanti par les principes d'arbitrage international et par l'article 6§1 de la CEDH relève de l'ordre public international : Civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005 (Publié au bulletin), disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

¹⁸¹⁵ RCDIP 1997, p 328, note MUIR WATT (Horatia) ; D 1997, IR p 12.

¹⁸¹⁶ Bull. civ. I, n°154, p 105.

¹⁸¹⁷ Bull. civ. I, n°92, p 61 ; JDI 1999, p 773, note HUET (André) ; D. Affaires 1999, p 799, note V.A.-R et les chroniques de MUIR WATT (Horatia), *Loc. Cit.* p 747 ; DROZ A.L. (Georges), *Variations Pordea (A propos de l'arrêt de la Cour de cassation ; 1^{re} Chambre civile, du 16 mars 1999)*, RCDIP 2000, p 181.

¹⁸¹⁸ Sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dont la version consolidée est publiée au JOCE n° C 27, du 26 janvier 1998, p 3.

« *objectivement obstacle* » au libre accès du demandeur à la justice¹⁸¹⁹. De ce fait, la Haute juridiction refuse de reconnaître la décision étrangère. Les arrêts rendus par la Cour de cassation s'inscrivent, véritablement, dans une logique de conciliation entre les Conventions de Bruxelles et de Rome. En effet, si la spécificité du litige impose de faire jouer l'ordre public dans ce cas particulier, il paraît probable que la plupart des décisions rendues par des juridictions étrangères recevront exécution dans l'ordre juridique interne. La conformité à l'ordre public, expressément prévue par la Convention de Bruxelles, se marie logiquement avec les exigences déduites de la CEDH, puisque les textes unissent les mêmes Hautes parties contractantes. D'ailleurs, dans des décisions ultérieures, la Cour de cassation constate, sur le fondement des articles 27-1 de la Convention de Bruxelles et 6 de la CEDH, l'adéquation des procédures suivies devant les juridictions anglaises¹⁸²⁰. Les décisions PORDEA font figures d'exceptions. Par conséquent, la conformité de la Convention bruxelloise à la Convention strasbourgeoise ne semble pas contestée par la Cour de cassation¹⁸²¹. En revanche, la contrariété à l'ordre public enrichie des droits de l'Homme peut, lorsqu'elle est invariablement retenue, neutraliser l'effectivité même d'une convention internationale bilatérale.

662. Certains auteurs ont rapidement identifié cette supériorité de la CEDH sur les conventions bilatérales favorisant la reconnaissance des répudiations musulmanes¹⁸²². En effet, la systématisation de la jurisprudence niant l'effet de telles décisions obtenues, sans fraude, devant les tribunaux marocains ou algériens démontre une position de principe. « *La répudiation unilatérale de la femme par le mari est contraire au principe d'égalité posé par l'article 5 du protocole n°7 à la convention européenne et donc...à l'ordre public international* »¹⁸²³. Cette généralisation de la solution neutralise les conventions bilatérales donnant effet à ces répudiations. La jurisprudence chaotique des départs s'inscrit désormais

¹⁸¹⁹ Le mécanisme de la caution *judicatum solvi* n'est pas condamné dans son principe. D'ailleurs, dans un arrêt également rendu le 16 mars 1999, la Haute juridiction considère que l'argument ne vaut pas si le demandeur a effectivement eu accès au juge étranger : Pourvoi n°95-22326 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁸²⁰ Civ. 1^{re}, 30 juin 2004, Bull. civ. I, n°191, p 157 ; Revue de jurisprudence commerciale, septembre-octobre 2004, n°5, p 380, note POILLOT-PERUZZETTO (Sylvaine) ; Civ. 1^{re}, 17 janvier 2006, Bull. civ. I, n°20, p 19 : il faut toutefois noter que dans cette décision, la Haute juridiction semble extraire l'article 6 de l'ordre public international français en précisant que la restriction à l'exercice d'une voie de recours n'est « *pas contraire à la conception française de l'ordre public international ainsi qu'à l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'Homme* ».

¹⁸²¹ Elle est toutefois discutée en doctrine : BRIERE (Carine), *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 347, 2001, Paris, p 327 et suivantes.

¹⁸²² Ils l'ont, alors, qualifiée de « *primauté* » : GUERCHOUN (Frédéric), *La primauté constitutionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme sur les convention bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes*, JDI 2005, p 695 ; FRANCOIS (Lyn), *La Convention européenne des droits de l'homme est-elle supérieure aux conventions bilatérales reconnaissant les répudiations musulmanes ?* D 2002, Chronique p 2958 ; GANNAGE (Léna), *Le droit international privé à l'épreuve de la Hiérarchie des normes (L'exemple du droit de la famille)*, RGDIP 2001, p 1 (voir plus spécialement p35 et suivantes) ; NIBOYET (Marie-Laure), D 1997, jurisprudence p 400, note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 11 mars 1997.

¹⁸²³ COURBE (Patrick), *Le rejet des répudiations musulmanes*, D 2004, chronique p 815 (spécialement p 816).

dans une rectitude qui ne permet pas aux conventions spéciales de prospérer dans l'ordre juridique interne.

663. Le contentieux de la reconnaissance des répudiations musulmanes intervient lorsqu'un conjoint, parfois après l'ouverture d'une procédure devant les tribunaux français en contribution aux charges du mariage ou en divorce, décide de partir répudier son épouse dans le pays de leur nationalité commune et tente d'opposer le jugement aux juridictions françaises. Après avoir été hostile à la reconnaissance de telles décisions¹⁸²⁴, la Cour de cassation assouplit sa jurisprudence¹⁸²⁵, en considération des conventions bilatérales signées par la France.

Selon l'article 9 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981¹⁸²⁶, relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, les juridictions compétentes appliqueront à la dissolution du mariage la loi de la nationalité commune des époux. L'article 13 indique, en outre, que « *Les actes constatant la dissolution du lien conjugal homologué par le juge au Maroc entre conjoints de nationalité marocaine dans les formes prévues par la loi nationale produisent effet en France dans les mêmes conditions que les jugements de divorces prononcés à l'étranger* ». Cependant, une Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957¹⁸²⁷ indique, en son article 16 b), que les répudiations sont assimilées aux divorces si les parties ont été représentées ou déclarées défailtantes.

Grâce à ces instruments conventionnels, de nombreuses répudiations furent valablement reconnues en France¹⁸²⁸. Cependant, cette bienveillance à l'égard des décisions étrangères

¹⁸²⁴ Civ. 1^{re}, arrêt FEROUJJI du 20 juin 1978 et DAHAR du 18 juin 1979 : l'épouse n'avait pas été appelée en défense et la répudiation était révocable, voir ANCEL (Bertrand), LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^{ème} édition, D, 2001, Paris, n°63-64, spécialement p 598.

¹⁸²⁵ Civ. 1^{re}, arrêt ROHBI du 3 novembre 1983, ANCEL (Bertrand), LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^{ème} édition, D, 2001, Paris, n°63-64, p 592. La Haute juridiction exploite le mécanisme de l'effet atténué de l'ordre public, tel qu'il a été défini par la première Chambre civile dans l'arrêt RIVIERE du 17 avril 1953 : ANCEL (Bertrand), LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^{ème} édition, D, 2001, Paris, n°26, p 239. L'exception d'ordre public varie d'intensité selon qu'il s'agit d'acquérir un droit en France, sur le fondement d'une disposition étrangère, ou de reconnaître les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité avec la loi compétence selon le droit international privé français.

¹⁸²⁶ JORF du 1^{er} juin 1983, p 1643

¹⁸²⁷ JORF du 14 janvier 1960, p 425.

¹⁸²⁸ Arrêt de la première Chambre civile du 6 juillet 1988 : Bull. civ. I, n°226, p 158. La Haute juridiction s'appuyait néanmoins sur l'ordre public procédural [Civ. 1^{re}, 6 juin 1990, RCDIP 1991, p 593, note COURBE (Patrick) : en l'espèce l'épouse n'avait pas été représentée durant la procédure] ou alimentaire [Civ. 1^{re}, 16 juillet 1992, Répertoire Defrénois 1993, art. 35484, note MASSIP (Jacques) : la dissolution ne garantissait qu'une compensation pécuniaire dérisoire], mais également sur la fraude afin de ne pas automatiser la reconnaissance d'une répudiation obtenue, par le mari, dans le but de se préserver des effets d'une action en contribution aux charges du mariage [Civ. 1^{re}, 6 juin 1990, RCDIP 1991, p 593, note COURBE (Patrick)] ou en divorce [Civ. 1^{re}, 4 mai 1994, RCDIP 1995, p 103, note DEPPEZ (Jean), voir la première espèce]. Ce dernier argument était délicat de maniement en raison de la confusion instaurée, car le justiciable ne tentait pas de modifier l'élément de rattachement ou la qualification, caractérisant ainsi une fraude à la loi. Les tribunaux marocains étant compétents, il s'avérait impossible de considérer qu'il s'agissait d'une fraude à la compétence juridictionnelle. Tout au plus la doctrine a-t-elle parfois évoqué la fraude à « *l'intensité de l'ordre public* » : ANCEL (Bertrand),

devait plier sous l'influence de l'ordre public européenisé par l'article 5 du protocole additionnel 7 à la CEDH, ce texte consacrant l'égalité des droits et des responsabilités des époux lors de la dissolution du mariage.

664. L'arrêt rendu par la première Chambre civile, le 1^{er} juin 1994, inaugure cette jurisprudence¹⁸²⁹. Alors que l'épouse présentait une requête en divorce, son mari s'était rendu au Maroc, Etat de leur nationalité commune, où il avait obtenu la répudiation et contracté un second mariage. Il avait ensuite opposé, devant les juridictions du fond françaises, une fin de non-recevoir fondée sur cette décision de répudiation unilatérale. Le pourvoi en cassation est accueilli, au visa des articles 5 du protocole 7 de la CEDH, 13 alinéa 1 de la Convention de 1981 et 16 b) de la Convention de 1957. Cette dernière disposition aurait suffi à motiver la décision, au titre de l'ordre public procédural, l'épouse n'ayant pas été appelée à la procédure. La Cour de cassation intègre, pourtant, la disposition conventionnelle, garantissant l'égalité entre époux, à la notion d'ordre public international français. Elle semble condamner toute reconnaissance des répudiations¹⁸³⁰ hormis l'hypothèse du consentement de l'épouse¹⁸³¹. La Haute juridiction dépasse grandement les exigences de la Cour EDH¹⁸³², par une assimilation totalement novatrice de cet article au mécanisme d'ordre public¹⁸³³. Un arrêt du 31 janvier 1995 se fonde également sur la disposition conventionnelle, mais sans référence à la notion d'ordre public, s'appuyant simplement sur la discrimination entre époux née de la procédure de répudiation¹⁸³⁴.

665. Surtout, la décision du 19 décembre 1995¹⁸³⁵ précise, clairement, la nature de l'ordre public européenisé par l'article 5 du protocole 7, alors même que la répudiation est intervenue avant l'ouverture de la procédure de contribution aux charges du mariage. En effet, si l'article

LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^{ème} édition, D, 2001, Paris, n°63-64, p 602 et suivantes.

¹⁸²⁹ Bull. civ. I, n°192, p 141 ; RCDIP 1995, p 103, note DEPRESZ (Jean), voir la seconde espèce ; D 1995, jurisprudence p 263, note MASSIP (Jacques). Il est délicat de déterminer pourquoi, à des dates si proches la Haute juridiction se fonde, le 4 mai, sur la fraude et le 1^{er} juin sur la CEDH : il semblerait que cette distinction soit simplement fondée sur les pourvois.

¹⁸³⁰ Ainsi que le préconisait le Professeur MONEGER (Françoise), *Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français ?* JDI 1992, p 347 (voir plus spécialement p 353).

¹⁸³¹ MASSIP (Jacques), Op. Cit. p 264.

¹⁸³² MARGUENAUD (Jean-Pierre), RTDCiv. 1996, 514 : le Professeur MARGUENAUD remarque d'ailleurs, qu'à l'époque de ces décisions novatrices, la juridiction strasbourgeoise ne s'était jamais prononcé sur la mise en œuvre de cette disposition conventionnelle. En outre, elle n'a jamais rattaché cette disposition conventionnelle à l'ordre public européen : SUDRE (Frédéric), *Existe-t-il un ordre public européen ?* in *Quelle Europe pour les droits de l'homme : La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, Actes du colloque organisé par le CREDHO les 11 et 12 mai 1995, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 39 ; *L'ordre public européen* in *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruylant, 2001, Bruxelles, p 109.

¹⁸³³ SUDRE (Frédéric), *GA CourEDH*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris, p 16 et suivantes.

¹⁸³⁴ KAHN (Philippe), JDI 1995, 343 ; MARGUENAUD (Jean-Pierre), Op. Cit. ; solution également employée par la Cour à l'occasion de deux arrêts ultérieurs : Civ. 1^{re}, 5 janvier 1999, Bull. civ. I, n°7, p 4 et 3 mai 2000 (inédit titré), pourvoi n°97-20930. La Haute juridiction précise également que la requête en majoration des pensions accordées aux enfants ne peut être interprétée comme un acquiescement à la répudiation.

¹⁸³⁵ Bull. civ. I, n°469, p 326.

13 de la Convention du 10 août 1981 permet à la répudiation de produire en France les mêmes effets que le divorce, c'est à la double condition, selon l'article 16 b) de la Convention du 5 octobre 1957, que la décision étrangère ait respecté les droits de la défense et que sa reconnaissance ne soit pas contraire à l'ordre public international, auquel est intégrée la disposition issue de la CEDH. La Cour affirme, également, «... *que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant, comme en l'espèce, de sa juridiction* » les droits garantis par le traité européen. Cette décision démontre la précellence de la CEDH. En effet, l'ordre public européenisé est parfaitement distingué des exigences procédurales découlant de l'article 16 b) de la Convention de 1957. Le droit consacré par la CEDH s'ajoute à ceux définis par la Convention bilatérale. La Haute juridiction ne tente pas de concilier les traités, mais affirme que la Convention spéciale ne remplira son office que dans le respect de l'égalité entre époux. Si ce raisonnement ne semble pas en adéquation avec les prescriptions de la Convention de Vienne qui suppose la règle *specialia generalibus derogant*¹⁸³⁶, il s'articule parfaitement avec l'obligation internationale de garantir les droits européens imposée par l'article 1^{er} de la CEDH. Peu importe que l'Etat émetteur de la norme soit tiers au traité, l'applicabilité dépend de la compétence du for requis. Dès lors que les individus sont justiciables de l'Etat partie, il convient de leur appliquer la CEDH, sans tenir compte du rattachement au domicile des époux, auquel la Cour ne fait d'ailleurs pas référence.

Cette distance posée, par la Haute juridiction, entre les règles générales du droit international public et la CEDH attestent, plus encore, de la précellence des droits de l'Homme définis conventionnellement. L'absorption de la CEDH par l'ordre public international français assoit une démonstration qui masque le conflit de conventions, tout en permettant de parvenir à une hiérarchisation des obligations conventionnelles. La reconnaissance des répudiations musulmanes paraît donc condamnée¹⁸³⁷. La solution est confortée par un arrêt du 11 mars 1997¹⁸³⁸.

¹⁸³⁶ REUTER (Paul), *Introduction au droit des traités*, 3^{ème} édition revue et augmentée par Philippe CAHIER, PUF, 1995, Paris, p 119.

¹⁸³⁷ Certains arrêts ultérieurs brouillent néanmoins la lisibilité de la jurisprudence. Dans un arrêt inédit titré du 27 janvier 1998, la première Chambre civile transpose la motivation dégagée par l'arrêt du 19 décembre 1995 : voir pourvoi n°95-14453, disponible sur le site internet Légifrance. Toutefois, par une décision du 11 mars 1997, la même formation la rattache l'exigence d'ordre public à l'article 16 b) de la Convention de 1957, sans préciser qu'il s'agit d'un ordre public procédural. Elle relève alors la contrariété avec le protocole 7 de la CEDH. Dans cet arrêt, la Haute juridiction tente évidemment de concilier les normes supranationales : pourvoi n°94-19447 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance. Dans son arrêt du 5 janvier 1999, la Haute juridiction statue sur le fondement des conventions bilatérales et de la CEDH, mais sans faire la moindre référence à l'ordre public : Bull. civ. I, n°7, p 4. Cette approche est confirmée par un arrêt du 3 mai 2000, pourvoi n°97-20930 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁸³⁸ La motivation est dupliquée à l'occasion de l'arrêt du 11 mars 1997, lors duquel la Haute juridiction réaffirme que de l'acceptation de pension ne peut se déduire l'acquiescement à la répudiation. Ainsi, l'ordre public procédural et alimentaire ne suffisent pas à garantir la reconnaissance, le juge français doit s'assurer de la conformité de la décision étrangère aux exigences posées par l'article 5 du protocole additionnel 7 à la CEDH : D 1997, jurisprudence p 400, note NIBOYET (Marie-Laure) ; JCP G. 1998, I, 101, n°3, p 20, observations FULCHIRON (Hugues).

666. Si la jurisprudence s'assouplit, concernant une répudiation prononcée en Algérie, avec l'arrêt du 3 juillet 2001¹⁸³⁹, poussant le Professeur NIBOYET à affirmer que la première Chambre civile répudie « *sa propre jurisprudence sur les répudiations musulmanes* »¹⁸⁴⁰, ce n'est que pour mieux rebondir à l'occasion de cinq décisions rendues le 17 février 2004¹⁸⁴¹. Par deux arrêts de rejet¹⁸⁴², mais néanmoins de principe¹⁸⁴³, la Haute juridiction détermine les exigences découlant de l'article 5 du protocole additionnel 7 à la CEDH¹⁸⁴⁴. Désormais, la conformité de la décision étrangère à l'ordre public procédural et alimentaire ne suffit plus à garantir la reconnaissance, dès lors que la répudiation du mari est unilatérale et ne permet pas de donner un « *effet juridique à l'opposition éventuelle de la femme et en privant l'autorité compétente de tout pouvoir autre que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial* ». Cette norme étrangère n'est pas conforme à l'égalité entre époux à l'occasion de la dissolution des liens matrimoniaux. La disposition européenne est encore absorbée par l'ordre public.

Il convient de relever que ces deux arrêts peuvent être abordés différemment, car ils interviennent à l'égard de la reconnaissance de répudiations prononcées en Algérie. En effet,

¹⁸³⁹ RCDIP 2001, p 704, note GANNAGE (Léna) ; JDI 2002, p 181, note KAHN (Philippe) ; Droit et patrimoine octobre 2001, n°97, p 116, observations MONEGER (Françoise) ; JCP G 2002, II, 10039, p 453, note VIGNAL (Thierry). Ignorant l'argument développé sur le fondement de la CEDH, la Cour accorde la reconnaissance à une répudiation algérienne prononcée en faveur du mari, dès lors que l'épouse a fait valoir ses prétentions et défenses et qu'elle bénéficie de certaines garanties pécuniaires. Contrairement à ce qui avait pu être envisagé par la doctrine, la disposition conventionnelle européenne ne permet pas d'empêcher la reconnaissance en France de certaines répudiations. Au contraire, la Haute juridiction s'abstient, purement et simplement, de répondre à l'argument développé par l'épouse sur ce fondement. Cet abandon de la référence à la source européenne des droits de l'Homme semble se confirmer à l'occasion d'un arrêt rendu le 14 mars 2002. Toutefois, il s'agit en l'espèce d'une décision rendue par une autre formation de la Haute juridiction, la deuxième Chambre civile : JCP G 2002, II, n°10095, p 1038, note FULCHIRON (Hugues). Certaines répudiations restent donc envisageables si elles préservent la faculté de chaque partie de faire valoir ses prétentions, tout en octroyant des garanties pécuniaires. L'ordre public procédural et alimentaire recouvre son caractère exclusif de tout autre contrôle hormis l'hypothèse de la fraude. Il faut préciser qu'en l'espèce, la répudiation avait été prononcée en Algérie, par un tribunal compétent. Le jugement avait été obtenu sans fraude. L'épouse était présente à la procédure. Ainsi que le remarque Léna GANNAGE, il est prématuré d'évoquer le revirement de jurisprudence à la lecture de la décision rendue par la première Chambre civile. Certainement pour cette raison, l'auteur évoque l'abandon, par la Cour de cassation, de la politique du tout ou rien. Cette dernière paraît s'engager sur une voie médiane « *en limitant les exigences de l'ordre public à un seuil assez bas de manière à favoriser l'accueil en France des répudiations les moins répréhensibles* » : GANNAGE (Léna), Op. Cit.

¹⁸⁴⁰ D 2001, jurisprudence p 3378.

¹⁸⁴¹ Bull. civ. I, n° 46 à 50, p 37 et suivantes.

¹⁸⁴² Arrêts n° 258 et 259.

¹⁸⁴³ MEYZEAUD-GARAUD (Marie-Christine), *Répudiation musulmane : la Cour de cassation renoue avec le principe européen d'égalité entre époux (à propos des arrêts de la première Chambre civile du 17 février 2004)*, RJPF mai 2004, n°5, p 6.

¹⁸⁴⁴ L'importance de ces décisions est perceptible par leur immédiate publication sur le site internet de la Cour de cassation : arrêts 256 et 258. L'avis de l'Avocat général relative à l'arrêt n°256 est disponible au Dalloz : CAVARROC (Francis), D 2004, jurisprudence p 824. Ces décisions ont été abondamment commentées : COURBE (Patrick), *Le rejet des répudiations musulmanes*, D 2004, Chronique p 815 ; MARGUENAUD (Jean-Pierre), RTDCiv. 2004, observations p 367 ; MEYZEAUD-GARAUD (Marie-Christine), *Répudiation musulmane : la Cour de cassation renoue avec le principe européen d'égalité entre époux (à propos des arrêts de la première Chambre civile du 17 février 2004)*, RJPF mai 2004, n°5, p 6 ; MONEGER (Françoise), Droit et patrimoine avril 2004, n°125, p 124 ; NIBOYET (Marie-Laure), GP du 25 et 26 février 2004, Flash de jurisprudence p 567 ; PEROZ (Hélène), *Du dernier rôle avant trépas des répudiations musulmanes unilatérales ?* PA, 5 août 2004, n°156, p 13.

la teneur de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964¹⁸⁴⁵ diffère sensiblement de celle unissant la France et le Maroc. En effet, l'article 16 b) de la Convention franco-marocaine de 1957 ne réserve que quelques exigences procédurales. En revanche, selon l'article 1 d) de la Convention franco-algérienne de 1964, les décisions rendues en matière civile ou commerciale bénéficient, de plein droit, de l'autorité de la chose jugée sur le territoire français si elles ne contiennent rien de contraire à l'ordre public. La conciliation des deux conventions est plus aisée car l'intégration de la CEDH à l'ordre public permet de coordonner les dispositions conventionnelles par-delà les exigences purement procédurales. La Cour de cassation ne manque pas de relever cette conciliation des deux textes en précisant qu'elle s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction les droits définis par la CEDH, intégrés à l'ordre public international « *réservé par l'article 1^{er} d de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964* ».

Il n'en demeure pas moins, malgré cette combinaison plus idoine des deux traités internationaux, que l'absorption de la CEDH par l'ordre public international neutralise la reconnaissance des répudiations prononcées en violation du principe européen d'égalité entre époux.

Il est vrai que l'arrêt numéro 258 a pu jeter un trouble dans l'esprit des commentateurs. En distinguant la contrariété, par la conjonction « *et* », de la répudiation au principe d'égalité entre époux ainsi qu'à l'ordre public, la Haute juridiction paraît appliquer immédiatement le traité plutôt que de mettre en œuvre le mécanisme d'éviction élaboré par le droit international privé. Cette analyse ne semble pouvoir être retenue, car l'arrêt numéro 256 n'opère pas telle distinction. D'ailleurs, le recours à l'ordre public de proximité contredit l'interprétation¹⁸⁴⁶.

667. En effet, la Cour de cassation spécifie, de manière surprenante, le champ d'application que recouvre la solution. Les motifs de sa décision sont justifiés « *dès lors que, ..., les deux époux étaient domiciliés sur le territoire français* »¹⁸⁴⁷ ou « *dès lors que, ..., la femme, sinon même les deux époux, étaient domiciliés sur le territoire français* »¹⁸⁴⁸. Cette position est confortée par un arrêt du 10 mai 2006¹⁸⁴⁹. La référence à l'ordre public de proximité semble, pourtant, en décalage avec la CEDH. Selon l'article 1^{er} du traité, les droits conventionnels sont garantis à toute personne relevant de la juridiction des Etats membres. En admettant sa compétence, le juge du for doit garantir les droits consacrés par le traité, sans qu'une condition de domicile puisse atténuer l'obligation¹⁸⁵⁰. Toutefois, ainsi que le remarque le

¹⁸⁴⁵ JORF du 17 août 1965, p 7269.

¹⁸⁴⁶ COURBE (Patrick), Op. Cit. Spécialement p 816 et suivantes.

¹⁸⁴⁷ Arrêt n°256.

¹⁸⁴⁸ Arrêt n°258.

¹⁸⁴⁹ Pourvoi n°05-15707 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁸⁵⁰ MARGUENAUD (Jean-Pierre), Op. Cit. Spécialement p 368.

Professeur NIBOYET, cette condition est pratiquement toujours réalisée lors du contentieux des répudiations¹⁸⁵¹.

668. La condition de domicile est confortée, relativement à des décisions marocaines, par deux arrêts rendus les 25 octobre 2005¹⁸⁵² et 3 janvier 2006¹⁸⁵³. Dans cette dernière affaire, la Cour constate que le divorce prononcé par la juridiction étrangère ne peut pas être reconnu en France, lorsque les parties y ont leur domicile, si l'épouse n'a pas été légalement citée ou représentée. La Cour constate que les juges du fond n'ont pas recherché si la décision respectait les conditions de régularité internationale, au premier chef desquelles apparaît l'ordre public de procédure et de fond, qui intègre l'article 5 du protocole 7 de la CEDH. La solution est confirmée par l'arrêt rendu le 10 mai 2006¹⁸⁵⁴. Exceptant l'ordre public de proximité, la Cour de cassation s'inscrit, dans la droite ligne de la jurisprudence développée en 1995 et 1997¹⁸⁵⁵.

669. La reconnaissance des décisions étrangères, emportant dissolution des liens matrimoniaux sans que l'égalité entre époux soit préservée, semble impossible. Le recours à l'ordre public masque difficilement la supériorité de la disposition conventionnelle protectrice des droits de l'Homme. Sous l'apparence de la conciliation des normes, la Haute juridiction parvient à neutraliser les conventions bilatérales, tout en cherchant à ménager leur application grâce à une condition de domicile inappropriée aux exigences dégagées par la CEDH.

670. L'irruption de la CEDH transforme le visage de l'exception d'ordre public. Comme le souligne le Professeur FAUVARQUE-COSSON, « *il n'existe plus un ordre public, mais des ordres publics qui s'additionnent et s'entrechoquent* »¹⁸⁵⁶. En européanisant l'ordre public international français, la Cour de cassation lui fait perdre son « *caractère national* »¹⁸⁵⁷. Elle découvre également un mécanisme astucieux afin de régler les conflits de conventions internationales. En effet, il s'interprète plus facilement comme conciliant les normes au lieu de les hiérarchiser. En vérité, l'utilisation systématique de l'ordre public asphyxie les Conventions bilatérales, afin de privilégier la protection des droits de l'Homme.

671. Néanmoins, la précellence des droits de l'Homme peut prendre une autre forme. En effet, elle s'exprime à travers un autre mécanisme : l'interprétation conforme. Il semble que la

¹⁸⁵¹ Op. Cit. Spécialement p 569.

¹⁸⁵² Bull. civ. I, n°379, p 316.

¹⁸⁵³ Pourvoi n°04-15231 (Publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁸⁵⁴ Pourvoi n°04-19444 (Publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁸⁵⁵ Cf. supra.

¹⁸⁵⁶ FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), *L'ordre public in 1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, ouvrage collectif, Université Panthéon-Assas (Paris II), D 2004, Paris, p 473 (spécialement p 475).

¹⁸⁵⁷ GOLDMAN (Berthold), *La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit de lois in Problèmes de protection internationale des droits de l'homme*, René CASSIN Amicorum discipulorumque liber I, Pedone, 1969, Paris, p 449.

Haute juridiction ait emprunté cette voie afin de combiner l'application de la CIDE et de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils et l'enlèvement international d'enfants¹⁸⁵⁸.

B- La précellence déduite de l'interprétation conforme

672. La Cour de cassation vient d'user, implicitement, de la méthode d'interprétation conforme afin de coordonner l'application de deux conventions internationales. Il a été démontré que ce mécanisme de justiciabilité, emprunté au droit communautaire, permet d'asseoir la primauté du texte support de l'interprétation¹⁸⁵⁹. Il n'impose pas l'éviction du traité interprété, mais ce dernier, appliqué au litige, ne peut prospérer que dans la mesure où il produit un effet conforme à la disposition conventionnelle protectrice des droits de l'Homme.

En l'espèce, une française épouse un américain aux Etats-Unis. De cette union naît une enfant. La mère, après avoir passé quelques vacances en France avec sa fille, signifie à son époux qu'elles ne regagneront pas le territoire du domicile commun. Le père saisit l'autorité centrale américaine en se fondant sur les dispositions de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Les juridictions françaises, informées de la situation, ordonnent le retour immédiat de la petite fille. La mère se pourvoit en cassation, invoquant l'article 13 b) de la Convention de La Haye et 3§1 de la CIDE. Selon le premier texte, il peut être fait exception au retour de l'enfant lorsque qu'il encourt un grave danger, celui-ci pouvant résulter du changement des conditions de vie actuelles. Selon la seconde disposition conventionnelle, chaque décision de justice doit être prise en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant. Après avoir dégagé l'effet direct du droit consacré par la CIDE, la Haute juridiction doit, ainsi que l'y invite son Avocat général¹⁸⁶⁰, s'interroger sur la combinaison du texte protecteur des droits de l'Homme enfant avec la convention spéciale. En effet, la mère ne démontrant pas le grave danger que susciterait le retour de l'enfant, l'article 13 b) de la Convention de La Haye devrait être appliqué. Toutefois, la séparation de la mère peut nuire à l'intérêt de l'enfant.

673. Analysées de manière objective, les deux conventions internationales ne sont pas antinomiques¹⁸⁶¹. Toutefois, elles peuvent conduire, dans chaque cas d'espèce, à des solutions divergentes. Par conséquent, le conflit de conventions peut résulter des faits de la cause soumise aux juridictions nationales. Il appartient donc à la première Chambre civile de déterminer la supériorité de l'une sur l'autre. Dans son arrêt du 14 juin 2005¹⁸⁶², la Haute

¹⁸⁵⁸ JORF du 11 mai 1982, p 1841.

¹⁸⁵⁹ GAUTRON (Jean-Claude), *Droit européen*, 11^{ème} édition, Mémentos Dalloz, 2004, Paris, p 181 ; ISSAC (Guy), BLANQUET (Marc), *Droit communautaire général*, 8^{ème} édition, Armand Colin, 2001, Paris, p 206.

¹⁸⁶⁰ PETIT (Cécile), JCP G II, 10115 (plus spécialement p 1576).

¹⁸⁶¹ Le préambule de la Convention de La Haye fait, d'ailleurs, expressément référence à l'intérêt de l'enfant.

¹⁸⁶² Bull. civ. I, n°245, p 207 ; Répertoire Defrénois 2005, jurisprudence 38230, p 1418, note MASSIP (Jacques); JCP G 2005, II, 10115, p 1573, avec les Conclusions de l'Avocat général PETIT (Cécile) et la note de CHABERT (Cyril) ; COURBE (Patrick), *L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits*

juridiction semble dégager, par la voie de l'interprétation conforme, la précellence de la CIDE. En effet, elle précise que la Convention de La Haye impose le retour immédiat de l'enfant sauf en cas de danger grave. En revanche, les conséquences d'un retour doivent être appréciées en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant. La formation de la Cour de cassation invite les juges du fond à faire prévaloir les droits de l'Homme enfant sur la Convention spéciale. L'application de l'article 13 b) doit être envisagée "à la lumière de", "conformément à" l'article 3§1 de la CIDE. Le raisonnement emprunté par la Haute juridiction est repris à l'occasion d'un arrêt rendu le 13 juillet 2005¹⁸⁶³.

674. Le Conseiller Doyen Honoraire Jacques MASSIP s'est ému de la solution. Selon lui, « *la Convention de La Haye édicte des mesures en quelque sorte conservatoires...Le retour immédiat prévu par ce texte ne doit recevoir exception que si le retour de l'enfant à sa précédente résidence présente des dangers évidents. Il n'est pas alors question de rechercher quel est l'intérêt "supérieur" de l'enfant...Introduire, comme le fait l'arrêt du 14 juin, la recherche de cet intérêt dès le début sur le retour immédiat nous paraît constituer un mélange des genres de nature à affaiblir considérablement la portée contraignante de la Convention de La Haye* »¹⁸⁶⁴.

Pourtant, l'effectivité de la Convention de La Haye n'est pas affectée par la précellence de la CIDE. En effet, les deux conventions ne sont pas objectivement en conflit. En revanche, le juge est amené à vérifier dans chaque espèce si l'application de la convention spéciale n'est pas de nature à nuire trop considérablement aux droits essentiels de l'enfant. La précellence est donc purement circonstanciée et n'aboutit pas à une neutralisation d'un texte supranational. D'ailleurs, dans les affaires soumises au contrôle de la Haute juridiction, le retour de l'enfant, décidé par les juridictions du fond, est maintenu par le rejet des pourvois. La Haute juridiction applique la convention spéciale. Le mécanisme d'interprétation conforme permet de préserver la supériorité sans aboutir à l'éviction de la norme interprétée. Finalement, cette précellence du traité protecteur des droits de l'Homme est bien moins énergique que celle résultant de la mise en œuvre de l'ordre public international.

675. L'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation permet de constater une supériorité des traités internationaux protecteurs de droits de l'Homme. Elle s'exprime au travers de deux mécanismes, l'ordre public international et l'interprétation conforme. Cette supériorité des dispositions garantissant les droits essentiels n'aboutit jamais à l'éviction des accords internationaux, si bien qu'une apparence de conciliation plus que de conflit semble se dégager de la jurisprudence de la Cour de cassation. Il n'en demeure pas moins que la

de l'enfant, D 2006, doctrine p 1487 ; RTDCiv. 2005, p 750, observations REMY-CORLAY (Pauline) ; GP du 11 au 13 septembre 2005, jurisprudence p 6, note SALAME (Georgette).

¹⁸⁶³ Bull. civ. I, n°334, p 276.

¹⁸⁶⁴ MASSIP (Jacques), Op. Cit.

précérence des droits de l'Homme ressort des décisions rendues par la Haute juridiction. Dès lors, il convient d'en rechercher les fondements.

§2- Les fondements de la précérence

676. Après avoir remarqué la supériorité, souvent nommée « *primauté* », des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme¹⁸⁶⁵ sur d'autres dispositions conventionnelles, les auteurs en ont recherché les justifications.

677. Frédéric GUERCHOUN s'appuie sur le « *principe hiérarchique par emprunt* » afin de fonder la « *primauté* » de la CEDH sur les « *conventions bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes* »¹⁸⁶⁶. Selon lui, c'est en empruntant son caractère constitutionnel au droit équivalent garanti par la norme fondamentale¹⁸⁶⁷ que le principe européen d'égalité entre époux bénéficie d'une « *primauté* » sur les accords bilatéraux franco-marocain et algérien. L'auteur affirme que l'autorité constitutionnelle se « *déploie au profit de ce Protocole* »¹⁸⁶⁸. Considérant qu'il s'agit, malgré tout, d'un conflit de conventions, il reconnaît la compétence du juge judiciaire pour le trancher par application du « *principe hiérarchique par emprunt* », sous réserve que le Conseil constitutionnel ne se soit pas prononcé positivement sur la conformité du traité bilatéral à la Constitution¹⁸⁶⁹. Le raisonnement, bien que revêtu d'un certain nationalisme, demeure assez séduisant. Pour autant, il révèle une ambiguïté et une limite. L'ambiguïté découle de ce que le « *principe hiérarchique par emprunt* » masque difficilement la réalité du contrôle qui s'avère plus constitutionnel que conventionnel. Il permettrait, certes, de contourner habilement l'interdiction d'examiner la constitutionnalité des normes inférieures, mais se limite aux droits identiquement garantis par le traité et la norme fondamentale. Ensuite, le « *principe hiérarchique par emprunt* » ne se rattache pas aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, mais peut s'appliquer à tout texte recelant des dispositions convergentes avec celles énoncées par la Constitution. Or, le conflit de conventions pourrait se trancher en défaveur des droits de l'Homme, ce qui semble

¹⁸⁶⁵ GUERCHOUN (Frédéric), *La primauté constitutionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme sur les convention bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes*, JDI 2005, p 695 ; FRANCOIS (Lyn), *La Convention européenne des droits de l'homme est-elle supérieure aux conventions bilatérales reconnaissant les répudiations musulmanes ?* D 2002, Chronique p 2958 ; GANNAGE (Léna), *Le droit international privé à l'épreuve de la Hiérarchie des normes (L'exemple du droit de la famille)*, RGDIP 2001, p 1 (voir plus spécialement p35 et suivantes) ; NIBOYET (Marie-Laure), D 1997, jurisprudence p 400, note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 11 mars 1997.

¹⁸⁶⁶ GUERCHOUN (Frédéric), Op. Cit. p 695.

¹⁸⁶⁷ L'auteur se rattache à l'article 1^{er} de la DDHC du 26 août 1789 qui consacre la liberté et l'égalité entre les hommes et l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon lequel « *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines des droits égaux à ceux de l'homme* ».

¹⁸⁶⁸ GUERCHOUN (Frédéric), Op. Cit. p 720.

¹⁸⁶⁹ GUERCHOUN (Frédéric), Op. Cit. p 726-728.

contradictoire avec la jurisprudence développée par la Cour EDH¹⁸⁷⁰, pour laquelle la précellence de la CEDH ne s'attache pas à la hiérarchie interne des droits qu'elle consacre.

678. Certains auteurs se sont interrogés sur l'identification des droits de l'Homme aux normes de *jus cogens*. La Convention de Vienne de 1969, définit le concept dans son article 53¹⁸⁷¹. L'impérativité et l'immutabilité de ces normes impératives semblent épouser à merveille le caractère prédominant qu'il convient de reconnaître aux traités protecteurs des droits de l'Homme. Cette qualification est attrayante¹⁸⁷² et justifierait la jurisprudence rendue par la Cour de cassation en matière de répudiation. Toutefois, d'autres commentateurs stigmatisent l'inadéquation du concept aux droits de l'Homme¹⁸⁷³, pire son rôle relativement restreint¹⁸⁷⁴. En réalité, une première objection à l'identification des droits de l'Homme à des normes de *jus cogens* provient de l'impossibilité, pour le juge de cassation, de se rattacher à ce concept. En effet, la France n'a pas ratifié la Convention de Vienne et il est alors impossible de s'appuyer sur la définition établie par l'article 53 du "Traité des traités". De plus, opérer une hiérarchie sur ce fondement impose d'admettre la nullité de la norme qui le contredit. Alors même que l'Etat déciderait de se soumettre aux exigences de la Convention de Vienne, il semble délicat de contraindre le juge de cassation à pareil contrôle. En outre, admettre que certains droits de l'Homme relèvent du *jus cogens* est envisageable et envisagé par certaines instances internationales. Telle est la démarche du CDH, qui, à l'occasion de la formulation de son observation générale numéro 24, a décidé de considérer que certaines « *normes impératives* » ne peuvent faire l'objet de réserves¹⁸⁷⁵. Toutefois, se rattacher uniquement à ce concept aboutit, une fois encore, à une sectorisation de ces droits. En effet, seuls les droits intangibles, pour lesquels l'autorisation des réserves semble se déliter, pourraient revêtir pareille qualité. En revanche, les droits conditionnels ne seraient jamais

¹⁸⁷⁰ Arrêt ZIELINSKI, PRADAL et GONZALES, rendu par la Cour EDH le 28 octobre 1999 ; RFDA 2000, p 1254 étude BOLLE (Stéphane) ; PA 8 juin 2000, p 21, note BOUJEKA (Augustin) ; RDP 2000, p 716, note GONZALES (Gérard) ; RTDCiv 2000, p 436, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre) ; Procédures avril 2000, n°94 p 12, note NF ; JCP G, 2000, I, p 203, n°11, observations SUDRE (Frédéric).

¹⁸⁷¹ « *Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international général ayant le même caractère* ». Sur le concept de *jus cogens* : KOLB (Robert), *Théorie du ius cogens international : Essai de relecture du concept*, PUF, 2001, Paris ; également la synthèse RBDI 2003/1, p 5 ; DOMESTICI-MET (Marie-José), *Quelques réflexions sur les techniques et disciplines juridiques impliquées dans le développement d'un ordre public international* in Mélanges en l'honneur de Louis DUBOIS, D, 2002, Paris, p 661 ; VIRALLY (Michel), *Réflexions sur le jus cogens* in *Le droit international en devenir. Essais écrits aux fils des ans*, PUF, 1990, Paris, p 147.

¹⁸⁷² NIBOYET (Marie-Laure), note relative à l'arrêt de la Première Chambre civile du 11 mars 1997, D 1997, jurisprudence p 400 (spécialement p 402).

¹⁸⁷³ SUDRE (Frédéric), *Droit international et européen des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, n°53 et suivants p 78 et suivantes.

¹⁸⁷⁴ SUY (Eric), *Droit des traités et droits de l'homme*, in *Völkerrecht als Rechtsordnung internationale Gerichtsbarkeit menschenrechte*, Festschrift für Hermann MOSLER, Springer Verlag, 1983, Berlin – Heidelberg – New York, p 935 (voir plus spécialement p 937).

¹⁸⁷⁵ 52^{ème} session du CDH, observation générale n°24 du 4 novembre 1994, CCPR observations générales (general comments), disponible sur le site internet de l'ONU.

reconnus comme impératifs, puisqu'ils peuvent précisément être limités en période de circonstances exceptionnelles ou à tout moment sur le fondement des clauses d'ordre public¹⁸⁷⁶.

679. La précellence des droits de l'Homme peut être abordée en termes de responsabilité internationale, particulièrement à l'égard de la CEDH. L'article 1^{er} du traité impose à l'Etat de reconnaître les droits garantis à toute personne relevant de sa juridiction. La Cour EDH ne tient pas compte de ce que la violation résulterait de l'application, par les juridictions internes, d'une convention bilatérale conclue entre la Haute partie contractante et un Etat tiers à la CEDH¹⁸⁷⁷. Ainsi, les juges nationaux sont tenus de respecter les dispositions conventionnelles afin de prévenir toute condamnation de l'Etat. La juridiction strasbourgeoise n'a jamais eu à statuer sur la conventionnalité d'une décision accordant l'exequatur d'une répudiation musulmane. Cependant, suite à la décision rendue par la première Chambre civile le 3 juillet 2001¹⁸⁷⁸, l'épouse a formé une requête devant la Cour EDH. L'affaire a été radiée du rôle, à la demande de la requérante, par arrêt du 8 novembre 2005¹⁸⁷⁹ et les juges européens n'ont pas analysé le fond. Malgré cela, ils relèvent l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation dans un sens respectueux de l'égalité entre époux¹⁸⁸⁰. Sans présupposer la solution qu'aurait pu rendre la juridiction strasbourgeoise, il est possible de considérer que celle-ci n'aurait pas pris en compte les conventions bilatérales afin de déterminer si la reconnaissance d'une décision étrangère emportait violation de l'égalité entre époux. Bien que l'article 5 du protocole 7 n'ait pas encore été englobé, par les juges strasbourgeois, au sein des dispositions relevant de l'ordre public européen, il convient de constater, à l'instar du Professeur COHEN-JONATHAN que la CEDH bénéficie d'une « *priorité d'application* » provenant de ce que « *les Etats parties et leurs juridictions sont liées par un ordre public juridique commun* »¹⁸⁸¹.

680. La responsabilité internationale peut être envisagée comme fondement de la précellence par-delà la CEDH. En effet, d'autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme recèlent des clauses similaires à l'article 1^{er} du traité européen. Ainsi, l'article 2 du PIDCP précise que « *Les Etats Parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte,...* ». De même, l'article 2 de la CIDE formule, en son premier paragraphe que « *Les Etats parties s'engagent à respecter les droit qui sont énoncés*

¹⁸⁷⁶ SUDRE (Frédéric), Op. Cit. n°55, p 84.

¹⁸⁷⁷ Cour EDH, SOERING contre Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A, n°161 ; SUDRE (Frédéric), *GA CourEDH*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris, p 150.

¹⁸⁷⁸ RCDIP 2001, p 704, note GANNAGE (Léna) ; JDI 2002, p 181, note KAHN (Philippe) ; JCP G 2002, II, 10039, p 453, note VIGNAL (Thierry).

¹⁸⁷⁹ Requête n° 3/02 ; JCP G 2006, I 157, p 1391, observations MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST (Anne) ; GP 25 février 2006, n°56, p 16 observations NIBOYET (Marie-Laure).

¹⁸⁸⁰ §27.

¹⁸⁸¹ COHEN-JONATHAN (Gérard), *La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français* in *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974 –1992*, Ouvrage sous la direction de Frédéric SUDRE, Editions N.P. Engel. Kehl. Strasbourg. Arlington, 1994, p 1 (spécialement p 38 et suivantes).

dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction,... ». Ces textes concrétisent les mêmes exigences que celles dégagées par la CEDH. Bien que la caractérisation d'une violation des droits consacrés par ces textes soit amoindrie par l'autorité limitée des organes de contrôle, la responsabilité internationale de l'Etat demeure. Ceci étant, tous les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme ne bénéficient pas de ce type de clauses et la précellence des textes sur les autres engagements internationaux doit être envisagée à l'aune d'une notion plus englobante.

681. En réalité, la précellence de tous les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme pourrait s'appuyer sur leur caractère objectif. Intrinsèquement attachés à la seule qualité de la personne humaine, ces droits, comme le note le Professeur SHELTON, « ...n'émanent pas de la volonté de l'Etat »¹⁸⁸². Inhérents à l'Homme, ils ne sauraient faire l'objet de dérogations impulsées par d'autres conventions internationales conclues sous l'égide des Etats. Cette supériorité est renforcée par la Charte des Nations Unies dont le préambule affirme sa foi dans les droits fondamentaux, l'un des buts de l'organisation consistant à encourager le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales sans discrimination. En s'arrimant au caractère objectif, la Cour de cassation pourra faire prévaloir les traités protecteurs des droits de l'Homme. Cette hiérarchisation n'aboutit pas à la négation des autres engagements internationaux, mais impose de pondérer les effets néfastes qu'ils pourraient produire sur les droits les plus essentiels de l'individu. Cette justification de la précellence permettrait également de ne pas distinguer selon "l'origine" des droits de l'Homme.

En effet, la Cour de cassation, en réservant une place prépondérante à la CEDH dans sa jurisprudence, occulte les potentialités des autres dispositions conventionnelles. Cette faveur à l'égard du traité européen s'exprime à travers une préséance de la CEDH qui pourrait s'avérer désastreuse pour la protection de tous les droits de l'Homme.

Section II- La préséance de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales sur les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme

682. La CEDH occupe une place privilégiée dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Ce texte, enrichi des nombreuses interprétations fournies par la Cour EDH, embrasse la plupart des situations juridiques et peut répondre à de nombreux pourvois fondés sur une violation des droits de l'Homme. L'influence des dispositions conventionnelles européennes

¹⁸⁸² SHELTON (Dinah), *Mettre en balance les droits : vers une hiérarchie des normes en droit international des droits de l'homme* in *Classer les droits de l'homme* sous la direction de Emmanuelle BRIBIOSA et Ludovic HENNEBEL, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 153 (plus spécialement p 190)

sur les décisions de la Haute juridiction n'est plus à démontrer¹⁸⁸³, mais se répercute sur la diffusion d'autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. En réalité, la justiciabilité défailante de nombreux textes, couplée à l'application prioritaire de la CEDH, appauvrit considérablement la garantie juridique de ces droits essentiels. La richesse du traité européen ne peut combler tous les vides laissés par l'inexploitation d'autres droits.

683. Le contentieux français des droits de l'Homme s'est enfermé dans une spirale d'exclusion de la plupart des traités qui leur sont consacrés. Si les récentes décisions relatives à la CIDE sont de nature à enrayer le phénomène, le chemin à parcourir, afin de parvenir à une application harmonieuse de tous les textes, semble encore bien long. Le justiciable n'est pas étranger à cette situation, car il se prévaut, bien plus souvent, des droits issus de la CEDH. Les motifs de cette préférence s'articulent vraisemblablement autour de deux arguments. La CEDH ne souffre pas des aléas de la justiciabilité et bénéficie de la protection d'une véritable juridiction supranationale. Le dialogue instauré entre la Cour de cassation et la Cour EDH stimule l'invocation quasi systématique des dispositions conventionnelles, les autres textes n'arrivant qu'à titre complémentaire, afin de renforcer une argumentation. La Cour de cassation peut inverser cette tendance en favorisant l'utilisation d'autres dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme, particulièrement en relevant d'office la violation de certains droits non consacrés par la CEDH. Cette approche lui impose, sans doute, de clarifier sa jurisprudence au regard du caractère d'ordre public des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Elle l'oblige surtout à éluder la préséance de la CEDH qui semble s'immiscer dans sa pratique.

684. Alors même que les demandeurs aux pourvois s'emploient à articuler leurs argumentations autour de différents traités, la Cour de cassation élude les textes pour ne retenir qu'une application de la CEDH, si cette dernière suffit à justifier la motivation. Cette préséance prend plusieurs formes dans la jurisprudence, car la Haute juridiction privilégie tant l'application des dispositions conventionnelles issues de la CEDH (§1) que la transposition des interprétations de la Cour EDH (§2).

§1- La préséance des dispositions conventionnelles issues de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

685. La préséance de la CEDH peut être identifiée lorsque le justiciable invoque, conjointement à la CEDH, une ou plusieurs dispositions conventionnelles issues d'autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Dans certains arrêts, la Haute

¹⁸⁸³ Ainsi, dans son ouvrage, le Président WEBER consacre un chapitre sur « *les relations* » de la Cour de cassation « *avec les cours européennes* », spécialement la Cour EDH. Il démontre son influence sur l'interprétation des textes de droit interne, sur le fonctionnement de la Cour de cassation et sa jurisprudence. Alors qu'en 1995 le nombre total des arrêts se référant à la Convention s'élevait à 101, il est en 2005 supérieur à 700 : WEBER (Jean-François), *La Cour de cassation*, Etudes de la documentation française, 2006, Paris, p 148.

juridiction ne retient qu'une application de la CEDH, s'arrogeant le choix du fondement conventionnel sur lequel elle appuie sa motivation (A). En outre, elle peut provoquer la préséance en substituant la CEDH à la disposition conventionnelle soulevée au soutien du pourvoi (B).

A- Le choix de la disposition conventionnelle appliquée

686. La multiplicité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme conduit, bien souvent, le justiciable à multiplier les références à diverses dispositions conventionnelles. La Cour de cassation peut privilégier l'application de la CEDH. Lorsque les dispositions conventionnelles sont parfaitement convergentes, la démarche est seulement acceptable. Cependant, l'identité des textes n'est pas toujours parfaite et la préséance accordée à la CEDH est de nature à nier la spécificité de certains droits de l'Homme. Ainsi, après avoir identifié la jurisprudence représentative de cette préséance (1), il convient d'en mesurer tous les dangers (2).

1- L'identification de la préséance dans la jurisprudence de la Cour de cassation

687. La préséance de la CEDH est assez ancienne mais elle n'est pas circonscrite dans le temps. Des arrêts récents démontrent que la Haute juridiction s'inscrit dans cette démarche d'application prioritaire de la CEDH. Cependant, cette préséance ne se révèle pas dans la majorité des décisions de la Haute juridiction. Bien souvent, la Cour de cassation, par arrêt de rejet, refoule les arguments fondés sur une pluralité de dispositions conventionnelles, sans distinguer entre les textes.

688. Pourtant, plusieurs arrêts attestent de la vitalité de la préséance de la CEDH, particulièrement à l'égard du PIDCP, pendant onusien de la garantie des droits civils et politiques. Les deux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme sont très similaires, malgré quelques différences. La gémellité des dispositions conventionnelles n'est pas surprenante. Elle s'explique par l'inspiration commune qu'a constituée, pour les rédacteurs des traités, la DUDH¹⁸⁸⁴. De surcroît, l'influence même du PIDCP sur la rédaction de la CEDH n'est pas contestable puisque les travaux préparatoires du Pacte firent parfois office de base rédactionnelle au texte régional protecteur des droits civils et politiques¹⁸⁸⁵. Certaines dispositions conventionnelles sont parfaitement interchangeables et permettent de coordonner leur application par l'intermédiaire de la préséance.

¹⁸⁸⁴ TAVERNIER (Paul), *L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme*, RTDH 1997 p 379.

¹⁸⁸⁵ COHEN-JONATHAN (Gérard), *Les rapports entre la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques* in *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Colloque de la SFDI, mai 1976, Pedone, 1977, Paris, p 21.

689. Le droit au procès équitable est particulièrement touché par ce mécanisme de coordination. Garanti par l'article 6 de la CEDH, ce droit se retrouve de manière similaire mais non identique dans l'article 14 du PIDCP. Une première distinction peut être constatée à l'égard du délai raisonnable, réservé à la matière pénale par le traité onusien. Cette différence entre les deux textes ne devrait pas avoir d'incidence sur les litiges relevant de la compétence de la formation répressive de la Cour de cassation. En revanche, le PIDCP demeure plus détaillé que la CEDH, en ce qu'il consacre expressément le droit pour toute personne accusée d'être présente à son procès, de ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable et la garantie du double degré de juridiction en matière pénale¹⁸⁸⁶. Ces dissimilitudes ont été, progressivement, estompées par la jurisprudence de la Cour EDH¹⁸⁸⁷.

La Chambre criminelle semble prompte à appliquer prioritairement la CEDH, alors même que le justiciable invoque également les dispositions conventionnelles convergentes du PIDCP. Cette utilisation privilégiée des droits européens peut être identifiée, une première fois, dans un arrêt rendu le 19 décembre 1984¹⁸⁸⁸. Selon le demandeur au pourvoi, certaines présomptions de culpabilité, édictées par le Code des douanes, étaient contraires aux articles 6 de la CEDH et 14 du PIDCP. Malgré une argumentation peu explicite, la Chambre criminelle répond au pourvoi sur le fondement de la CEDH, en éludant le PIDCP. Elle précise qu'« *il n'y a pas lieu à annulation des poursuites pour une prétendue violation de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». La motivation de la Haute juridiction est imprécise. La conventionnalité n'est pas clairement analysée au regard du droit au procès équitable spécifiquement soulevé. L'ancienneté de l'arrêt explique cette carence, mais démontre déjà la préséance de la CEDH.

Cette décision, non publiée, pouvait présager d'une démarche exceptionnelle de la Cour de cassation. Toutefois, par arrêt du 14 octobre 1997, paru au bulletin¹⁸⁸⁹, la formation répressive retient la préséance de la liberté d'expression, définie par la CEDH. La similitude des articles 10 de la CEDH et 19 du PIDCP est incontestable. Ces deux dispositions consacrent un droit conditionnel et leur identité est renforcée par la réserve française, selon laquelle « *...le gouvernement de la République déclare que les articles 19, 21 et 22 du Pacte seront appliqués conformément aux articles 10, 11 et 16 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en date du 4 novembre 1950...* »¹⁸⁹⁰. Un individu cherchait à démontrer l'inconventionnalité de la condamnation pour diffamation publique envers un fonctionnaire, dont il faisait l'objet. Il invoquait, au soutien de son pourvoi, tant la

¹⁸⁸⁶ Ce droit étant néanmoins garanti par l'article 2 du protocole additionnel 7 à la CEDH.

¹⁸⁸⁷ DE GOUTTES (Régis), *L'enchevêtrement des normes internationales relatives au procès équitable : comment les concilier ?* in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 22 mars 1996, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 139 (spécialement p 147 et 149-150).

¹⁸⁸⁸ Pourvoi n°84-91.428, Cédérom juridique Lamy Cour de cassation.

¹⁸⁸⁹ Bull. crim. n°333, p 1106.

¹⁸⁹⁰ D 1981, Législation, p 79.

CEDH que le PIDCP. La Cour de cassation rejette, en procédant à un contrôle de conventionnalité du texte national support de l'incrimination au regard de la seule CEDH. Pour se faire, après avoir constaté la liberté d'expression, elle s'appuie sur la clause d'ordre public afin de préciser que la loi de 1881, en condamnant la diffamation, poursuit le but légitime de protection de la réputation et des droits d'autrui. La motivation empruntée s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence européenne. La Cour de cassation rappelle que les droits conditionnels peuvent faire l'objet d'ingérences, prévues par la loi et proportionnées à un but légitime. Pourtant, cette démonstration n'aurait pas souffert d'une application complémentaire du PIDCP car le CDH emprunte le même raisonnement que la Cour EDH. Ainsi, dans une affaire FAURISSON contre France, du 8 novembre 1996¹⁸⁹¹, le Comité d'experts indépendants s'est prononcé sur la compatibilité de la loi française dite loi "GAYSSOT", modifiant la législation sur la liberté de la presse de 1881. Est passible de sanctions pénales quiconque conteste l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'Humanité, tels que définis par l'Accord de Londres du 8 août 1945. Le CDH assure que la liberté d'expression est un droit conditionnel et que « *toute restriction...doit remplir simultanément les conditions ci-après : elle doit être fixée par la loi, elle doit viser l'un des objectifs énoncés aux alinéas a) et b) du paragraphe 3 de l'article 19 et elle doit être nécessaire pour atteindre un objectif légitime* ». Dans l'affaire FAURISSON, l'organe de contrôle supranational constate la conventionnalité de la loi "GAYSSOT". Cette décision, rendue à l'égard de la France, démontre la similitude du contrôle opéré par la juridiction européenne et le Comité onusien. Au titre des buts justifiant l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression, le PIDCP énonce le respect des droits ou de la réputation d'autrui. La Cour de cassation pouvait renforcer sa solution en démontrant l'adéquation de la loi de 1881 avec les exigences posées par la CEDH, enrichie de la jurisprudence européenne et par le PIDCP interprété à l'occasion de la constatation onusienne. La transposition était d'autant plus justifiée que la loi de 1881 était au centre des deux espèces. Certes, les incriminations pénales ne relevaient pas des mêmes dispositions légales, mais la constatation du CDH pouvait être adaptée à la diffamation envers un fonctionnaire public. Pourtant, la formation répressive se satisfait d'un seul contrôle, laissant présumer que la conventionnalité de la loi à la CEDH satisfait à toutes les exigences internationales. La publication de la décision facilite, en outre, l'identification de cette préséance¹⁸⁹².

L'utilisation de ce mécanisme de coordination est confirmée par l'arrêt de l'Assemblée plénière du 21 juin 1999¹⁸⁹³. Selon l'article 13 de la loi organique du 23 novembre 1993, la constitution de partie civile devant la Cour de justice de la République est exclue. Cette

¹⁸⁹¹ RTDH 1997, p 46.

¹⁸⁹² D'autres arrêts de la Chambre criminelle permettent d'identifier cette nouvelle forme de subsidiarité : 22 janvier 2002, pourvoi 00-87324 (inédit), démontrant une subsidiarité de l'article 14 du PIDCP sur 10 de la CEDH, disponible sur le site internet Légifrance ; 29 mai 2002, Bull. crim. n°121, p 423, démontrant une subsidiarité de l'article 14.3 du PIDCP sur 6 de la CEDH.

¹⁸⁹³ Bull. AP n°6, p 9.

restriction était contestée par les victimes sur le fondement de l'article 6 de la CEDH et 14 du PIDCP qui préservent le droit d'accès à un tribunal. La formation solennelle de la Haute juridiction rejette le pourvoi au motif que les demandeurs peuvent porter l'action en réparation devant les juridictions de droit commun. Par conséquent, la contestation sur les droits civils sera tranchée conformément à l'article 6§1 de la CEDH. Dans sa motivation, la Cour omet d'associer le Pacte aux impératifs conventionnels, alors que l'article 14§1 consacre un droit identique. La convergence des textes relatifs aux droits au procès équitable aboutit à un contrôle de conventionnalité uniquement centré sur la conformité du droit interne à la CEDH, ainsi qu'en atteste également un arrêt rendu par la Chambre sociale le 2 mars 2005¹⁸⁹⁴.

690. Cette préséance devient encore plus frappante lorsqu'elle résulte d'arrêts de cassation. Dans certaines décisions, la Haute juridiction préfère viser la CEDH sans y associer les dispositions du PIDCP. Un demandeur invoquait les articles 14 du PIDCP et 6 de la CEDH, car il n'avait pas été informé de la date d'audience lors de laquelle serait examinée sa demande de récusation. Par arrêt du 28 juin 2001¹⁸⁹⁵, la deuxième Chambre civile accueille l'ensemble de ses prétentions en cassant l'ordonnance sur le fondement de l'article 349 du NCPC et 6§1 de la CEDH. Toutefois, elle élude le pendant onusien du droit au procès équitable. La Haute juridiction n'utilise pas de la subsidiarité parfaite au détriment des dispositions conventionnelles, mais exploite la préséance de la CEDH au préjudice du PIDCP. La disposition européenne renforce l'argument national mais la Cour ne juge pas utile d'associer le texte onusien.

La démarche est identique dans l'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 17 novembre 2004¹⁸⁹⁶. En l'espèce, le juge d'instruction siégeait à la Chambre des appels correctionnels. Son impartialité objective était contestée sur le fondement du droit interne, des articles 6 de la CEDH et 14 du PIDCP. La Chambre criminelle décide de casser la décision sur le fondement de l'article 49 du CPP et 6§1 du traité européen. La Haute ne retient pas de la subsidiarité parfaite, alors qu'elle reconnaît la préséance de la CEDH. Pourtant, l'article 49 du CPP aurait suffi à légitimer la cassation. En effet, ce texte précise très clairement que le juge d'instruction ne peut « *participer au jugement des affaires pénales dont il a connu en sa qualité...* » de magistrat instructeur. Le droit national préserve donc l'impartialité objective de la juridiction de jugement. La simple application du texte interne imposait d'annuler la décision et de renvoyer l'affaire devant une formation autrement composée. La référence à l'article 6§1 de la CEDH renforce l'exigence d'impartialité objective en lui offrant un support international. Cette décision consolide la position de la CEDH, dans la jurisprudence de la

¹⁸⁹⁴ Cette affaire, déjà abordée au titre de la déchéance du droit de se prévaloir du traité, est relative à la procédure de récusation : pourvois n°02-43.980 et 03-43.030 (inédit), disponible sur le site internet Lamyline Reflex.

¹⁸⁹⁵ Bull. civ. I, n°126, p 54.

¹⁸⁹⁶ Pourvoi n°04-80.363 (inédit), disponible sur le site internet Lamyline Reflex.

formation répressive, au détriment du texte onusien pourtant convergent. En effet, l'article 14§1 du PIDCP précise, également, que le tribunal doit être compétent, indépendant et impartial.

691. La préséance de la CEDH ne peut être identifiée que dans une minorité d'arrêts. Sa constance démontre, cependant, qu'elle pourrait devenir plus courante dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Finalement, les effets de ce mécanisme de coordination des normes ne diffèrent pas fondamentalement de ceux découlant de la subsidiarité parfaite des dispositions conventionnelles sur le droit national. *A priori*, elle n'engendre pas une déperdition des droits au détriment du justiciable. La préséance pourrait même être justifiée par une volonté de simplification du travail des juges. Ces derniers n'auraient pas à rechercher toutes les implications de chaque disposition conventionnelle lorsque la CEDH satisfait aux exigences de la cause. Cette approche justificative de la préséance de la CEDH sur les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme ne prend pas en compte tous les dangers d'une application prioritaire des dispositions européennes.

2- Les dangers de la préséance

692. La préséance de la CEDH, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, n'est pas surprenante. Elle s'explique par l'automatisme avec lequel la Cour de cassation applique désormais ce texte. Cet outil de protection des droits de l'Homme est devenu inéluctable et a conquis ses lettres de noblesse auprès d'une communauté juridique exigeante. Nul autre traité protecteur des droits de l'Homme ne bénéficie d'un accueil aussi favorable. Le maniement de la CEDH s'affine et ne laisse que peu de place à la prospérité d'autres textes.

Il faut reconnaître que ces derniers sont, trop souvent, invoqués « *à tort et à travers, dans un patchwork de textes internationaux* »¹⁸⁹⁷. L'argument articulé autour de la CEDH est privilégié par le justiciable, qui ne se réfère aux autres dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme que de manière surabondante, sans spécifier précisément d'où procède la violation¹⁸⁹⁸. En pareille hypothèse, la préséance de la CEDH peut être expliquée par la propre carence du justiciable¹⁸⁹⁹.

¹⁸⁹⁷ GUINCHARD (Serge), *L'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques par le juge judiciaire*, actes du colloque *La France et le Pacte international de New York relatif aux droits civils et politiques*, PA 25 mai 2000, n°104, p 23.

¹⁸⁹⁸ A titre d'exemple Crim. 11 février 2003, pourvoi n°01-82209 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance. Le justiciable invoque précisément certaines dispositions issues de la CEDH et appelle le PIDCP en renfort d'argumentation, sans se référer spécialement à un des droits consacrés.

¹⁸⁹⁹ La Haute juridiction tente, parfois, d'attirer l'attention des demandeurs sur la référence erronée à une disposition conventionnelle. Elle relève, alors, le caractère inopérant de l'argumentation développée. Une personne placée en garde à vue sur commission rogatoire du juge d'instruction peut être entendue par l'officier de police judiciaire, après avoir prêté le serment imposé par la loi, dès lors qu'il n'existe pas à son encontre des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi ou qu'elle n'est pas nommément visée par un réquisitoire introductif. N'étant pas accusée d'une infraction pénale, le moyen se

693. Pourtant, elle ne peut être justifiée ni par la médiocrité des pourvois ni par une volonté de simplification du travail du juge. Alors même que les droits consacrés, par les différentes dispositions conventionnelles soulevées au soutien du pourvoi, seraient parfaitement interchangeables, la préséance ne bénéficie pas des arguments qui peuvent justifier la subsidiarité parfaite. En effet, les dispositions conventionnelles issues d'autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme disposent de la même autorité juridique que la CEDH. Si la subsidiarité du droit national se comprend car il n'est pas essentiel d'appliquer un droit supralégislatif lorsque la loi nationale permet de résoudre le litige, au contraire, il est délicat de justifier une préséance alors que tous les textes supranationaux protecteurs des droits de l'Homme bénéficient de la primauté et du caractère objectif. La préséance peut, dans une certaine mesure, détériorer la protection des droits de l'Homme en la cantonnant à une simple dimension régionaliste et générationnelle¹⁹⁰⁰. Ce risque est renforcé car le mécanisme de coordination est employé, par la Cour de cassation, alors que les droits invoqués ne sont pas convergents.

694. En effet, la préséance, bien que contestable, pourrait être acceptable lorsque les textes invoqués conjointement à la CEDH sont parfaitement identiques, produisent les mêmes effets. Pourtant, la jurisprudence de la Haute juridiction recèle certaines décisions à l'occasion desquelles la Cour de cassation a procédé à une application unique des dispositions européennes alors que les textes ne protègent pas les mêmes droits. Ce dévoiement de la préséance est critiquable car les juges du droit ne répondent pas sur le fondement de tous les arguments juridiques.

695. Cette démarche procède nécessairement d'un appauvrissement de la matière. En effet, face à une jurisprudence audacieuse fondée sur les dispositions conventionnelles européennes, le justiciable privilégiera un raisonnement s'y rattachant, risquant de ne pas rechercher au sein des autres traités protecteurs des droits de l'Homme les arguments lui permettant de mieux répondre à ses objectifs. Bien qu'enrichie par la jurisprudence évolutive de la Cour EDH, la

fondant sur le droit de ne pas être forcé de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable, tel que garanti par l'article 14§3g du PIDCP, doit être écarté car inopérant. La formation répressive de la Haute juridiction se borne alors à envisager la pertinence des arguments développés sur le fondement de la CEDH : Crim 25 novembre 2003, Bull. crim. n°221, p 897.

¹⁹⁰⁰ En effet, la CEDH ne consacre que des droits civils et politiques. Il convient néanmoins de réserver la jurisprudence de la Cour EDH garantissant, par le biais de l'article 14, une protection des droits sociaux : SUDRE (Frédéric), *La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction »* ? RTDA 2003, n°55, 755 ; du même auteur, *La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'homme* in *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, colloque des 29,30 et 31 mai 1997, Palma de Majorque, Baléares, Bruylant, 1999, Bruxelles et aussi : *La perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux* in *Pouvoir et liberté : Etudes offertes à Jacques MOURGEON*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 467 ; DAUGAREILH (Isabelle), *La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la protection sociale*, RTDE 2001, p 123 ; FIERENS (Jacques), *La violation des droits civils et politiques comme conséquence de la violation des droits économiques, sociaux et culturels*, RBDI, 1999/1, p 46 ; COSTA (Jean-Paul), *Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe ?* in *Les droits de l'homme à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 141.

Convention reste un texte incomplet. De surcroît, la préséance de la CEDH à l'égard de droits différents conduit la Haute juridiction vers un contrôle de conventionnalité incomplet, car limité à l'égard de certaines dispositions conventionnelles.

L'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 11 janvier 2001¹⁹⁰¹ illustre cette défaillance. La décision est relative à la communication des pièces du dossier d'individus prévenus ou accusés. Le demandeur au pourvoi arguait d'une violation des articles 6§3 de la CEDH, et 3 du PIDCP. La transmission des documents lui avait été refusée sur le fondement de l'article R.155 du CPP. En effet, il n'avait pas requis l'autorisation du Procureur général près la Cour d'appel afin d'en obtenir la délivrance. Son argumentation, bien que non retranscrite par l'arrêt, peut être supposée. La disposition conventionnelle issue de la CEDH préserve les droits de la défense et en particulier le droit d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui. Ce texte semble difficile à concilier avec l'impossibilité d'obtenir copie des pièces du dossier. Quant à l'article 3 du traité onusien, il impose aux Etats d'assurer un droit égal aux hommes et aux femmes de jouir des dispositions conventionnelles. Si la référence à cette disposition n'est pas pertinente, elle soulève néanmoins une interrogation sur la conventionnalité de la procédure permettant au Ministère public d'accorder, dans certains cas, la communication des pièces et de la refuser dans d'autres. Pourtant, la Haute juridiction élude le traité onusien pour casser la décision sur le fondement unique de la CEDH. Si la solution se justifie au regard de la pertinence des arguments, elle ne peut convaincre sur le fondement de la préséance. La différence des droits invoqués imposait à la formation criminelle de motiver sa décision en s'appuyant sur le caractère erroné de la référence à l'article 3 du PIDCP. L'arrêt rapporté aboutit finalement à un défaut de réponse sur le fondement du traité onusien et démontre une certaine identité entre la subsidiarité imparfaite et la préséance¹⁹⁰².

Cette interprétation de la jurisprudence est confortée par un arrêt rendu par la formation répressive le 1^{er} mars 2006¹⁹⁰³. Cette affaire soulève un problème de requalification. Poursuivi devant un tribunal correctionnel du chef de recel d'objets obtenus par le délit de corruption de mineur de quinze ans, la Cour d'appel avait condamné le prévenu pour recel du délit de fixation, enregistrement ou transmission, en vue de sa diffusion, de l'image pornographique d'un mineur. Le justiciable n'avait pas été invité à se défendre sur cette nouvelle qualification. Ce disfonctionnement justifie, à lui seul, la cassation sur le fondement des articles préliminaire et 388 du CPP, ainsi que 6§1 de la CEDH. Toutefois, la Haute juridiction ne répond pas sur le fondement de l'article 19 du PIDCP, pourtant soulevé au soutien du pourvoi. Elle omet de se prononcer sur tout le moyen, articulé également sur le fondement du droit à la

¹⁹⁰¹ Pourvoi n°03-82277 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁹⁰² Cette partie, TI, CI, S1.

¹⁹⁰³ Pourvoi n°05-83949 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

liberté d'opinion et d'expression. Le justiciable obtient gain de cause sur le fondement de la CEDH et ne dispose pas des motifs éludant l'argument onusien.

696. L'intérêt pour le justiciable d'invoquer des dispositions conventionnelles étrangère à la CEDH devient alors bien mince. Il pourrait même s'avérer inexistant si la préséance de la CEDH conduit la Haute juridiction à substituer la disposition européenne à celle invoquée sur le fondement d'un autre traité.

B- La préséance provoquée par la Cour de cassation

697. Le justiciable peut choisir de ne pas se prévaloir d'un droit issu de la CEDH et rechercher, dans un autre traité international protecteur des droits de l'Homme, le fondement de son argumentation. Dans "l'affaire VIALARON" du 24 février 1998¹⁹⁰⁴, la première Chambre civile a substitué l'article 5 du protocole 7 de la CEDH, à l'article 23 du PIDCP seul invoqué au soutien du pourvoi. La préséance de la CEDH est provoquée par la Cour de cassation (1). Aucune justification pertinente ne peut être apportée à une telle solution (2).

1- La substitution de dispositions conventionnelles

698. L'affaire VIALARON est déterminante à plus d'un titre. La première Chambre civile considère que la loi suisse relative au régime légal de l'union des biens, opérant une répartition inéquitable à l'égard de l'épouse, doit être évincée au profit de l'égalité entre époux durant le mariage et lors de sa dissolution. Pour ce faire, la Haute juridiction applique d'office la disposition conventionnelle européenne. Par cette décision, la Cour procède, sur le fondement de la CEDH, à un contrôle de conventionnalité de la loi étrangère¹⁹⁰⁵. Elle retient également une application « *audacieuse* »¹⁹⁰⁶ du droit à l'égalité entre époux, démontrant qu'elle s'approprie le texte au-delà des exigences dégagées par la Cour EDH. Elle s'inscrit, ainsi, dans une démarche de dialogue avec la juridiction européenne, qui dépasse la simple transposition des précédents afin d'impulser une interprétation originale. Cette décision a été saluée par la doctrine¹⁹⁰⁷, qui semble pourtant ignorer l'autre dimension de cette affaire, que seule une lecture du pourvoi permettait d'identifier¹⁹⁰⁸.

699. L'application d'office du traité européen s'opère au détriment du PIDCP. Or, l'identité des droits garantis par les deux textes est frappante. Selon l'article 23§4 du traité onusien,

¹⁹⁰⁴ RTDCiv. 1998, p 520, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre); RTDCiv. 1998, p 458, observations VAREILLE (Bernard); JCP G 1998, II, 10176, p 1910, note VIGNAL (Thierry); D 1999, SC p 290, observations AUDIT (Bernard); D 1999, jurisprudence p 309, note THIERRY (Jean).

¹⁹⁰⁵ Cette partie, TI, CII, S 2, § 2, B.

¹⁹⁰⁶ MARGUENAUD (Jean-Pierre), Op. Cit.

¹⁹⁰⁷ RTDCiv. 1998, p 520, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre); RTDCiv. 1998, p 458, observations VAREILLE (Bernard); JCP G 1998, II, 10176, p 1910, note VIGNAL (Thierry); D 1999, SC p 290, observations AUDIT (Bernard); D 1999, jurisprudence p 309, note THIERRY (Jean).

¹⁹⁰⁸ Disponible sur le cédérom juridique LAMY, Cour de cassation, pourvoi n°95-18.647.

« Les Etats parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer aux enfants la protection nécessaire ». En vertu de l'article 5 du protocole additionnel 7 à la CEDH : *« 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 Etats de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt de l'enfant ».*

Malgré cette similitude, la Haute juridiction préfère appliquer la CEDH, sans expliquer son choix. En effet, elle ne spécifie pas qu'il s'agit d'une application d'office et ne justifie pas la substitution. La formulation du traité onusien aurait pu conduire la Haute juridiction à nier l'effet direct de la disposition onusienne. Telle n'est pas la position puisqu'elle ne motive pas sa décision en ce sens. Il est vrai que cette interprétation aurait été surprenante alors que l'effet direct du PIDCP n'a jamais été contesté par les différentes formations de la Cour de cassation.

La référence à la responsabilité civile des époux au regard du mariage aurait alors pu constituer un point d'encrage à la préséance de l'article 5 du protocole additionnel numéro 7. Elle matérialisait la différence concrète existant entre les deux textes. Pourtant, elle ne peut justifier une application prioritaire du traité européen afin de préserver l'épouse d'un régime matrimonial légal discriminatoire, puisque cette question ne relève pas de la responsabilité civile.

Cette préséance provoquée est particulièrement énergique et d'autant plus frappante qu'elle conduit la Cour de cassation à une application très ambitieuse de la CEDH. Face à l'absence de motivation expliquant l'utilisation du mécanisme de coordination des normes, seules quelques suppositions peuvent être émises, sans qu'aucune soit réellement satisfaisante.

2- La justification délicate de la substitution

700. La différence substantielle des droits garantis par les deux textes ne permet pas de justifier la substitution de la CEDH au détriment du PIDCP. Il faut alors supposer que la Cour de cassation opère une distinction entre les deux traités. Les fondements de cette différenciation semblent bien incertains.

701. L'application de la CEDH, par préférence au PIDCP, pourrait être séparée de la préséance et rattachée à la primauté de la disposition européenne. Toutefois, face à des dispositions protégeant de manière convergente le même droit, cette supériorité de la CEDH paraît injustifiable. De surcroît, elle suggère une hiérarchie entre les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme difficilement concevable. En effet, les droits de l'Homme

peuvent être hiérarchisés¹⁹⁰⁹, mais aucune supériorité d'un traité sur un autre n'est envisagée¹⁹¹⁰. Seule une application complémentaire des textes en concurrence est compréhensible¹⁹¹¹. Or, il n'existe pas de divergence entre l'article 23 du PIDCP et l'article 5 du protocole 7 de la CEDH. Tout au plus, la disposition européenne est plus protectrice de l'égalité entre époux parce qu'elle envisage les responsabilités de caractère civil. Mais cette dissemblance n'explique pas l'application prioritaire de la CEDH dans l'affaire VIALARON, puisque le litige soumis à la Haute juridiction ne relève pas de cette distinction.

702. Une deuxième explication peut se rattacher au caractère d'ordre public de la disposition européenne. La simple lecture de la décision rendue par la première Chambre civile ne permet pas d'affirmer que la Haute juridiction ait appliqué au litige le mécanisme d'éviction du droit étranger fondé sur l'exception d'ordre public international. Même si cette démarche pouvait lui être attribuée, la mise en œuvre de l'exception aurait pu se concevoir sur le fondement de l'article 23 du PIDCP, puisque le texte bénéficie de la même autorité. En effet, une distinction entre le caractère d'ordre public des dispositions conventionnelles ne peut se concevoir qu'en s'appuyant sur deux justifications. La première relèverait d'une différence substantielle entre les droits, laquelle ne peut être constatée en l'espèce. La seconde s'appuierait sur la jurisprudence des organes supranationaux de contrôle. Ainsi, la Haute juridiction aurait pu estimer que seule l'admission du caractère d'ordre public de la disposition conventionnelle par la jurisprudence supranationale justifiait l'éviction du droit étranger. Une application prioritaire du traité correspondant aurait été fondée. Toutefois, la Cour EDH pas plus que le CDH n'ont explicitement reconnu le caractère d'ordre public des articles 5 du protocole 7¹⁹¹² de la CEDH et 23 du PIDCP. La Haute juridiction est seule instigatrice de cette interprétation originale de la disposition européenne. Face à la convergence des droits, la substitution n'est pas pertinente puisque l'égalité entre époux est définie par les deux traités.

Une nuance peut néanmoins être apportée au propos. Elle se rattache à la jurisprudence européenne qui a envisagé le caractère d'ordre public de certaines dispositions issues de la

¹⁹⁰⁹ Cette hiérarchisation renvoie, en particulier, au caractère intangible de certains des droits consacrés par les traités internationaux protecteurs des droits de l'homme : SUDRE (Frédéric), *Droit international et européen des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris N°146 et suivants ; DUPUY (Pierre-Marie), *Droit international public*, 5^{ème} édition, Précis Dalloz, 2000, Paris, n°211.

¹⁹¹⁰ Comme le constate le Professeur REUTER, la détermination de l'« ordre de priorité entre traités portant sur la même matière » n'est pas aisée. Ainsi que l'indique l'auteur, la Convention de Vienne semblerait offrir priorité au traité postérieur. Toutefois, le caractère spécial d'un traité peut justifier une application prioritaire de ce texte. REUTER (Paul), *Introduction au droit des traités*, 3^{ème} édition revue et augmentée par Philippe CAHIER, PUF, 1995, Paris, n°200. Cette mise en œuvre de la Convention de Vienne pourrait aboutir à une application prioritaire du PIDCP, entré en vigueur après la CEDH. Toutefois, cette démarche ne tient pas compte de la spécificité des traités internationaux protecteurs des droits de l'homme, intrinsèquement attachés à la personne humaine.

¹⁹¹¹ Cf. infra, Chapitre suivant.

¹⁹¹² SUDRE (Frédéric), *L'ordre public européen* in *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruylant, 2001, Bruxelles, p 109.

CEDH. Dès lors que la Cour de cassation s'émancipe de cette interprétation, en intégrant un nouveau droit à l'ordre public international qui plus est français, la distinction entre le PIDCP et le traité européen apparaît inopportune. D'ailleurs, il convient de rappeler que la décision VIALARON, contrairement au contentieux se rapportant aux répudiations, n'aborde pas la question de l'ordre public.

703. Cette inopportunité s'amplifie si les conséquences en sont envisagées. Cette préséance provoquée dénie au justiciable le choix du texte à invoquer. Le demandeur n'a plus aucune raison de soulever la violation d'un autre traité protecteur des droits de l'Homme. Au contraire, il risque de ne pas obtenir sur ce fondement les droits convergents qui sont constatés par la CEDH. En effet, la solution découlant de l'arrêt VIALARON résulte d'un relevé d'office. La Cour de cassation impose généralement aux juges du fond l'obligation de relever d'office les moyens de pur droit¹⁹¹³ et devrait, en principe, faire de même¹⁹¹⁴. Cette interprétation peut être aléatoire et en privilégiant l'invocation d'une disposition conventionnelle étrangère à la CEDH, le justiciable prend le risque de ne pas préserver ses droits essentiels.

704. Les motifs ayant conduit la première Chambre civile à préférer l'application de la CEDH sont obscurs. Ils peuvent néanmoins être éclairés par les arrêts relatifs aux répudiations musulmanes, rendus par la même formation. En effet, la décision VIALARON intervient quelques années après la jurisprudence développée à l'égard de la reconnaissance des décisions étrangères constatant la dissolution du lien matrimonial par répudiation¹⁹¹⁵. La Haute juridiction est coutumière de l'utilisation de cette disposition conventionnelle. Elle adopte une interprétation originale dépassant les exigences européennes. Ainsi, elle prend l'initiative d'un dialogue avec la juridiction strasbourgeoise, sur le fondement d'une application novatrice du traité dont elle est l'instigatrice. Cette démarche laisse supposer que la Cour de cassation envisage une discussion privilégiée avec les juges européens, délaissant les rapports plus lointains qu'elle pourrait entretenir avec des organes de contrôle ne disposant pas d'un véritable pouvoir juridictionnel. Cette communauté d'esprit se renforce lorsque la Cour de cassation privilégie la transposition de l'interprétation européenne sur l'application de dispositions conventionnelles issues d'autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme.

¹⁹¹³ MARTIN (Raymond), *Le relevé d'office par le juge d'un moyen de pur droit. Une question mal posée*, D 2005, Point de vue p 1444 ; *Le relevé d'office d'un moyen de droit (suite et fin)*, D 2006, Point de vue p 2201.

¹⁹¹⁴ BORE (Jacques), BORE (Louis), *La cassation en matière civile*, 3^{ème} édition, Dalloz Action, 2003/2004, Paris, n° 82.262.

¹⁹¹⁵ 1^{re} civ. 1^{er} juin 1994, Bull. civ. I, n°192, p 141 ; RCDIP 1995, p 103, note DEPREZ (Jean) ; 19 décembre 1995, Bull. civ. I, n°469, p 326 ; 11 mars 1997, D 1997, jurisprudence p 400, note NIBOYET (Marie-Laure) ; JCP G. 1998, I, 101, n°3, p 20, observations FULCHIRON (Hugues).

§2- La préséance du précédent rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme

705. La préséance de la CEDH sur les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme est amplifiée par l'autorité des arrêts rendus par la Cour EDH. En effet, grâce à une jurisprudence progressiste et évolutive¹⁹¹⁶, la Cour EDH a enrichi les droits civils et politiques, comblant les lacunes initiales des dispositions conventionnelles. L'influence de la jurisprudence européenne et le dialogue engagé entre les juges nationaux et européens peuvent conduire la Cour de cassation à préférer la transposition de l'interprétation strasbourgeoise à l'application d'une disposition conventionnelle équivalente (A). La Haute juridiction peut, également, préserver, au gré de la transposition du précédent européen, les droits qu'elle refuse d'accorder sur le fondement d'un autre traité international protecteur des droits de l'Homme (B).

A- La transposition du précédent européen préférée à l'application d'une disposition conventionnelle

706. Si les rédacteurs de la CEDH avaient initialement pu commettre quelques omissions¹⁹¹⁷, notamment en comparaison avec le PIDCP, la jurisprudence européenne a réduit les écarts en enrichissant les dispositions conventionnelles de ses apports prétoriens. La préférence accordée par la Cour de cassation à l'application de la CEDH conduit la Haute juridiction à statuer sur le fondement du traité européen tel qu'interprété par la juridiction strasbourgeoise, plutôt que de se référer aux dispositions conventionnelles issues d'autres traités protecteurs des droits de l'Homme. Certaines dispositions pourraient, de manière autonome, garantir des droits identiques à ceux déduit de l'interprétation extensive ou évolutive de la CEDH. Il semblerait que la transposition du précédent européen soit privilégiée à l'application des dispositions conventionnelles issues d'un autre traité international protecteur des droits de l'Homme.

L'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 26 mai 2004¹⁹¹⁸ illustre cette préséance. Un demandeur alléguait d'une violation du droit au procès équitable, en ce qu'il garantit le droit au silence. Il se fondait sur les articles 6 de la CEDH et 14§3g du PIDCP. La formation répressive de la Haute juridiction rejette le pourvoi au motif qu' « *il n'est ni établi ni allégué qu'un artifice ou stratagème de nature à compromettre l'exercice des droits de la défense, y compris le droit du prévenu au silence, garantis par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, aurait été utilisé en l'espèce* ». Cette motivation se confondrait avec une utilisation acceptable de la préséance si la convergence de la CEDH et du PIDCP se vérifiait. Toutefois, la référence précise à l'article 14§3g du PIDCP n'est sans doute pas

¹⁹¹⁶ MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, connaissance du droit, Dalloz, 2005, Paris, p 36 et suivantes.

¹⁹¹⁷ Qui ont été partiellement estompées par l'entrée en vigueur des Protocoles additionnels.

¹⁹¹⁸ Pourvoi n°03-82277 (inédit), disponible sur le site internet Légifrance.

surabondante, puisque seul ce texte préserve le droit à ne pas être forcé de témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable. Cependant, la Cour de cassation n'y fait pas référence dans sa motivation. Cette dernière aurait pourtant été renforcée par un renvoi précis à l'article 14§3g du PIDCP. Certes, la simple application de l'article 6 de la CEDH n'est pas juridiquement erronée car il faut constater que, par le biais de sa jurisprudence interprétative, la Cour EDH a « *mis à jour des garanties implicites de l'équité procédurale* », affirmant le droit « *de ne pas s'incriminer* »¹⁹¹⁹. Dès lors, afin de tirer du procès équitable européen ce droit au silence, la formation répressive s'est inspirée des décisions européennes. Cette solution est contestable à double titre. D'une part, elle nie la spécificité du traité onusien, dont les dispositions conventionnelles sont plus riches que la CEDH. D'autre part, elle transpose une interprétation supranationale sans se référer au précédent d'où elle procède. La Cour de cassation attire au sein de sa jurisprudence les bénéfices d'une jurisprudence européenne sans le spécifier explicitement. L'analyse de la décision est donc complexe car elle pourrait suggérer que le droit de ne pas s'incriminer est dénié sur le fondement du PIDCP, alors qu'il est admis sur celui de la CEDH qui n'y fait pas expressément référence. Cette motivation renforce le justiciable dans le choix de ne pas rechercher, au sein des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, des dispositions conventionnelles originales. Elle tend également à considérer que la force juridique d'une décision supranationale innommée dépasse celle d'une disposition conventionnelle soumise au principe *pacta sunt servanda* et bénéficiant de la primauté dans l'ordre juridique interne.

707. La transposition de la protection des droits sociaux déduite de la jurisprudence européenne renforce cette préséance du précédent européen. Dans son arrêt BOZKURT du 14 janvier 1999¹⁹²⁰, la Chambre sociale devait décider si un étranger de nationalité turque bénéficierait d'une allocation supplémentaire du fonds national de solidarité. L'article 815-5 du Code de la sécurité sociale suspendait le versement à la signature de conventions internationales de réciprocité. De tels accords n'ayant pas été conclus avec le pays d'origine du demandeur, ce dernier ne pouvait prétendre, selon les juges du fond, à ladite allocation. S'appuyant sur la jurisprudence développée par la Cour EDH, depuis l'arrêt GAYGUZUZ contre Autriche du 16 septembre 1997¹⁹²¹, les juges du droit vont qualifier l'allocation de bien. La condition de nationalité ne pouvant exclure le demandeur du bénéfice de cette allocation, la Haute juridiction relève d'office une discrimination dans le droit au respect des biens et casse au visa de la combinaison des articles 14 et 1^{er} du protocole 1, « *tel qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme* ». Il est surprenant de constater

¹⁹¹⁹ SUDRE (Frédéric), *Droit international et européen des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, n°219 (1°), p 377.

¹⁹²⁰ Bull. civ. V, n°24, p 17 ; D 1999, jurisprudence p 334, note MARGUENAUD (Jean-Pierre) et MOULY (Jean) ; Travail et Protection sociale mars 1999, p 20, note SUDRE (Frédéric) et du même auteur JCP G, II, 10082, p 869. Cette solution est réaffirmée à l'identique par un arrêt de la Chambre sociale du 25 mars 1999, pourvoi n°97-17043 (inédit titré), site internet Légifrance.

¹⁹²¹ D 1998, jurisprudence p 438, note MARGUENAUD (Jean-Pierre) et MOULY (Jean).

que la Haute juridiction préfère se référer explicitement à l'interprétation européenne plutôt que de s'interroger sur la pertinence des arguments invoqués sur le fondement des articles 1 et 3 de la Convention OIT numéro 118¹⁹²². En effet, selon l'article 3§1, chaque Etat signataire doit préciser la branche de sécurité sociale pour laquelle il a accepté les obligations de la Convention. Comme le spécifiait le demandeur au pourvoi¹⁹²³, la France avait soumis la branche relative aux prestations d'invalidité aux obligations découlant de l'engagement international. L'argument était contesté, par la Cour d'appel, qui rattachait les droits déduits de l'article 815-3 du Code de la sécurité sociale à un avantage servi au titre de l'assurance vieillesse, branche non rattachée aux exigences posées par la Convention OIT numéro 118. De la qualification donnée à l'allocation supplémentaire du fonds national de solidarité – prestation vieillesse ou supplément aux pensions d'invalidité – dépendait l'application du texte. La Haute juridiction ne prend pas en compte le pourvoi du demandeur et n'envisage pas l'application d'une autre convention internationale. Elle préfère lui substituer d'office l'interprétation strasbourgeoise. Cette indifférence à l'égard de l'argument développé sur le fondement de la Convention OIT numéro 118 sera dupliquée à l'occasion de nombreuses décisions¹⁹²⁴, si bien que les demandeurs aux pourvois invoquent désormais la CEDH, délaissant les autres dispositions conventionnelles issues des engagements internationaux élaborés par l'OIT¹⁹²⁵. La jurisprudence empruntant l'interprétation européenne sera d'ailleurs confirmée par les décisions émanant de la deuxième Chambre civile¹⁹²⁶ et de l'Assemblée plénière¹⁹²⁷. Cette application prioritaire de la CEDH démontre, dans ce contentieux, ses conséquences néfastes. Le justiciable se détourne des autres sources protectrices des droits de l'Homme puisqu'il obtient, sur le fondement de la CEDH interprétée, le bénéfice de ses droits. Puisque la Haute juridiction ne répond pas sur le fondement d'autres dispositions conventionnelles, il devient bien inutile de les invoquer.

Il faut toutefois préciser que la formation sociale ne tranche pas sur le fondement de la CEDH, telle qu'interprétée par le juge strasbourgeois, lorsque le droit communautaire permet de

¹⁹²² Relative à l'égalité de traitement des nationaux et non nationaux en matière de sécurité sociale. Entrée en vigueur le 15 mai 1975, décret n°75-403 du 21 mai 1975, publiée au JORF le 28 mai 1975, p 5300, également disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁹²³ Disponible sur le site internet Lamyline Reflex, pourvoi n°97-12.487.

¹⁹²⁴ Soc. 14 janvier 1999, pourvoi n°97-14757 et 97-15177 (inédit titré) ; 25 mars 1999, pourvoi n°97-17043 (inédit titré) ; 9 avril 1999 pourvoi n°97-19882 (inédit) ; 2 décembre 1999, pourvoi n°98-17350 (inédit). Pourvois disponibles sur le site internet Lamyline Reflex.

¹⁹²⁵ Soc 13 juillet 2000, pourvoi n°99-11.358 (inédit titré) ; 31 janvier 2002, pourvoi n°00-18365 (Bull. civ. V, n°44, p 41), pourvois disponibles sur le site internet Lamyline Reflex.

¹⁹²⁶ Civ. 2^{ème}, 6 avril 2004, pourvoi 03-30042 (inédit), concernant l'allocation aux adultes handicapés et du 16 novembre 2004, pourvoi 03-30170 (inédit), relatif l'allocation supplémentaire du fonds de solidarité vieillesse.

¹⁹²⁷ AP 16 avril 2004, pourvoi n°02-30.157, disponible sur le site internet de la Cour de cassation avec l'avis de Monsieur le Premier Avocat général DE GOUTTES (Régis) et le rapport du Conseiller COEURET. Cette décision concerne l'octroi de prestations familiales en faveur d'enfants étrangers. Elle est rendue sur le fondement d'une combinaison des articles 8 et 14 de la CEDH. Sur cette décision voir DE GOUTTES (Régis), *Vérité et effectivité dans l'accès aux prestations familiales pour les enfants étrangers entrés en France avec leurs parents*, Rapport de la Cour de cassation 2004, *La vérité*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, publié à la Documentation Française.

censurer les discriminations découlant de l'article 815-3 du Code de la sécurité sociale. En effet, si la décision 3/80 du Conseil d'association¹⁹²⁸, prise en application de l'accord du 23 décembre 1963 conclu entre la Communauté économique européenne et la Turquie, a permis à la France de s'affranchir, en annexe, de l'obligation d'égalité à l'égard du versement de l'allocation supplémentaire du fonds national de solidarité, tel n'est pas le cas de l'accord conclu avec le Maroc. La Haute juridiction applique, à l'égard de ces étrangers, le droit communautaire sans en appeler à la CEDH¹⁹²⁹. En revanche lorsque les juges du fond statuent sur le fondement du droit communautaire, à l'égard d'un ressortissant turc, la Cour de cassation substitue d'office un moyen de pur droit fondé sur les articles 1 du Protocole 1 et 14 de la CEDH¹⁹³⁰.

Cette solution appelle une réflexion. La préséance de la CEDH ne vaut pas à l'égard des sources communautaires, alors qu'elle joue pour tous les autres textes. La Cour de cassation contribue, par la voie combinée de la subsidiarité et de la préséance, à créer un ordre d'application des normes. Lorsque le droit national conforme aux traités suffit à satisfaire la solution juridique, il est prioritairement appliqué. A défaut, la Haute juridiction se tourne vers les normes communautaires, puis vers la CEDH. Les autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme ne seront utilisés en renfort de sa motivation que si toutes les sources nationales et européennes font défaut. Cette articulation démontre la « *sensibilité culturelle* »¹⁹³¹ de la Cour de cassation à l'égard du droit international négocié au sein des institutions régionales. Cette identité européenne risque de détourner le justiciable des autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme.

Le réflexe est encouragé par l'autorité juridictionnelle de la CJCE et de la CEDH. Ces juridictions rendent des arrêts juridiquement obligatoires. La Cour de cassation s'inscrit dans un échange prétorien entre « vrais juges ». Ce dialogue peut conduire la Haute juridiction à privilégier l'application du droit communautaire sur les conventions OIT. Ainsi, dans l'arrêt *STOECKEL* du 25 juillet 1991¹⁹³², la juridiction communautaire ne tient pas compte de l'engagement français à l'égard de la Convention OIT numéro 89. Elle considère que le droit interne incriminant le travail de nuit des femmes ne répond pas aux objectifs de la directive européenne 76/207. La décision impose à l'Etat de dénoncer la Convention OIT. La frontière entre préséance et précellence est bien mince. Toutefois, si la précellence se conçoit à l'égard de la juridiction supranationale chargée de veiller à l'application du droit édicté par

¹⁹²⁸ Du 19 septembre 1980.

¹⁹²⁹ Voir les trois arrêts rendus par la Chambre sociale, également le 14 janvier 1999 : pourvois n°97-13009 (inédit), 97-14828 (inédit titré) et 97-21891 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance. Sur cette question voir les commentaires de MARGUENAUD (Jean-Pierre) et MOULY (Jean), Op. Cit.

¹⁹³⁰ Soc. 21 octobre 1999, Bull. civ. V, n°395, p 290.

¹⁹³¹ SCIOTTI (Claudia), *La concurrence des traités relatifs aux droits de l'homme devant le juge national*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du DEA de droit comparé des droits de l'homme, sous la direction du professeur Jean-François FLAUSS, Bruylant, 1997, Bruxelles, p 74 et suivantes.

¹⁹³² CJCE, arrêt *STOECKEL* du 25 juillet 1991, Droit social 1995, p 174, observations MOREAU (Marie-Ange) ; RSC 1992, p 155, observations SOULARD (Christophe).

l'organisation internationale dont elle dépend, elle ne s'impose pas aux juridictions internes pour lesquelles les traités ont la même force juridique contraignante. Dans le contentieux relatif à l'allocation supplémentaire du fonds national de solidarité, il n'existait pas de conflit entre droit communautaire et Convention OIT. Pourtant la Haute juridiction, sans doute sous l'impulsion de la jurisprudence élaborée par la CJCE, privilégie l'application de l'accord communautaire. Par ailleurs, elle ne se réfère pas à la CEDH devenue fondement inutile au soutien de sa motivation.

708. La préséance du précédent européen sur la disposition conventionnelle peut, en outre, aboutir à des solutions incohérentes sur le plan juridique. En effet, il arrive que la Cour de cassation refuse d'accorder sur le fondement d'une disposition conventionnelle un droit qu'elle reconnaît lors de la transposition d'un précédent européen. Le justiciable est finalement désavantagé lorsqu'il invoque un autre traité international protecteur des droits de l'Homme.

B- Le rejet du pourvoi fondé sur un droit identique à celui résultant de la transposition d'un précédent

709. La préséance ici présentée pourrait être évoquée sous les termes de "préséance déchéance". Si le justiciable invoque un autre traité protecteur des droits de l'Homme, il ne bénéficiera pas des solutions européennes. Son pourvoi peut être rejeté, alors même que la Cour de cassation transpose utilement les enseignements de la Cour EDH au bénéfice des justiciables qui ne se sont pas prévalus d'autres dispositions conventionnelles. Ainsi, la Cour de cassation peut rejeter sur le fondement du PIDCP le bénéfice de droits qu'elle accorde à la lumière du précédent strasbourgeois.

Monsieur KOUA POIRREZ avait pressenti l'utilité des droits de l'Homme face à la discrimination dont il était victime. De nationalité ivoirienne, adopté simplement par un français et résidant en France, le demandeur avait sollicité le bénéfice de l'allocation en faveur des adultes handicapés. La Caisse d'allocations familiales n'avait pas accédé à sa demande. Il contestait cette discrimination sur le fondement de l'article 26 du PIDCP. L'article L.821-1 du Code de la sécurité sociale, qui réserve aux personnes de nationalité françaises, ou ressortissant d'un pays ayant conclu une convention de réciprocité, le droit à l'attribution de l'allocation aux adultes handicapés, créait une discrimination injustifiée. La Chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 janvier 1998¹⁹³³, rejette le pourvoi. Selon la Haute juridiction, ce texte ne peut être interprété « *comme interdisant toutes les conditions de nationalité auxquelles la loi nationale subordonne l'obtention d'un droit* ». Le demandeur n'a pas invoqué la CEDH. Il ne bénéficie pas de l'interprétation

¹⁹³³ Bull. civ. V, n°31, p 23.

strasbourgeoise élaborée dans l'arrêt GAYGUZUZ contre Autriche du 16 septembre 1997¹⁹³⁴. La Chambre sociale ne relève pas d'office une violation de l'article 1 protocole 1 combiné à 14 de la CEDH, comme elle le fera dans l'affaire BOZKURT du 14 janvier 1999¹⁹³⁵. Cette dernière décision, qui apparaît donc comme un revirement de jurisprudence, démontre que le justiciable n'obtient pas, sur le fondement du PIDCP, les droits résultant de la transposition d'un précédent européen. L'arrêt pourrait même attester que les droits garantis par les autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme sont neutralisés, alors qu'ils prospèrent grâce à la jurisprudence européenne (1). Cet raisonnement engendre la condamnation de la France par la Cour EDH (2).

1- La neutralisation des droits consacrés par les autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme

710. Parce qu'il ne s'est pas prévalu de la CEDH, telle qu'interprétée par la Cour EDH, le justiciable ne peut bénéficier d'un droit à une allocation qui pouvait être octroyée sur le fondement du traité onusien. La préséance aboutit à la neutralisation du principe de non-discrimination défini par le PIDCP. Cette solution, critiquée sur le fondement du droit communautaire¹⁹³⁶, s'avère également très contestable dans son application de l'article 26 du PIDCP. Ce texte consacre un droit autonome à la non-discrimination¹⁹³⁷. Cette interprétation de la disposition conventionnelle est appuyée par l'observation générale numéro 18 élaborée par le CDH le 9 novembre 1989¹⁹³⁸. Le Comité d'experts précise « *Alors qu'aux termes de l'article 2, les droits qui doivent être protégés contre la discrimination sont limités aux droits énoncés dans le Pacte, l'article 26 ne précise pas une telle limite. Cet article consacre en effet le principe de l'égalité devant la loi et de l'égal protection de la loi, et stipule que la loi doit garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre la discrimination pour chacun des motifs énumérés. De l'avis du Comité, l'article 26 ne reprend pas simplement la garantie déjà énoncée à l'article 2, mais prévoit par lui-même un droit autonome. Il interdit*

¹⁹³⁴ D 1998, jurisprudence p 438, note MARGUENAUD (Jean-Pierre) et MOULY (Jean).

¹⁹³⁵ Bull. civ. V, n°24, p 17 ; D 1999, jurisprudence p 334, note MARGUENAUD (Jean-Pierre) et MOULY (Jean) ; Travail et Protection sociale mars 1999, p 20, note SUDRE (Frédéric) et du même auteur JCP G, II, 10082, p 869. Cette solution est réaffirmée à l'identique par un arrêt de la Chambre sociale du 25 mars 1999, pourvoi n°97-17043 (inédit titré), site internet Légifrance.

¹⁹³⁶ DAGORNE-LABBE (Yannick), JCP G 1998, II, n°10 111.

¹⁹³⁷ SUDRE (Frédéric), *Le droit à la non discrimination dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme*, in *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies – les communication individuelles – Acte du colloque de Montpellier des 6 et 7 mars 1995*, Sous la direction de SUDRE (Frédéric), IDEDH, Montpellier, p 33. Du même auteur voir les développements issus de l'ouvrage : *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, n° 182, p 260. Selon l'article 26 du PIDCP : « *Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* »

¹⁹³⁸ Disponible sur le site internet de l'ONU.

toute discrimination en droit ou en fait dans tout domaine réglementé et protégé par les pouvoirs publics. L'article 26 est par conséquent lié aux obligations qui sont imposées aux Etats parties en ce qui concerne leur législation et l'application de celle-ci. Ainsi, lorsqu'un Etat adopte un texte législatif, il doit, conformément à l'article 26, faire en sorte que son contenu ne soit pas discriminatoire. En d'autres termes, l'application du principe de non-discrimination énoncé à l'article 26 n'est pas limitée aux droits stipulés dans le Pacte. ». La portée du droit à la non-discrimination est renforcée, en matière sociale, par plusieurs constatations du CDH¹⁹³⁹.

711. La Haute juridiction semble s'être fourvoyée dans l'application de cette disposition conventionnelle telle qu'interprétée par l'organe de contrôle onusien. Elle aurait pu censurer la discrimination existant dans l'octroi d'une pension accordée par la loi. En effet, l'article L 821-1, en réservant l'allocation aux nationaux¹⁹⁴⁰, peut heurter le principe d'égalité tel que défini par l'article 26 du PIDCP. L'interdiction de la discrimination n'étant pas absolue, il était possible, pour la Chambre sociale, de rechercher une justification objective et raisonnable à cette différence de traitement¹⁹⁴¹. L'attendu lapidaire n'apporte aucune explication sur les raisons de cette distinction fondée sur la nationalité. La solution retenue est d'autant plus incompréhensible que, moins d'un an plus tard, la formation sociale censure, au visa de la CEDH interprétée par la Cour EDH, une discrimination fondée sur la nationalité dans l'octroi d'une allocation.

712. La Cour de cassation, en refusant d'accorder sur le fondement du PIDCP ce qu'elle cède au visa de la CEDH, crée une préséance négative interdisant au plaideur de bénéficier de droits précis dès lors qu'ils ne sont pas issus des dispositions conventionnelles européennes.

La première tentative d'explication de cette différenciation pourrait être temporelle. Il est vrai que la décision BOZKURT est postérieure à l'arrêt KOUA POIRREZ. Toutefois, les deux affaires sont ultérieures aux décisions issues des organes supranationaux de contrôle. Tant la

¹⁹³⁹ Sur le droit à la sécurité sociale et aux assurances sociales, tels qu'il découle de l'article 9 du PIDESC : BROEKS contre Pays-Bas, 9 avril 1987 ; pour une législation nationale discriminatoire dans l'octroi d'une allocation d'étude : BLOM contre Suède, 4 avril 1985 : SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, n° 182, p 260.

¹⁹⁴⁰ D'ailleurs, le CDH a considéré, dans une affaire française, que les termes « toute autre situation » utilisés par l'article 26 du PIDCP, couvraient également les discriminations fondées sur la nationalité. Le CDH sanctionne la France pour une discrimination dans l'octroi de pensions militaires : Affaire IBRAHIMA GUEYE et autres contre France, 3 avril 1989, communication n°196/1985, RUDH 1989, p 62. Le CDH affirme § 9.4 « ...que la nationalité ne figure pas en tant que telle parmi les motifs de discrimination interdits, qui sont énumérés à l'article 26, et que le Pacte ne protège pas le droit à pension en tant que tel. L'article 26 interdit, en ce qui concerne la protection égale de la loi, toute discrimination notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. De l'avis du Comité, le cas des auteurs relève des mots « de toute autre situation » dans la deuxième phrase de l'article 26 ».

¹⁹⁴¹ SUDRE (Frédéric), *Le droit à la non discrimination dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme*, in *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies – les communications individuelles* – Acte du colloque de Montpellier des 6 et 7 mars 1995, Sous la direction de SUDRE (Frédéric), IDEDH, Montpellier, p 33 (spécialement p 56 et suivantes).

jurisprudence sociale, développée par la Cour EDH sur le fondement de la combinaison des articles 1 du protocole 1 et 14, que les observations générales et constatations onusiennes confirmant l'autonomie de l'article 26, auraient pu servir de guide interprétatif. Elles permettent de mettre un terme à la discrimination imposée par la loi française dans l'octroi de l'allocation en faveur des adultes handicapés. En outre, il convient de noter que la Présidence de la Chambre sociale était assurée par le même magistrat dans les deux affaires successivement déférées devant la Haute juridiction. Cette identité dans la composition de la formation accentue la différenciation existant dans l'application des traités. Elle est renforcée par le relevé d'office de la CEDH, telle qu'interprétée par le juge strasbourgeois dans le précédent GAYGUZUZ.

713. Cette justification ne convainquant pas, l'identité européenne peut, une fois encore, expliquer cette préséance de la CEDH. Monsieur Jean-Paul DOUCET explique qu'« *auprès du juge pénal français, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques bénéficie d'une autorité proche de celle de la Convention européenne des droits de l'homme ; il ne semble toutefois pas bénéficier encore du même prestige et n'est qu'assez rarement sollicité* »¹⁹⁴². Au regard de la jurisprudence étudiée, il apparaît que cette analyse ne se limite pas à la Chambre criminelle, mais s'étend à l'ensemble des formations de la Cour de cassation. Pourtant, la Convention et le Pacte s'inspirent tous deux de la DUDH. Cette source commune et la similitude des deux textes ne permettent pas de justifier une différence de traitement par la Cour de cassation. Selon Madame Claudia SCIOTTI, la clarté de la jurisprudence européenne pourrait expliquer l'application privilégiée de la CEDH. Elle indique que « *le Comité des droits de l'homme se prononce bien moins souvent sur des questions d'interprétation que la Cour européenne des droits de l'homme. Là encore, le pragmatisme prévaut et le juge interne se tourne donc vers la norme la plus claire et la plus précise* »¹⁹⁴³. En l'espèce, il est impossible de se retrancher derrière cette argumentation, car le juge de cassation se trouvait en possession de tous les éléments nécessaires à une bonne exploitation du Pacte. En outre, la décision KOUA POIRREZ, si elle éludait l'argument articulé sur le fondement du PIDCP, pouvait lui substituer la CEDH telle qu'interprétée par la Cour EDH. En rejetant, la Chambre sociale admet que seuls les droits de l'Homme consacrés par la CEDH et soulevés au soutien du pourvoi seront appliqués.

714. En réalité, afin d'expliquer la position de la Chambre sociale, il faut s'interroger sur l'impact d'une solution fondée sur l'article 26 du PIDCP. Les juges du droit sont probablement rétifs à censurer les discriminations sur le fondement de cette disposition conventionnelle. En effet, le droit autonome à la non-discrimination ouvre une «boîte de

¹⁹⁴² DOUCET (Jean Paul), *Convention européenne des droits de l'homme et jurisprudence pénale française*, RTDH 1991 p 178.

¹⁹⁴³ SCIOTTI (Claudia), *La concurrence des traités relatifs aux droits de l'homme devant le juge national*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du DEA de droit comparé des droits de l'homme, sous la direction du professeur Jean-François FLAUSS, Bruylant, 1997, Bruxelles, p 79.

Pandore'' dans laquelle le justiciable trouverait immédiatement les bénéfices du protocole additionnel à la CEDH numéro 12, dont la France retarde la ratification. Selon l'article 1^{er} de ce texte « *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 toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* »¹⁹⁴⁴. Ce droit paraît potentiel, suspendu à l'entrée en vigueur du protocole 12. Pourtant, il existe déjà, dans l'ordre juridique interne, concrétisé par l'article 26 du PIDCP. Cette vérité a vraisemblablement été dissimulée au justiciable dans l'affaire KOUA POIRREZ. La Chambre sociale nie une réalité selon laquelle le droit autonome à la non-discrimination a intégré le patrimoine juridique des individus depuis l'entrée en vigueur du PIDCP. Certes, la solution qui aurait pu être dégagée sur le fondement du traité onusien n'aurait pas été différente de celle retenue par combinaison de l'article 1 du protocole 1 combiné à 14 de la CEDH. Elle aurait, cependant, révélé les potentialités du texte et généré une multiplication de son invocation. Le droit autonome à la non-discrimination est terriblement contraignant pour les Etats, qui ne peuvent mettre en œuvre une législation engendrant une discrimination injustifiable. La solution retenue par la Chambre sociale n'est pas isolée puisque le Conseil d'Etat élabore une jurisprudence identique en refusant sur le fondement de l'article 26 du PIDCP ce qu'il accorde par combinaison des articles 1 protocole 1 et 14 de la CEDH¹⁹⁴⁵. L'application de la CEDH est privilégiée par les juridictions suprêmes car elle préserve la dépendance du principe de non-discrimination à l'égard des autres droits consacrés par le traité. Si l'interprétation évolutive des juges strasbourgeois a permis d'étendre considérablement les frontières de ce texte, celles-ci n'en demeurent pas moins réelles. L'application de l'article 14 dépendant de son rattachement à l'une des dispositions conventionnelles définies par la CEDH, elle ne peut annihiler toute forme de législation établissant une différenciation injustifiée. Il apparaît plus raisonnable, dans un but de protection du droit interne, de s'appuyer sur la combinaison des textes européens, même enrichis de l'interprétation évolutive du juge strasbourgeois.

715. Outre la portée de l'article 26 du PIDCP, l'application prioritaire de l'interprétation strasbourgeoise relance la question de la justiciabilité des droits sociaux de l'Homme. La Chambre sociale aurait pu trouver dans la Charte sociale européenne le support incontestable permettant de censurer la législation française discriminatoire. Selon l'article 12§4 a) de ce texte, les Etats doivent prendre des mesures, par la conclusion d'accords bilatéraux ou par d'autres moyens, afin d'assurer, dans les droits à la sécurité sociale, l'égalité de traitement

¹⁹⁴⁴ Le protocole additionnel n°12 à la CEDH a été adopté par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 26 juin 2000 et ouvert à signature le 4 novembre 2000. 11 Etats l'ayant ratifié, il est désormais entré en vigueur. La France n'a toujours pas ratifié ce texte.

¹⁹⁴⁵ Sur cette question voir : SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, n° 182, p 262 ; KARAGIANNIS (Syméon), *Considérations sur l'article 26 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, en marge de la jurisprudence du Conseil d'Etat Français* in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges hommages à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 467.

entre les nationaux et les ressortissants des autres Parties contractantes. La Turquie étant, depuis le 24 novembre 1989¹⁹⁴⁶, Haute partie contractante à la CSE, il convenait de s'appuyer sur ce texte. En effet, le juge de cassation aurait pu constater que l'article L. 815-5 du Code de la sécurité sociale ne poursuivait pas cet objectif. Cette analyse est corroborée par l'interprétation du Comité européen des droits sociaux. Dans ses conclusions XV-1, relatives à la France, le CEDS s'exprime sur la conformité de la loi française aux exigences posées par l'article 12§4 de la CSE : « *Allocations pour adultes handicapés (AAH) et allocations supplémentaires du fonds de solidarité vieillesse (FSV). Le Comité constate que la loi n°98-349 relative à l'entrée et au séjour en France et au droit d'asile met le Code de la sécurité sociale en conformité avec la Charte sociale. La condition de réciprocité mise à l'octroi de l'AAH et de l'allocation supplémentaire du FSV aux étrangers était jugée contraire à l'article 12§4 de la Charte par le Comité depuis le cycle de contrôle VI et le cycle de contrôle XIII-2 respectivement. Cette condition étant levée – seule la régularité de séjour en France étant désormais requise (nouvel article L 816-1 du Code de la sécurité sociale) – les ressortissants de toutes les Parties contractantes sont mis sur un pied d'égalité avec les nationaux. Le Comité considère que la situation est désormais conforme à l'article 12 par. 4.* »¹⁹⁴⁷.

L'application d'office de l'article 12 du traité protecteur des droits sociaux aurait été pertinente, l'organe de contrôle s'étant directement prononcé et à plusieurs reprises, sur la question de la conformité des textes internes aux dispositions conventionnelles. Elle aurait permis de faire prospérer l'application d'un traité spécifiquement consacré aux droits sociaux, dans un litige relevant de la compétence de la Chambre sociale.

716. L'affaire KOUA POIRREZ recèle une autre spécificité. La Cour de cassation ne peut pas nier ses engagements conventionnels, dès lors qu'ils produisent les mêmes effets que les dispositions conventionnelles, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour EDH, car elle provoque une condamnation française rendue par la juridiction strasbourgeoise.

2- L'échec du raisonnement au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

717. Monsieur KOUA POIRREZ, bien qu'ayant invoqué l'article 26 du PIDCP devant les juridictions internes, ne soumet pas la discrimination dont il fait l'objet à la sagacité des experts indépendants composant le CDH. L'efficacité de la jurisprudence européenne lui souffle, sans doute, de s'en remettre à la Cour EDH. Selon le requérant, l'allocation en faveur des adultes handicapés est un bien au sens de l'article 1 du protocole additionnel 1 au traité européen. La discrimination découlant de la loi française est contraire à la combinaison de ce

¹⁹⁴⁶ Etat des ratifications au 31 mars 2005, Conclusions 2005, Tome 1, Publications du Conseil de l'Europe, édition du Conseil de l'Europe, 2005, Strasbourg.

¹⁹⁴⁷ 15^{ème} rapport, période de référence 1997-1998, Conclusions XV-1 du Comité européen des droits sociaux, Tome 1, Publication du Conseil de l'Europe, 2000, Strasbourg, p 277.

texte à l'article 14 de la CEDH¹⁹⁴⁸. Cette démonstration convainc les juges strasbourgeois qui condamnent la France. Certes, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 11 mai 1998¹⁹⁴⁹, la condition de nationalité dans l'octroi des pensions contributives est levée. Le demandeur bénéficie, depuis cette date de l'allocation. Toutefois, la violation du traité est constatée pour la période antérieure à la législation nouvelle.

718. Cette décision est intéressante en ce qu'elle formule une nouvelle fois l'attachement de la Cour EDH à la garantie des droits sociaux, mais également en ce qu'elle tait le fondement du pourvoi déposé devant la Chambre sociale de la Cour de cassation. Il était évident que la simple référence au PIDCP n'empêcherait pas de sanctionner une discrimination aussi flagrante. La Cour EDH, dans son rappel de la procédure interne, retranscrit la décision rendue par la Haute juridiction, mais à aucun moment ne remet en cause la recevabilité de la requête sur le fondement d'un non épuisement des voies de recours internes. Cette question n'est pas même évoquée. Le gouvernement français ne cherche pas à soulever cette cause d'irrecevabilité¹⁹⁵⁰. C'est, de son aveu implicite, l'acceptation de ce que le requérant a invoqué au moins en substance les droits garantis par la CEDH¹⁹⁵¹. Il admet donc l'équivalence du droit défini par l'article 26 du PIDCP.

719. L'échec de la Cour de cassation est particulièrement flagrant. Il démontre que la Haute juridiction ne peut préserver au visa de la CEDH les droits qu'elle dénie sur le fondement d'un autre traité. D'ailleurs, la Cour EDH constate, elle-même, la contradiction de jurisprudence entre les arrêts KOUA POIRREZ et BOZKURT¹⁹⁵². Il faut donc comprendre que toute disposition issue d'un traité protecteur des droits de l'Homme, si elle trouve son équivalent dans la CEDH enrichie par la jurisprudence de la Cour EDH, doit être correctement appliquée par le juge de cassation, au risque d'engendrer condamnation par la juridiction strasbourgeoise. Cette dernière s'affirme donc garante des droits consacrés par la CEDH et plus largement par les autres traités convergents.

720. Sans doute est-ce là l'enseignement le plus important de l'affaire KOUA POIRREZ. Elle démontre l'influence réciproque des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. L'application d'un droit doit être envisagée à la lumière des enrichissements fournis par les interprétations supranationales, sans tenir compte de leur filiation, de l'organe émetteur. La Cour de cassation ne peut se satisfaire d'une application des dispositions conventionnelles issues de la CEDH conforme à la jurisprudence strasbourgeoise. Le dialogue instauré entre la Haute juridiction et la Cour EDH ne peut éluder les autres traités, nier les

¹⁹⁴⁸ Cour EDH, arrêt KOUA POIRREZ contre France, 30 septembre 2003, requête n°40892/98, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁹⁴⁹ Loi n°98-349, JORF du 12 mai 1998, disponible sur le site internet Légifrance.

¹⁹⁵⁰ Décision sur la recevabilité, Troisième section de la Cour EDH, 13 mars 2001, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁹⁵¹ Sur ces questions voir : MARGUENAUD (Jean-Pierre), *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, connaissance du droit, Dalloz, 2005, Paris, p 9.

¹⁹⁵² §26 de l'arrêt.

interprétations fournies par d'autres organes de contrôle. Une jurisprudence élaborée dans la seule considération des droits civils et politiques définis par le traité européen ne satisfait pas aux exigences d'une protection efficace des droits de l'Homme. Seule une application complémentaire de tous les textes permettra à la Cour de cassation de parvenir à cet objectif.

Conclusion du chapitre I

721. Le droit international public et la Constitution française n'ont pas apporté toutes les solutions permettant de coordonner efficacement l'application des différents traités. La multiplication de ces textes peut placer la Cour de cassation dans la délicate situation de devoir trancher des conflits de conventions. En outre, l'inflation des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme engendre des redondances. Certains droits sont identiquement consacrés par diverses dispositions conventionnelles. Tous ces textes bénéficiant de la même autorité juridique, il revient à la Haute juridiction de déterminer quelle sera la disposition conventionnelle effectivement appliquée.

722. Afin de résoudre ce problème juridique, la juridiction suprême de l'ordre judiciaire a utilisé certains mécanismes de coordination qu'il convient de qualifier. Tout d'abord, elle semble reconnaître, par l'intermédiaire de l'ordre public international et par la voie de l'interprétation conforme, une précellence des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme sur les autres engagements internationaux. Ensuite, elle privilégie l'application de la CEDH sur les droits, issus d'autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, qui pourraient être soulevés au soutien du pourvoi. Elle développe, ainsi, une préséance de la CEDH et des interprétations de la Cour EDH sur ces textes.

723. Le caractère objectif de ces droits essentiels justifie leur précellence et, sur ce point, la jurisprudence de la Cour de cassation mérite d'être confortée. En revanche, la préséance peut contribuer à un appauvrissement des droits de l'Homme. Conscient de cette préséance, le justiciable se détournera progressivement des autres traités, oubliant que ces textes peuvent consacrer des droits inexistantes au sein de la CEDH. Ce choix sera renforcé par la jurisprudence de la Cour de cassation qui préfère transposer un précédent européen plutôt que d'appliquer une disposition conventionnelle issue d'un autre traité protecteur des droits de l'Homme. La spécificité de chaque engagement international est ainsi niée au profit d'une application prépondérante de la CEDH.

724. Cette spirale d'exclusion doit être inversée, afin que tous les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme prospèrent harmonieusement dans la jurisprudence de la Cour de cassation. La Haute juridiction pourrait identifier la complémentarité des dispositions conventionnelles enrichies des différentes interprétations fournies par tous les organes supranationaux de contrôle.

Chapitre II

Pour l'émergence d'une notion de complémentarité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme

725. Le terme «complémentarité» ne fait pas l'objet d'une définition dans les lexiques juridiques. Tout au plus, le vocabulaire du Professeur CORNU fait référence à l'adjectif complétif en l'assimilant aux termes « *additionnel* » et « *complémentaire* »¹⁹⁵³. Il faut alors rechercher dans les dictionnaires généraux une définition de la complémentarité. Selon le ROBERT de la langue française, elle peut être précisée comme « *le caractère de ce qui est complémentaire* », qui fournit un complément, additionnel ou supplétif¹⁹⁵⁴.

726. La Cour de cassation semble refuser de se perdre dans les méandres de la protection internationale des droits de l'Homme. La prolifération des instruments conventionnels la conduit alors à privilégier l'application de la CEDH. Cette préséance des normes provoque une déperdition trop importante des droits essentiels définis par d'autres traités. Par ailleurs, la Haute juridiction se satisfait de la conventionnalité du droit interne à la CEDH. Ce raisonnement est peu respectueux de la primauté de tous les engagements conventionnels, car la conformité aux textes européens ne garantit pas nécessairement la compatibilité du droit national à d'autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Certains droits sont uniquement définis par un instrument conventionnel, la Haute juridiction peut alors les appliquer simplement, sans se référer à la CEDH. D'autres dispositions sont redondantes et quelques « *interférences* »¹⁹⁵⁵ sont constatables. La Cour de cassation peut alors préserver la spécificité de chaque texte, la ressemblance des dispositions ne devant pas masquer leurs différences. Par conséquent, les droits ont vocation à s'appliquer conjointement ou se substituer à la CEDH lorsqu'ils se concilient plus efficacement au litige soumis au contrôle d'une formation de la juridiction suprême de l'ordre judiciaire. Les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme deviennent complémentaires.

727. La reconnaissance de cette complémentarité des dispositions conventionnelles va extraire la Cour de cassation d'une logique européeniste de protection des droits essentiels. Elle permettra à l'ensemble des traités de prospérer utilement dans la jurisprudence. Surtout,

¹⁹⁵³ CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 8^{ème} édition, PUF, 2000, Paris.

¹⁹⁵⁴ ROBERT (Paul), *Le grand Robert de la langue française, dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2^{ème} édition revue et enrichie par Alain REY, TII, Le Robert, Paris.

¹⁹⁵⁵ BOSSUYT (Marc), *Les instruments internationaux des droits de l'homme et leurs interférences*, Bibliothèque des droits de l'homme du Conseil de l'Europe.

elle impliquera la Haute juridiction dans un dialogue avec tous les acteurs supranationaux. Alors que la Cour EDH et les autres organes de contrôle s'associent dans un échange constructif bonifiant leurs interprétations¹⁹⁵⁶, la Cour de cassation demeure en retrait de ce réseau en privilégiant la transposition des seuls précédents européens. L'application coordonnée des dispositions issues d'une pluralité d'instruments la conduira à explorer plus efficacement les solutions dégagées par les différents Comités chargés de veiller au respect des engagements conventionnels. Elle permettra également de constater que l'interprétation d'une disposition déploie le droit consacré par un autre traité.

728. Afin de parvenir à une application des différents traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme sous l'éclairage de la notion de complémentarité, de nouveaux mécanismes de coordination doivent être envisagés. La multiplication de ces textes peut suggérer une logique de conflit lorsque les dispositions conventionnelles ne sont pas absolument similaires. Il n'en est rien puisque les traités convergent vers un unique but : la protection des droits essentiels à l'épanouissement des individus. L'idée de conflit serait donc être exclue de la logique d'application coordonnée des traités protecteurs des droits de l'Homme. Par conséquent, la Cour de cassation pourrait rechercher une « *méthode juridictionnelle de conciliation des normes concurrentes* »¹⁹⁵⁷.

729. Afin de combiner l'application des textes différents abordant des droits similaires ou dissemblables, la Cour de cassation a la possibilité de s'appuyer sur deux mécanismes. Elle peut privilégier l'application de la clause la plus adéquate (§1), tout en respectant la règle selon laquelle il convient de préserver la mise en œuvre de la clause la plus favorable (§2).

Section I- L'application de la clause la plus adéquate

730. Les dispositions conventionnelles, garantissant le même droit, sont rarement identiques. Sans se contredire, certaines s'avèrent plus complètes. Très souvent, les justiciables vont invoquer tous les textes garantissant ce droit, sans démontrer la spécificité de chacun. La Haute juridiction considèrera fréquemment cette argumentation à la lumière de la CEDH. Parfois, les demandeurs au pourvoi, concentrés sur la protection européenne des droits de l'Homme, n'articuleront leur argumentation que sur le traité européen. Ils n'obtiendront de

¹⁹⁵⁶ BOSSUYT (Marc), *La prise en considération de la jurisprudence de Strasbourg par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies* in *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, sous la direction de Gérard COHEN-JONATHAN et de Jean-François FLAUSS, Droit et justice n°64, Bruylant, Nemesis, 2005, Bruxelles, p 83 ; COHEN-JONATHAN (Gérard), FLAUSS (Jean-François), *Cour européenne des droits de l'homme et droit international général* (2004), AFDI 2004, p 779 ; FLAUSS (Jean-François), *Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux*, PA 26 juillet 2001, n°148, p 9.

¹⁹⁵⁷ DE GOUTTES (Régis), *L'enchevêtrement des normes internationales relatives au procès équitable : comment les concilier* in *Les nouveaux développements du droit au procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 22 mars 1996, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 139 (spécialement p 154).

réponse que sur ce fondement, à moins que la Cour de cassation relève d'office la violation d'une disposition conventionnelle plus adaptée au litige qui lui est soumis.

731. Contrairement à la règle imposant de privilégier l'application de la clause la plus favorable, rien ne semble ordonner au juge de cassation de se référer à une disposition conventionnelle plus adéquate. Cette démarche demeure, pour l'instant, une faculté non une obligation. Aussi, l'influence du pourvoi sur l'application de la clause la plus adéquate peut être déterminante (§1). Toutefois, la jurisprudence relevant d'office une violation de la disposition conventionnelle la plus adaptée à la situation juridique démontre que la règle pourrait être généralisée, il convient alors de justifier ce choix (§2).

§1- L'influence du pourvoi

732. L'application de la clause la plus favorable est facilitée par le pourvoi du demandeur. Lorsque ce dernier invoque plusieurs dispositions conventionnelles garantissant le même droit, la Cour de cassation peut choisir d'appliquer celle qui embrasse le plus parfaitement la cause soumise à son contrôle. Abandonnant toute préséance à l'égard de la CEDH, la Haute juridiction répondra sur le fondement d'une disposition conventionnelle adaptée.

733. Cette démarche ne s'impose pas à la Cour de cassation qui peut choisir de retenir, au soutien de sa motivation, toutes les dispositions conventionnelles invoquées. Toutefois, l'application de la clause la plus adéquate peut s'avérer bénéfique à deux points de vue. Tout d'abord, elle indique au justiciable qu'il n'est pas utile d'invoquer pêle mêle de nombreuses dispositions conventionnelles protectrices d'un même droit, mais qu'il est plus pertinent de rechercher dans l'arsenal juridique le texte le plus opportun. Surtout, cette approche permet de démontrer que la CEDH n'est pas le remède à toutes les violations des droits de l'Homme et que d'autres traités peuvent répondre aux exigences des demandeurs. Ainsi, la Cour de cassation exploitera plus de droits et fera œuvre pédagogique à l'égard de toute la communauté juridique. Les droits de l'enfant pourront être appliqués sur le fondement de la CIDE, les droits sociaux sur celui de la CSE ou du PIDESC. La lutte contre la discrimination raciale ou à l'égard des femmes s'exprimera à travers les textes qui lui sont réservés.

734. La première Chambre civile a vraisemblablement envisagé ce raisonnement à l'occasion de son arrêt du 14 juin 2005¹⁹⁵⁸. Outre le revirement jurisprudentiel consacrant l'effet direct de l'article 3§1 de la CIDE, la décision peut être étudiée sous l'angle de l'application de la clause la plus adéquate. Alors que la mère contestait la décision de renvoyer son enfant aux Etats Unis sur le fondement des articles 8 de la CEDH et 3§1 de la

¹⁹⁵⁸ Pourvoi n°04-16.942, disponible sur le site internet de la Cour de cassation ; JCP G. 2005, II, 10115, p 1573, avec les conclusions de Madame l'Avocat général PETIT (Cécile) et la note de CHABERT (Cyril) ; Répertoire Defrénois 2005, article 38230, p 1418, note MASSIP (Jacques) ; GP du 11 au 13 septembre, jurisprudence p 6, note SALAME (Georgette).

CIDE, la Haute juridiction choisit de se fonder sur ce dernier texte afin de rejeter le pourvoi. Les faits de la cause impliquant directement une mineure, l'utilisation du traité définissant les droits de l'Homme enfant est pertinente.

L'analyse de la décision est, cependant, délicate car les dispositions conventionnelles soulevées au soutien du pourvoi consacrent des droits différents. Si le texte onusien préserve l'intérêt primordial de l'enfant, l'article 8 de la CEDH consacre le droit au respect de la vie privée. Or, l'application de la clause la plus adéquate suggère que le demandeur au pourvoi a invoqué des droits convergents non différents. Cette hypothèse permet à la Haute juridiction de justifier l'application du seul texte correspondant, le plus exactement, à la situation juridique soumise à son contrôle. En l'espèce, la Cour de cassation ne se prononce que sur l'intérêt primordial de l'enfant, oubliant de statuer sur la garantie de sa vie privée. Il pourrait s'agir alors d'une préséance, déjà identifiée auparavant, mais inversée puisqu'elle opère en faveur de la CIDE. Quels qu'en soient les motifs, ce défaut de réponse ne s'harmonise que difficilement avec la règle imposant à la Haute juridiction de répondre à tout le moyen¹⁹⁵⁹.

Cette objection peut, malgré tout, être pondérée. En effet, la première Chambre civile aurait pu choisir de transposer une interprétation européenne au lieu d'appliquer la disposition conventionnelle issue de la CIDE. Elle aurait fait jouer la préséance du précédent strasbourgeois sur la disposition conventionnelle. La jurisprudence de la Cour EDH, protectrice des relations parents-enfants, lui permettait de prendre en considération l'intérêt supérieur de la fillette sur le fondement de l'article 8 de la CEDH¹⁹⁶⁰. Finalement, il semblerait que la Cour de cassation ait préféré se référer spécifiquement à la Convention spéciale protectrice des droits de l'enfant plutôt que d'articuler sa motivation sur différentes normes juridiques redondantes.

735. Cette mise en œuvre privilégiée de la CIDE démontre une volonté de la formation civile de ne plus appliquer systématiquement la CEDH lorsque la situation juridique s'harmonise naturellement avec une autre convention protectrice des droits de l'Homme. La Cour de cassation relève, désormais, d'office le traité onusien sur le fondement de l'article 1015 du NCPC, alors même que le demandeur au pourvoi n'invoque pas de dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme¹⁹⁶¹.

¹⁹⁵⁹ PICCA (Georges), COBERT (Liane), *La Cour de cassation*, Que sais-je ? PUF, 1^{ère} édition, 1986, Paris, p 116.

¹⁹⁶⁰ GOUTTENOIRE (Adeline), *GA Cour EDH*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris, p 481 et suivantes. L'auteur souligne que dans son arrêt JOHANSEN contre Norvège, du 7 août 1996, la juridiction strasbourgeoise fait expressément référence à « l'intérêt supérieur de l'enfant » : spécialement p 487.

¹⁹⁶¹ Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, Pourvoi n°02-20.613 disponible sur le site internet Lamyline Reflex. JCP G. 2005, II, 10115, p 1573, avec les conclusions de Madame l'Avocat général PETIT (Cécile) et la note de CHABERT (Cyril) ; GP du 3 au 5 juillet 2005, p 9, note COURDIER-COURDIER (Anne-Sylvie) ; D 2005, jurisprudence p 1909, note EGEA (Vincent) ; JCP G. 2005, II, 10081, p 1183, note GRANET-LAMBRECHTS (Frédérique) et STRICKLER (Yves) ; Répertoire Defrénois 2005, article 38230, p 1418, note MASSIP (Jacques).

736. Le relevé d'office peut faciliter l'application de la clause la plus adéquate. Cette procédure impose toutefois à la Cour de cassation un travail considérable, puisqu'elle doit rechercher, au sein des différents traités protecteurs des droits de l'Homme, la disposition conventionnelle la plus appropriée. Cette démarche lui impose, également, de clarifier sa jurisprudence. Le relevé d'office suggère que la violation d'un droit de l'Homme résulte d'un moyen de pur droit¹⁹⁶² ou d'ordre public¹⁹⁶³, alors même que la Cour de cassation rejette parfois, au titre de leur nouveauté, les pourvois articulés sur ce fondement¹⁹⁶⁴.

La formation répressive de la Haute juridiction, à l'occasion de l'arrêt rendu le 7 avril 1993¹⁹⁶⁵, relève d'office le droit au procès équitable défini par le PIDCP afin de préserver la législation interne définissant la procédure pénale applicable aux mineurs. En l'espèce, une juridiction du second degré avait considéré, sur le fondement de l'article 6§1 de la CEDH, que la composition d'un Tribunal pour enfants était irrégulière car la Présidence était assurée par le juge instructeur. Cette formation originale, déduite de l'ordonnance du 2 février 1945, semblait porter atteinte à l'impartialité objective. Le Procureur général près la Cour d'appel forme un pourvoi sur le fondement de l'article 6§1 de la CEDH. Selon le magistrat, la spécificité de la procédure pénale applicable au mineur justifie une telle « *unicité* » des deux fonctions. Le Rapporteur à la Cour de cassation approuve cette interprétation, même s'il constate que la jurisprudence européenne ne milite pas en faveur du maintien du système actuel de procédure. En effet, la jurisprudence strasbourgeoise sanctionne, sur le fondement de l'article 6§1, l'identité des magistrats à différents stades de la procédure pénale applicable aux majeurs. Toutefois, le Rapporteur s'appuie sur d'autres normes supranationales afin de démontrer la compatibilité du système avec le droit au procès équitable des mineurs. En effet, l'article 14§4 du PIDCP précise que « *La procédure applicable aux jeunes gens qui ne sont pas encore majeurs au regard de la loi pénale tiendra compte de leur âge et de l'intérêt que présente leur rééducation* ». Ce traité est renforcé par les Règles de Beijing approuvées par les Nations Unies le 6 septembre 1985, visant à protéger les intérêts du jeune délinquant. Pour le Rapporteur NIVOSE, les textes spéciaux de procédure pénale réservés aux mineurs ne sont

¹⁹⁶² BORE (Jacques), BORE (Louis), *La cassation en matière civile*, 3^{ème} édition, Dalloz Action, 2003/2004, Paris, n°82.01 et suivants.

¹⁹⁶³ BORE (Jacques), BORE (Louis), *La cassation en matière pénale*, Dalloz action 2004/2005, Paris, n°112.70 et suivants.

¹⁹⁶⁴ Crim. 19 novembre 1987, Bull. crim. n°420 (art 6) ; 12 décembre 1988, Bull. crim n°418, p 1109 (art 5§3) ; 13 décembre 1989, Bull. crim. n°408, p 983 (art 6§1) ; Civ. 2^{ème}, 25 mars 1992, Bull. civ. II, n°107, p 51 (art 6§2) ; Com. 6 avril 1993, Bull. civ. IV, n°144, p 98 (art 10, 14 et 15) ; Civ. 2^{ème}, 7 novembre 1994, Bull. civ. II, n°223, p 129 (art 6) ; Crim. 26 avril 1994, Bull. crim. n°149, p 331 (art 6§3b) ; 3 juin 1997, Bull. crim. n°217, p 708 (art 4 protocole 7) ; Com. 22 février 2000, Bull. civ. IV, n°38, p 33 (art 6§1) ; 21 mars 2000, Bull. civ. IV, n°67, p 56 (art 6§1) ; 14 mai 2002, Bull. civ. IV, n°86, p91 (art 6§1) ; Civ. 2^{ème}, 3 juillet 2003, Bull. civ. II, n°228, p 189 (art 8 et 10) ; 19 février 2004, Bull. civ. II, n°73, p 62 (art 10§2) ; Civ. 1^{ère}, 25 mai 2004, Bull. civ. I, n°154, p 126 (art 10) ; Com. 8 février 2005, Bull. civ. IV, n°25, p 28 (art 1 protocole1) ; Crim. 8 juin 2006, pourvoi n°06-81796 (publié au bulletin), disponible sur le site internet Légifrance (art 8).

¹⁹⁶⁵ Bull. crim. n°152, p 381 ; D 1993, jurisprudence p 553, avec la note de PRADEL (Jean).

pas inadéquats aux engagements internationaux, dès lors qu'ils participent de l'intérêt du jeune délinquant¹⁹⁶⁶.

Les articles 6 de la CEDH et 14 du PIDCP préservent le droit au procès équitable sans être parfaitement similaires¹⁹⁶⁷. Bien que leurs objectifs soient identiques, leurs rédactions diffèrent quelque peu. A l'époque des faits, la Cour EDH ne s'était pas prononcée sur la procédure pénale applicable aux mineurs. La Chambre criminelle va associer à son visa l'article 6, invoqué au soutien du pourvoi, et la disposition onusienne, relevée d'office. Elle adopte une position privilégiant l'application d'office de la clause la plus adéquate à la situation juridique soumise à son contrôle. Par cette utilisation cumulative des normes, elle note la convergence des textes protecteurs du droit au procès équitable, tout en précisant la spécificité du traité onusien. Grâce à cette interprétation, la formation répressive de la Haute juridiction précède le juge européen, qui aboutira à la même conclusion dans l'affaire NORTIER contre Pays Bas¹⁹⁶⁸, considérant que la particularité de la procédure pénale applicable au mineur justifie la réunion entre les mains d'un même magistrat des fonctions d'instruction et de jugement.

En l'absence de jurisprudence strasbourgeoise relative à la procédure applicable aux mineurs, il aurait été possible de considérer que les arrêts rendus par la Cour EDH à l'égard de l'impartialité objective, sur le fondement de l'article 6§1, définissaient une interprétation plus favorable¹⁹⁶⁹. Cette analyse aurait nié les arguments dégagés par le Professeur RENUCCI, qui démontre que l'identité bénéficie au mineur, car le juge dispose « *d'une connaissance aussi parfaite que possible de la personnalité du délinquant* »¹⁹⁷⁰. Par ailleurs, l'impartialité objective est préservée puisque la décision rendue peut faire l'objet d'un recours. Enfin, le Rapporteur NIVOSE précise que le juge des enfants, durant la phase d'instruction, ne s'occupe que de la personnalité du mineur, ce qui le distingue de son homologue en charge des majeurs.

La solution dégagée par la Chambre criminelle est confortée par une décision ultérieure du 8 novembre 2000¹⁹⁷¹. En l'espèce, les juges du fond avaient transposé la jurisprudence de la Chambre criminelle en se référant uniquement à l'article 6 de la CEDH. L'affaire NORTIER

¹⁹⁶⁶ Rapport disponible à la Revue droit pénal, juin 1993, p 1, avec la note, p 19, n°148.

¹⁹⁶⁷ DE GOUTTES (Régis), *L'enchevêtrement des normes internationales relatives au procès équitable : comment les concilier*, in, *Les nouveaux développements du droit au procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 22 mars 1996, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 139, voir plus spécialement p 147 et suivantes sur la coordination CEDH et PIDCP. L'Avocat général note que « ...l'examen comparé des dispositions des deux instruments et de la jurisprudence de la Cour européenne et du Comité des droits de l'homme, s'il fait apparaître un socle commun et une grande concordance sur les principes fondamentaux du procès équitable, n'en révèle pas moins aussi quelques discordances particulières tant dans les textes que dans leur application ».

¹⁹⁶⁸ Arrêt du 24 août 1993, Requête n°13924/88, disponible sur le site internet de la Cour EDH ; D 1994, SC, p 37, observations BECQUERELLE (Jean).

¹⁹⁶⁹ Cf. Infra, section 2, §1, A.

¹⁹⁷⁰ D 1995, SC, p 105, également D 1994, SC, p 37, observations BECQUERELLE (Jean).

¹⁹⁷¹ Crim. 8 novembre 2000, pourvoi n°00-80377 (inédit titré), disponible sur le site internet Légifrance.

contre Pays Bas ayant été tranchée par la Cour EDH, l'application du PIDCP paraissait, peut être moins essentielle pour les juges du fond. Pourtant la formation répressive décide de s'appuyer sur cette disposition conventionnelle, renforçant une référence à la clause la plus adéquate. Les décisions rendues par la première Chambre civile pourraient, à l'avenir, conduire la formation répressive, à statuer sur le fondement de l'article 40 de la CIDE, qui reprend la terminologie employée par le PIDCP.

737. Ces quelques arrêts représentatifs d'une application de la clause la plus adéquate imposent de s'interroger sur la pertinence d'une généralisation de la méthode et surtout sur son fondement.

§2- La justification du choix en faveur de la clause la plus adéquate

738. La justification d'une démarche consistant à préférer l'application de la clause la plus adéquate n'est pas aisée. En droit international public, seule la Convention de Vienne du 23 mai 1969 propose, en son article 30, un guide d'application des traités successifs portant sur la même matière.

Selon le Professeur REUTER, « *Sous son aspect formel, chaque traité constitue par rapport à tous les autres traités une entité isolée, parfaite en elle-même, une sorte de monade suspendue à la règle pacta sunt servanda* »¹⁹⁷². Toutefois, l'auteur constate qu'il faut organiser un ordre des priorités entre traités portant sur la même matière. Il précise que la Convention de Vienne offre cette préférence aux dispositions du traité le dernier en date, sauf lorsque les Hautes parties contractantes ont formulé une intention contraire. Le Professeur REUTER rapporte cependant que durant la Conférence de Vienne, alors que certaines interrogations sur l'expression « *traités portant sur la même matière* » étaient soulevées, l'expert consultant introduisait « *une donnée traditionnelle sur laquelle la Convention de Vienne a gardé le silence : il faut tenir compte éventuellement du caractère "spécial" d'un des traités en cause par rapport au caractère "général" de l'autre pour établir la priorité du traité "spécial"*. La règle de l'article 30 ne jouerait donc que pour des traités présentant dans leur objet un degré de généralité comparable »¹⁹⁷³.

739. La priorité établie à l'égard de l'accord international spécial est, en réalité, une application de l'adage *specialia generalibus derogant*¹⁹⁷⁴. En droit interne, il représente un « *principe juridique d'interprétation* »¹⁹⁷⁵ « *privilegiante* »¹⁹⁷⁶. Il définit le régime des lois

¹⁹⁷² REUTER (Paul), *Introduction au droit des traités*, 3^{ème} édition revue et augmentée par Philippe CAHIER, PUF, 1995, Paris, n°196, p 117.

¹⁹⁷³ REUTER (Paul), *Op. Cit.*, n°200, p 119 : l'auteur fait référence à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Deuxième session, Documents officiels, p 270.

¹⁹⁷⁴ NGUYEN (Quoc Dinh), DAILLER (Patrick), PELLET (Alain), *Droit international public*, 7^{ème} édition, LGDJ, 2002, Paris, n°173, p 271.

¹⁹⁷⁵ CORNU (Gérard), *Linguistique juridique*, 2^{ème} édition, Montchrestien, 2000, Paris, p 373.

¹⁹⁷⁶ STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Introduction au droit*, 5^{ème} édition, Litec, Paris, n°327, p 129.

spéciales en deux axes, « *la spécialité interdit tout raisonnement par analogie* »¹⁹⁷⁷ et la loi spéciale postérieure présuppose une abrogation tacite de la loi générale antérieure, alors que l'inverse implique l'adage *generalia specialibus non derogant*¹⁹⁷⁸.

740. Si ces guides d'interprétation révèlent un intérêt particulier lorsque les lois spéciales engendrent une dérogation à l'égard de la loi générale, ils peuvent également permettre une application privilégiée des dispositions conventionnelles issues de traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme spéciaux. La règle pourrait même dépasser l'opposition convention générale ou spéciale pour se transposer dans un raisonnement analysant chaque disposition conventionnelle prise isolément, sans la rattacher spécifiquement au traité dont elle est issue.

En outre, l'application du mécanisme de coordination a vocation à dépasser l'hypothèse de la simple conciliation des dispositions conventionnelles pour s'adapter à la transposition des précédents. En effet, un organe supranational de contrôle peut avoir statué sur une cause similaire à celle déférée devant la Cour de cassation. L'interprétation ainsi retenue peut être transposée en raison de la similitude des espèces.

741. En revanche, contrairement à l'usage prévalant en droit interne, l'adage *specialia generalibus derogant* doit céder devant la règle imposant d'appliquer la clause la plus favorable.

Section II- L'application de la clause la plus favorable

742. A la différence du mécanisme de coordination proposant de retenir la norme conventionnelle la plus adéquate, la règle selon laquelle il convient d'appliquer la clause la plus favorable bénéficie de supports textuels. Elle est différemment nommée car, selon les auteurs, les termes de « *règle de traitement de la personne la plus favorisée* »¹⁹⁷⁹ ou de clause « *de surenchère* »¹⁹⁸⁰ seront employés. Cette règle préserve la complémentarité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme car un texte unique, fusse la CEDH, ne peut parvenir à préserver le plus favorablement tous les droits. Certains seront mieux définis ou protégés par d'autres engagements conventionnels. Elle démontre, ainsi, l'importance d'une

¹⁹⁷⁷ ROLAND (Henri), BOYER (Laurent), *Adages du droit français*, 4^{ème} édition, Litec, 1999, Paris, n°418, p 843.

¹⁹⁷⁸ ROLAND (Henri), BOYER (Laurent), Op. Cit. N°152, p 296. Sur ces questions voir également ROLAND (Henri), *Lexique juridique des expressions latines*, 10^{ème} édition, Litec, 2002, Paris.

¹⁹⁷⁹ DE GOUTTES (Régis), *L'enchevêtrement des normes internationales relatives au procès équitable : comment les concilier* in *Les nouveaux développements du droit au procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 22 mars 1996, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 139 (spécialement p 154).

¹⁹⁸⁰ EVRIGINIS (Dimitrios), *L'interaction entre la dimension internationale et la dimension nationale de la Convention européenne des droits de l'homme : notions autonomes et effet direct* in *Festschrift für Herman Mosler, Völkerrecht als Rechtsordnung internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte*, Springer Verlag, 1983, Berlin, Heidelberg, New York, p 193 et plus spécialement p 199.

utilisation complémentaire de tous les traités afin de parvenir à une protection efficace de tous les droits de l'Homme.

743. La règle d'application de la clause la plus favorable doit, également, être abordée en considération de l'enrichissement des droits. En effet, l'identification de cette clause dépendra, souvent, de l'ampleur acquise par le droit grâce aux interprétations fournies par les organes supranationaux de contrôle ou par le juge interne.

Monsieur le Premier Avocat général DE GOUTTES explique que « *s'agissant du juge national, il est évidemment très important qu'il connaisse ces jurisprudences respectives lorsqu'il a à faire application de l'un des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme définissant les garanties du procès équitable* »¹⁹⁸¹. Cette affirmation dépasse largement la protection du seul droit au procès équitable et doit être retenue à l'égard de toutes les normes définissant les droits de l'Homme. Par ailleurs, ce raisonnement doit être envisagé à la lumière des enseignements découlant de l'arrêt KOUA POIRREZ¹⁹⁸². L'invocation d'une disposition conventionnelle ne permet pas au juge de cassation de s'affranchir des interprétations qui auraient pu être fournies, à l'égard d'un droit convergent, par un autre organe supranational de contrôle. Ces interprétations ne doivent pas être sectorisées, mais irradier tous les instruments conventionnels protecteurs des droits de l'Homme.

744. Ainsi, le mécanisme de coordination suggérant l'application de la clause la plus favorable ne peut pas être simplement envisagé à l'égard de la disposition conventionnelle (§1), mais doit être exploité au bénéfice de l'interprétation la plus favorable (§2).

§1- L'application de la disposition conventionnelle la plus favorable

745. Les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme prévoient, le plus souvent, une disposition conventionnelle imposant l'application de la clause la plus favorable (A). Toutefois, la détermination de « *la règle de traitement de la personne la plus favorisée* »¹⁹⁸³ n'est pas toujours aisée (B).

¹⁹⁸¹ DE GOUTTES (Régis), *L'enchevêtrement des normes internationales relatives au procès équitable : comment les concilier*, in, *Les nouveaux développements du droit au procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 22 mars 1996, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 139, voir plus spécialement p 154.

¹⁹⁸² Cour EDH, arrêt KOUA POIRREZ contre France, 30 septembre 2003, requête n°40892/98, disponible sur le site internet de la Cour EDH.

¹⁹⁸³ DE GOUTTES (Régis), *L'enchevêtrement des normes internationales relatives au procès équitable : comment les concilier* in *Les nouveaux développements du droit au procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 22 mars 1996, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 139 (spécialement p 154).

A- Les fondements conventionnels de la règle

746. Il n'apparaît pas clairement, en droit international des droits de l'Homme, un principe général imposant l'application de la clause la plus favorable¹⁹⁸⁴.

En revanche, la plupart des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme trouvent, en leur sein, des dispositions présupposant la compatibilité des droits consacrés aux textes plus favorables¹⁹⁸⁵. Ainsi, sans prétendre à l'exhaustivité, il est possible d'évoquer l'article 53 de la CEDH¹⁹⁸⁶ ou H de la Partie V de la CSE. Les traités du Conseil de l'Europe constatent que les droits définis ne peuvent faire obstacle à l'application de textes plus favorables issus du droit interne ou d'autres conventions internationales. Les articles 5§2 du PIDCP et du PIDESC envisagent plus largement cette adéquation, en évoquant les lois, conventions, règlements ou coutumes. L'article 41 de la CIDE se révèle tout aussi protecteur des dispositions plus favorables existant dans la législation d'un Etat partie ou dans le droit international en vigueur dans cet Etat. De même, l'article 23 de la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes évoque la législation nationale, les autres conventions, traités ou accords conclus par l'Etat. L'article premier de la Convention contre la torture et toute autre peine ou traitement cruels, inhumains ou dégradants est sensiblement différent, puisque c'est la définition même du terme torture qu'il soumet à la compatibilité en précisant : « *Cet article est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large* ».

747. Incontestablement ces « *clauses de surenchère* »¹⁹⁸⁷ bénéficient d'une autorité dépassant largement celle de la proposition préférant l'application de la clause la plus adéquate. Ce fondement conventionnel suppose que cette règle ne pourra pas faire l'objet de dérogation. La mise en œuvre d'un mécanisme de coordination des normes différent serait inappropriée. L'application de la clause la plus favorable s'articule naturellement avec la primauté des traités définie par l'article 55 de la Constitution. Concernant la coordination des

¹⁹⁸⁴ SCIOTTI (Claudia), *La concurrence des traités relatifs aux droits de l'homme devant le juge national*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du DEA de droit comparé des droits de l'homme, sous la direction du professeur Jean-François FLAUSS, Bruylant, 1997, Bruxelles, p 54 et suivantes.

¹⁹⁸⁵ Toutefois, certaines conventions ne consacrent pas ce type de clauses : à titre d'exemple il est possible d'évoquer la Convention sur les droits politiques de la femme ou la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale.

¹⁹⁸⁶ Il conviendrait sans doute d'ajouter l'article 17 de la CEDH qui interdit aux Etats d'adopter des mesures aboutissant à une restriction ou à une suppression des droits et libertés garantis. Cette clause permet de « *déduire la volonté des parties de faire prévaloir la Convention sur les accords antérieurs qui pourraient avoir cet effet, et de considérer comme illicite la conclusion de futurs accords visant de semblables objectifs* » : CAPORTI (Francesco), *Interférences dans l'ordre juridique interne entre la convention et d'autres accords internationaux in Les droits de l'homme en droit interne et en droit international*, Actes du 2èmes colloque sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme, PU de Bruxelles, 1968, Bruxelles, p 123 (voir plus spécialement p 139).

¹⁹⁸⁷ EVRIGINIS (Dimitrios), *L'interaction entre la dimension internationale et la dimension nationale de la Convention européenne des droits de l'homme : notions autonomes et effet direct* in *Festschrift für Herman Mosler, Völkerrecht als rechtsordnung internationale gerichtbarkeit menschenrechte*, Springer Verlag, 1983, Berlin, Heidelberg, New York, p 193 et plus spécialement p 199.

traités, ces dispositions conventionnelles définissent une règle de prédominance du texte le plus favorable qui serait de nature à trancher bien des conflits surgissant entre les engagements internationaux.

748. Ces textes peuvent être invoqués, par le justiciable, devant la Cour de cassation. Ainsi, une décision du fond, appliquant une disposition conventionnelle protectrice des droits de l'Homme moins favorable que celle soulevée par le demandeur, devrait être cassée. Finalement, les clauses de surenchère emprunteraient un raisonnement assez similaire à celui dégagé par le principe de non-discrimination défini par l'article 14 de la CEDH. Les dispositions conventionnelles garantissant l'application de la clause la plus favorable s'appliqueraient de manière combinée avec le texte réservant un droit plus étendu.

749. En outre, les fondements conventionnels du mécanisme de coordination soulèvent une interrogation à l'égard du rôle du juge de cassation. Devra-t-il substituer d'office une disposition conventionnelle plus favorable alors que le justiciable ne l'a pas invoquée ? Il est, en l'état actuel du droit positif, bien difficile de répondre à cette question. Dans l'affirmative, l'application de la règle imposerait à la Cour de cassation de rechercher si le justiciable bénéficie d'une sauvegarde maximale de ses droits de l'Homme. Il conviendrait alors de déterminer, à l'occasion de chaque litige, la règle de droit la plus favorable. Ce raisonnement paraît extrêmement contraignant, les différentes formations, surchargées, devraient procéder à une investigation exhaustive. Il revient sans doute aux représentants des parties de guider avec diligence les justiciables vers les textes qui leurs sont plus profitables.

Par ailleurs, cette question se rattache invariablement au caractère d'ordre public des droits de l'Homme. Alors que la Cour de cassation relève, parfois d'office, la violation d'une disposition conventionnelle, il convient de s'interroger sur l'opportunité de rechercher la clause la plus favorable de manière systématique. Une fois encore, la Haute juridiction pourrait préciser la nature des droits définis dans les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme.

En outre, la détermination de la clause la plus favorable peut s'avérer périlleuse.

B- La détermination de la clause la plus favorable

750. Les différences entre dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme ont principalement été mises en exergue à l'égard de la CEDH et du PIDCP. Beaucoup résultaient d'une protection plus ample des droits par le PIDCP¹⁹⁸⁸. Elles ont été estompées, au fil de temps, par l'entrée en vigueur de plusieurs protocoles additionnels à la CEDH et par

¹⁹⁸⁸ MODINOS (Polys), *Coexistence de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte des droits civils et politiques des Nations Unies*, Revue des droits de l'homme, Vol I, 1968, p 41 (plus spécialement p 57 et suivantes).

l'interprétation évolutive fournie par la Cour EDH¹⁹⁸⁹. Certaines de ces différences demeurent encore, permettant de constater que certaines clauses du traité onusien sont plus favorables. Sans évoquer les droits uniquement garantis par le Pacte¹⁹⁹⁰, pour lesquels il n'existe aucun risque de conflit, il convient de revenir sur les dispositions conventionnelles abordant les mêmes droits, mais avec des définitions distinctes. Les auteurs emploient, parfois, les termes de « *conflit patent* », résultant de « *la simple lecture de deux articles applicables* »¹⁹⁹¹. En réalité, il ne s'agit pas de véritables oppositions mais de distinctions.

751. Au titre de ces dissimilitudes, il est possible de relever la définition du principe de légalité. Selon l'article 7§1 de la CEDH, il n'existe pas de peine sans loi. Par conséquent, aucune condamnation ne peut être prononcée alors que l'action ou l'omission, au moment où elle est commise, ne constitue pas une infraction d'après le droit national ou international. En outre, le texte prévoit la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. La formulation de ce droit est quasiment identique dans l'article 15§1 du PIDCP. Toutefois, le texte précise *in fine* : « *Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier* ». La définition du principe de légalité retenue par le traité onusien est beaucoup plus large. Elle associe la rétroactivité *in mitius* au principe de légalité. La Cour EDH ne tire pas de l'article 7 de la CEDH un principe d'application immédiate de la loi plus douce¹⁹⁹², si bien que la différence existant entre les deux textes n'est que partiellement estompée par son interprétation. En outre, les deux droits sont intangibles, au regard des articles 15 de la CEDH et 4 du PIDCP, si bien qu'aucune hiérarchie ne peut être retenue. Le principe de légalité, tel que défini par le traité onusien, est plus favorable au justiciable, qui peut se prévaloir du caractère intangible de la rétroactivité *in mitius*. Pourtant, la Cour de cassation ignore cette clause et maintient une jurisprudence qui apparaît contraire à l'engagement international¹⁹⁹³. Plus encore, elle tend à faire jouer la préséance de la CEDH, alors même que les dispositions conventionnelles ne sont pas concordantes. Ainsi, dans son

¹⁹⁸⁹ COHEN-JONATHAN (Gérard), *Les rapports entre la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques* in *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Colloque de la SFDI, mai 1976, Pedone, 1977, Paris, p 313 (spécialement p 324 et suivantes) ; du même auteur, voir également Jurisclasseur Europe, *La Convention européenne des droits de l'homme, caractères généraux*, Fascicule 6500, 11,1990, spécialement p 12 et suivantes ; *La France, la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques* in *La France et le PIDCP*, colloque des 4 et 5 juin 1999, n° spécial des PA, 25 mai 2000, n°104, p 39 et suivantes.

¹⁹⁹⁰ Il faut évoquer le droit des peuples à l'autodétermination (article 1), le droit de chacun, en tout lieux, à la reconnaissance de sa personnalité juridique (article 16), l'interdiction de la propagande en faveur de la guerre et de l'appel à la haine nationale, raciale ou religieuse (article 20) ; le droit de l'enfant à un nom et à une nationalité (article 24) ; le droit de prendre part à la direction des affaires publiques, en ce qu'il dépasse le droit à des élections libres (article 25) ; le droit des personnes appartenant à une minorité ethnique, religieuse ou linguistique (article 27).

¹⁹⁹¹ ROUCANAS (Emmanuel), *Engagements parallèles et contradictoires*, RCADI 1987-VI, p 199.

¹⁹⁹² Arrêt de la Cour EDH G. contre France, du 27 septembre 1995, requête n°15312/89, spécialement §26, disponible sur le site internet de la Cour EDH ; JDI 1996, p 249, observations TAVERNIER (Paul) ; GOUTTENOIRE (Adeline), LEVINET (Michel), *GA CourEDH*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris, p 371.

¹⁹⁹³ Cf. supra, cette partie, TI, CII, S1, §1, A, 2, a).

arrêt du 13 novembre 1989¹⁹⁹⁴, la Chambre criminelle, interrogée sur la rétroactivité d'une réglementation plus douce, telle qu'elle découle de l'article 15 du PIDCP, se contente de constater la conformité du droit interne avec la CEDH, également invoquée. Le contrôle de conventionnalité est lacunaire en ce qu'il se limite à vérifier la conformité du droit à l'égard de la clause la moins favorable. Pourtant ici, plus qu'ailleurs, la Haute juridiction devrait s'appuyer sur l'article 53 du traité européen afin de faire prévaloir la disposition conventionnelle onusienne garantissant un droit intangible. Au contraire, la Cour ne répond pas sur le fondement du PIDCP¹⁹⁹⁵. Par cette décision, la Cour aboutit à une violation tant du droit défini par le traité onusien que du texte européen prônant la coordination des traités par application de la clause la plus favorable.

752. L'intangibilité des droits a une incidence sur la détermination de la clause la plus favorable. S'il semble malaisé d'opérer une hiérarchie entre les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme¹⁹⁹⁶, il demeure évident que tous les droits consacrés ne bénéficient pas de la même autorité, si bien qu'une classification peut être envisagée¹⁹⁹⁷. Les droits intangibles ne pourront faire l'objet d'aucune dérogation et se trouveront renforcés par rapport aux droits conditionnels. La liste des droits reconnus intangibles par le PIDCP est plus large que celle consacrée par la CEDH. L'interdiction de dérogation en cas d'état d'urgence, telle que définie par l'article 15 du traité européen, s'applique au droit à la vie, à l'interdiction de la torture, à l'interdiction de l'esclavage et de la servitude, au principe de légalité, à l'abolition de la peine de mort et au principe *non bis in idem*¹⁹⁹⁸. Cette liste est enrichie, par l'article 4 du PIDCP¹⁹⁹⁹, du droit à ne pas être emprisonné pour l'inexécution d'une obligation contractuelle, du droit à la reconnaissance en tout lieu de sa personnalité juridique et du droit de toute personne à la liberté de pensée, de conscience et de religion, exclusion faite de la liberté de manifester sa religion et ses convictions, qui demeure conditionnelle. Pour les Etats Parties aux deux traités, seule une lecture cumulative des clauses de dérogation permet de déterminer avec précision la liste des droits intangibles. Par conséquent, les dispositions les plus protectrices se révèlent incontestablement être celles auxquelles aucune restriction ne peut être opposée.

¹⁹⁹⁴ Bull. crim. n°408, p 983.

¹⁹⁹⁵ BEAUNE (Jacques), RSC janvier-mars 1991, p 93.

¹⁹⁹⁶ Encore que certaines discussions aient pu naître sur un rapport de subordination entre le droit régional et universel : DUBOUIS (Louis), *Les rapports du droit régional et du droit universel* in *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Colloque de la SFDI, mai 1976, Pedone, 1977, Paris, p 263 (voir plus spécialement p 274 et suivantes) ; SCIOTTI (Claudia), Op. Cit. p 62 et suivantes.

¹⁹⁹⁷ SHELTON (Dinah), *Mettre en balance les droits : vers une hiérarchie des normes en droit international des droits de l'homme* in *Classer les droits de l'homme* sous la direction de Emmanuelle BRIBIOSA et Ludovic HENNEBEL, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 153 ; DUPUY (Pierre-Marie), *Droit international public*, 5^{ème} édition, Précis Dalloz, 2000, Paris, n°211.

¹⁹⁹⁸ PETTITI (Louis-Edmond), DECAUX (Emmanuel), IMBERT (Pierre-Henri), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, Paris, p 489 et suivantes.

¹⁹⁹⁹ SUDRE (Frédéric), *Droit international et européen des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, n°159, p 227.

753. Il reste encore à analyser les dérogations qui pourraient être apportées aux droits en période normale. Ici encore, des distinctions peuvent apparaître entre les différentes dispositions conventionnelles, permettant de déterminer le caractère plus favorable de textes apparemment concordants. Certains droits et libertés sont conditionnés par les clauses dites d'ordre public. Ces dernières autorisent une ingérence de l'Etat, sous certaines conditions. Ainsi, en est-il des paragraphes 2 affublant les articles 8 à 11, 1 du protocole 1 et 2 du protocole 4 de la CEDH. Ces textes permettent une limitation, en période normale, des droits consacrés, dès lors qu'elle est prévue par la loi et nécessaire dans une société démocratique à la poursuite de buts légitimes. Les clauses d'ordre public européennes trouvent leur équivalent au sein du PIDCP, mais il faut constater que certains droits demeurent moins conditionnés et donc plus favorables. Le droit au respect de la vie privée est particulièrement illustratif de ces distinctions. Les deux textes sont formulés de façon très différente. Après avoir consacré le droit au respect de la vie privée et familiale, l'article 8 précise les conditions que devront respecter l'ingérence de l'Etat dans l'exercice de ce droit. Cette opposition entre consécration d'un droit et admission d'une dérogation ne se retrouve pas dans l'article 17 du PIDCP. Aucune clause d'ordre public n'est précisée et ce droit ne semble pouvoir faire l'objet d'aucune restriction en dehors de l'état d'urgence²⁰⁰⁰. Une première approche pousserait à considérer que le texte onusien est plus favorable. Toutefois, il prévoit que nul ne peut faire l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans l'exercice dans sa vie privée. *A contrario*, une immixtion prévue par la loi semble envisageable, alors même que le texte ne précise pas les objectifs que devrait poursuivre une telle ingérence. Par conséquent, il se révélerait, peut être, moins protecteur que la disposition européenne.

754. La convergence des normes devrait résulter des réserves émises par l'Etat au moment de la ratification²⁰⁰¹. Toutefois, il ne prend pas toujours soin de les coordonner. Cette lacune a une incidence sur la détermination de la clause la plus favorable, car deux droits convergents peuvent bénéficier d'une portée différente si l'un se trouve entravé par la mise en œuvre d'une réserve. Tel est le cas de l'article 4§1 du protocole additionnel numéro 7 à la CEDH, relatif à la règle *non bis in idem*. Par une réserve contenue dans l'instrument de ratification, la France précise que seules les infractions relevant, en droit français, de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du protocole. Aucune réserve n'a été formulée à l'égard du droit défini par l'article 14§7 du PIDCP. Le Professeur SUDRE signale que le justiciable peut bénéficier de cette défaillance étatique en invoquant utilement le texte onusien²⁰⁰², rendant inconvictionnel le

²⁰⁰⁰ SHELTON (Dinah), Op. Cit. p 164.

²⁰⁰¹ DHOMMEAUX (Jean), *La coordination des réserves et des déclarations à la Convention européenne des droits de l'homme et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques* in *La CEDH, développements récents et nouveaux défis*, sous la direction de Jean-François FLAUSS et Michel SALVIA, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 15 ; SCIOTTI (Claudia), Op. Cit. p 42.

²⁰⁰² SUDRE (Frédéric), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, n°48.

cumul de poursuites administratives et pénales. La Cour de cassation ne s'est pas, pour l'heure, rangée à cette interprétation²⁰⁰³. Toutefois, la divergence des droits résultant de la réserve française devrait profiter à une application prioritaire du PIDCP, au titre de clause plus favorable.

755. La détermination de la clause la plus favorable paraît, en outre, plus délicate lorsqu'elle s'inscrit non dans un rapport vertical, mais dans un rapport horizontal²⁰⁰⁴. En effet, si deux individus se trouvent opposés par un litige, l'application d'une clause plus favorable à l'un peut préjudicier aux intérêts de la partie adverse. Ce désavantage peut être renforcé par la pertinence des clauses invoquées par chaque protagoniste. En réalité, la difficulté doit être relativisée car il convient d'opérer une distinction entre deux raisonnements distincts auxquels le juge doit se prêter. En effet, il déterminera la clause la plus favorable à chaque individu et mettra en balance les intérêts contradictoires des parties au litige. Lorsque le justiciable invoquera des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme, le juge pourra retenir à son égard la disposition la plus favorable. L'équité lui imposera d'opérer un raisonnement identique, au besoin d'office, au profit d'une partie moins prévoyante ou mal informée. Une fois la répartition des droits effectuée, le juge se retrouvera sur un terrain familier. Il recherchera un équilibre entre les intérêts antagonistes. Il tranchera le litige en s'appuyant sur l'importance du droit atteint. Cet exercice est simple en présence d'un droit intangible. En revanche, il s'avère plus périlleux lorsque s'opposent des droits conditionnels. Le juge pratiquera, alors, un numéro d'équilibriste, souvent rencontré, notamment entre la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée.

756. En vérité, la Cour de cassation pourrait, à l'avenir, se transformer en funambule, car aux dispositions conventionnelles s'additionnent les interprétations fournies par divers organes de contrôle.

§2- La transposition de l'interprétation la plus favorable

757. La transposition de l'interprétation la plus favorable s'inscrit dans un raisonnement quelque peu différent de celui présidant à l'application de la clause la plus favorable. Afin de favoriser une protection efficace des droits de l'Homme, les dispositions conventionnelles doivent se nourrir de toutes les interprétations supranationales, peu importe l'organe dont elles émanent.

Le Professeur FLAUSS caractérise parfaitement l'influence réciproque des traités et des interprétations élaborées par les Comités ou la Cour EDH. Selon l'auteur, « *La prolifération des règles internationales relatives à la protection des droits de l'homme engendre, à bien des égards, des effets pervers : à la limite elle devient même une menace pour l'effectivité de la*

²⁰⁰³ SUDRE (Frédéric), Loc. Cit. n°222, spécialement p 395.

²⁰⁰⁴ SCIOTTI (Claudia), Op. Cit. p 57 et suivantes.

garantie des droits de l'homme. Mais, corrélativement une telle inflation normative constitue, et fort heureusement, une chance pour le développement du droit international des droits de l'homme ; elle autorise une sorte de "fertilisation croisée" des divers instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ;... »²⁰⁰⁵. Cette « interaction des normes internationales relatives à la protection des droits de l'homme », définie comme « ...l'influence que peut exercer une convention sur l'interprétation des autres conventions, notamment une convention plus récente sur une convention plus ancienne ou une convention "spéciale" sur une convention "générale" », doit être examinée, selon le Professeur CONFORTI, « ...non seulement par rapport à leur texte mais aussi en tenant compte de la jurisprudence des organes qui sont chargés d'en contrôler le respect »²⁰⁰⁶.

Ainsi, la "jurisprudence"²⁰⁰⁷ d'un organe supranational de contrôle profite des interprétations fournies par ses homologues, relativement à d'autres conventions internationales. Ces interférences interprétatives sont constatées, en particulier, dans la jurisprudence de la Cour EDH, qui se réfère, de manière récurrente, aux constats du CDH²⁰⁰⁸ et réciproquement²⁰⁰⁹ ; mais également entre la Cour EDH et le CEDS²⁰¹⁰.

758. La Cour de cassation peut prendre en considération cet enrichissement réciproque des dispositions interprétées et s'immiscer dans le dialogue se développant entre les organes supranationaux de contrôle. Elle peut, également, y participer puisque ses propres interprétations originales alimenteront ces échanges, enrichiront la protection des droits de l'Homme. Ainsi, chaque interprétation fournie à l'égard d'une disposition conventionnelle a vocation à déployer le droit également consacré par un autre traité international.

759. Paradoxalement, la prolifération des interprétations transporte les droits de l'Homme aux confins de la coordination. Alors que les droits ne semblent pas antagonistes, ils peuvent se catapulte, se confronter, lorsque les individus s'affrontent en invoquant des intérêts divergents, bien que légitimes, portant sur des droits similaires ou différents. Il devient, alors, bien difficile de déterminer quelle est l'interprétation la plus favorable.

²⁰⁰⁵ FLAUSS (Jean-François), *Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux*, PA 26 juillet 2001, n°148, p 9.

²⁰⁰⁶ CONFORTI (Benedetto), *L'interaction des normes internationales relatives aux droits de l'homme* in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 121 et suivantes.

²⁰⁰⁷ Le terme "jurisprudence" est retenu par excès de langage. En effet, tous les organes supranationaux de contrôle ne bénéficiant pas d'un pouvoir juridictionnel, ne produisent pas, à proprement parler une "jurisprudence", un ensemble de décisions de justice.

²⁰⁰⁸ COHEN-JONATHAN (Gérard), FLAUSS (Jean-François), *Cour européenne des droits de l'homme et droit international général* (2004), AFDI 2004, p 779.

²⁰⁰⁹ BOSSUYT (Marc), *La prise en considération de la jurisprudence de Strasbourg par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies* in *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, sous la direction de Gérard COHEN-JONATHAN et de Jean-François FLAUSS, Droit et justice n°64, Bruylant, Nemesis, 2005, Bruxelles, p 83.

²⁰¹⁰ FLAUSS (Jean-François), *Op. Cit.*

760. Par conséquent, si les diverses interprétations fournies par les organes supranationaux de contrôle permettent une « *fertilisation croisée* » des droits (A), elles peuvent s'avérer difficilement conciliables lorsqu'elles sont divergentes et affectent des intérêts opposés (B).

A- La « *fertilisation croisée* »²⁰¹¹ des dispositions interprétées

761. Les différents interprètes des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme rivalisent d'originalité. La véritable dimension d'un droit ne peut être mesurée qu'en étudiant attentivement les solutions retenues au plan national, régional et international. Cette lecture des droits de l'Homme est certes complexe mais pertinente, car il faut remarquer que les voies ignorées par un interprète sont souvent explorées par l'autre.

762. Le droit au respect de la vie privée fait l'objet d'une jurisprudence abondante de la Cour EDH. La richesse des interprétations garantit à l'article 8 de la CEDH un champ d'application dont les limites semblent repoussées par chaque nouvelle décision²⁰¹². Pourtant, la Cour EDH a laissé quelques terres en friche que le CDH s'est empressé de cultiver à l'occasion d'une constatation Francis HOPU et Tepoaitu BESSERT contre France du 29 juillet 1997²⁰¹³. Grâce à cette décision, le Comité offre une dimension inédite au droit au respect de la vie privée et familiale.

Deux polynésiens français affirmaient être les descendants des propriétaires d'une parcelle. Leurs aïeux en auraient été dépossédés par un jugement de licitation rendu par le Tribunal civil de Papeete. La propriété du terrain avait été attribuée à une société immobilière qui devait détruire le cimetière afin de construire un ensemble immobilier. Les requérants décident alors de porter l'affaire devant le CDH. Entre autres dispositions conventionnelles, ils invoquent l'article 27 du PIDCP²⁰¹⁴, se prétendant victimes d'une atteinte à leur droit à une vie culturelle. Or, la France a émis une déclaration en marge de cette disposition, fondée sur l'article 2 de la Constitution de 1958²⁰¹⁵. Le CDH renouvelle la solution dégagée dans l'affaire TK contre France du 8 novembre 1989²⁰¹⁶, rappelant que la déclaration de la France

²⁰¹¹ FLAUSS (Jean-François), Op. Cit.

²⁰¹² SUDRE (Frédéric), Dir. *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Colloque organisé par l'institut de droit européen, Montpellier 2004, Droit et justice n°63, Bruylant, Némésis, 2005, Bruxelles.

²⁰¹³ Communication n°549/1993, RUDH 1998, p 27 ; BOSSUYT (Marc), *Chronique de jurisprudence du CDH (1993-1997)*, RTDH 1998, p 508 (plus spécialement p 555 et suivantes) ; RTDCiv. 1998, p 1012, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre).

²⁰¹⁴ Selon ce texte, l'Etat ne peut priver les individus appartenant à des minorités de leur droit d'exercer seul ou en commun leur vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre langue.

²⁰¹⁵ Selon ce texte, la République étant indivisible, il n'existe pas de minorités sur le territoire national. Sur cette question voir : DHOMMEAUX (Jean), *La coordination des réserves et des déclarations à la Convention européenne des droits de l'homme et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques* in *La Convention européenne des droits de l'homme, développements récents et nouveaux défis*, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 13 (plus spécialement p 19).

²⁰¹⁶ Communication n°220/1987, RUDH 1991, p 167 ; COHEN-JONATHAN, *Note sur les décisions du Comité des droits de l'homme des Nations Unies relatives à la France*, AFDI 1989, p 424 (plus spécialement p 429).

doit être interprétée comme une réserve. Par conséquent, il n'a pas compétence pour examiner les plaintes dirigées contre l'Etat sur le fondement de ce texte. Toutefois, lors de l'examen au fond, le CDH aboutit à une constatation de violation des articles 17§1 et 23§1 du PIDCP. En effet, l'exhumation des corps constitue une atteinte au droit à la vie privée et familiale des auteurs de la requête. Le CDH apporte un éclairage nouveau à ce droit en affirmant que « *Les objectifs du Pacte exigent que le mot 'famille' soit interprété au sens large, de manière à viser toutes les personnes qui composent la famille telle qu'elle peut être perçue dans une société concernée. Il s'ensuit que les traditions culturelles doivent être prises en considération* ».

L'organe de contrôle onusien contourne ostensiblement la réserve française²⁰¹⁷. Surtout, il offre à la vie privée et familiale un prolongement inédit, puisque la construction du complexe immobilier, sur des lieux de sépulture ancestraux, représente une immixtion dans la vie privée des auteurs de la requête.

763. La Cour de cassation peut trouver dans cette interprétation une solution lui permettant de trancher l'abondant contentieux relatif à la mémoire du défunt²⁰¹⁸. L'action des familles, sur le fondement de l'interprétation onusienne, ne sera pas issue de la transmission d'un droit extrapatrimonial à la vie privée, écho de la personnalité juridique par-delà la mort, mais d'un droit qui leur est propre.

Dans un arrêt du 20 novembre 2003²⁰¹⁹, la deuxième Chambre civile rejette l'action des proches d'un individu décédé dans des circonstances dramatiques et dont la mort avait fait l'objet d'un article détaillé. Selon la Haute juridiction « *l'arrêt, par motifs adoptés, retient qu'à la date de la publication incriminée Patrick X... était décédé et qu'il n'a pu être personnellement atteint par les informations divulguées, que ses héritiers ne bénéficient pas du droit d'agir en son nom* ».

Cette motivation ne tient pas compte de la nouvelle dimension de la vie privée et familiale dégagée par le CDH. En relatant avec précision les évènements, les journalistes ont porté atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale, non du défunt, mais de sa famille. La Haute juridiction doit rechercher si la liberté de la presse justifie cette atteinte dans le droit des demandeurs au pourvoi.

En l'espèce, l'épouse et les descendants du défunt n'avaient pas articulé leur argumentation sur le fondement du PIDCP, mais sur l'équilibre à respecter entre les droits à la liberté d'expression et à la vie privée, tels que définis par les dispositions 10 et 8 de la CEDH. Toutefois, cette omission ne justifiait pas qu'ils soient privés des bénéfices de la constatation onusienne. L'enrichissement croisé des dispositions conventionnelles supposait que les fruits

²⁰¹⁷ BOSSUYT (Marc) ; MARGUENAUD (Jean-Pierre), Op. Cit.

²⁰¹⁸ Sur le contentieux des clichés de défunt et les actions intentées par les famille pour délit d'atteinte au respect de la vie privée : voir Crim. 21 octobre 1980, Bull. n°262 ; 20 octobre 1998, Bull. crim. n°264, p 765.

²⁰¹⁹ Bull. civ. II, n°354, p 288.

de l'interprétation de l'article 17 du PIDCP profitent à l'article 8 de la CEDH, *a fortiori* s'agissant d'une constatation de violation rendue à l'égard de la France. La Cour de cassation n'aurait pas nécessairement abouti à une solution différente, car elle aurait recherché si l'atteinte au respect de la vie privée et familiale des demandeurs n'était pas trop fortement affectée par les révélations de la presse. Finalement, cette démarche aurait conduit la Cour à déterminer non pas uniquement la clause la plus favorable, mais l'interprétation la plus extensive. De surcroît, elle aurait également cautionné la transposition de l'interprétation la plus adéquate, celle s'adaptant le plus exactement aux faits de la cause.

En refusant de reconnaître ces enrichissements réciproques des dispositions conventionnelles, la Haute juridiction s'expose à une sanction supranationale. Les justiciables auraient pu porter leur communication devant le CDH. Elle aurait été recevable alors même que le droit n'avait pas été invoqué sur le fondement du PIDCP²⁰²⁰. Une requête devant la Cour EDH aurait également pu aboutir, car les juges strasbourgeois s'inspirent parfois des constatations du CDH.

764. Certains droits ne peuvent pas prospérer dans la jurisprudence de la Cour de cassation car ils sont affectés de réserves. Toutefois, les interprétations fournies par les organes supranationaux de contrôle les enrichissent lors de l'examen des requêtes déposées à l'encontre d'autres Parties contractantes. L'Etat oublie de coordonner ses réserves, si bien qu'en se tournant vers un autre traité protecteur des droits de l'Homme le justiciable peut recouvrer le droit dénié. Il n'est pas inenvisageable, alors, que la Cour de cassation s'inspire des interprétations fournies par l'organe de contrôle chargé de préserver le droit sur lequel porte la réserve et en fasse bénéficier les dispositions conventionnelles libres de toute restriction.

765. Ce raisonnement trouverait immédiatement à s'appliquer dans les litiges relatifs aux cumuls des sanctions fiscales et pénales. En effet, à l'occasion d'un arrêt du 20 juin 1996²⁰²¹, la Chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi d'un demandeur au motif que le principe *non bis in idem* n'a pas vocation à s'appliquer à une fraude fiscale sanctionnée par l'administration et le juge pénal, au motif que l'Etat a émis une réserve en marge de l'article 4 du protocole 7 de la CEDH²⁰²². Les juges du fond, avaient constaté que le fondement des poursuites était éminemment différent des objectifs poursuivis par l'administration fiscale. Ils

²⁰²⁰ Selon le CDH, « si les auteurs d'une communication doivent invoquer les droits fondamentaux énoncés dans le Pacte, ils ne sont pas tenus, aux fins du Protocole facultatif, de se référer à des articles déterminés du Pacte » : Affaire B. d. B. contre Pays-Bas, du 30 mars 1989, voir DHOMMEAUX (Jean), *La recevabilité des communications individuelles par le Comité des droits de l'homme in La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies – les communications individuelles*, colloque des 6 et 7 mars 1995, sous la direction de Frédéric SUDRE, IEDH, 1995, Montpellier, p 15 (plus spécialement p 23/24).

²⁰²¹ D 1997, jurisprudence p 249, note TIXIER (Gilbert) et LAMULLE (Thierry) ; RJF 1996, n°12, décision 1503, p 889 ; sur ces questions voir également AUSTRY (Stéphane), *Cumul des sanctions fiscales et des sanctions pénales : requiem en trois temps pour la règle non bis in idem*, RJF 1997, n°5, Etudes et doctrines p 287.

²⁰²² Selon la réserve française, le principe *non bis in idem* ne s'applique qu'aux infractions relevant des juridictions pénales.

considéraient que la poursuite pénale tendait à réprimer un comportement délictueux, alors que l'amende fiscale recherchait le recouvrement des impositions. La formation répressive de la Haute juridiction incline en faveur d'un rejet mais fondé sur les limites apportées à l'engagement international par la France. Comme le soulignent Messieurs TIXIER et LAMULLE, cette décision n'évoque pas l'article 14§7 du PIDCP, prohibant également les doubles poursuites et pour lequel l'Etat n'a émis aucune réserve²⁰²³.

La compatibilité du cumul entre les sanctions pénales et fiscales, au regard de l'engagement onusien, est également examinée par le Conseil d'Etat, à l'occasion d'un avis du 4 avril 1997²⁰²⁴. Il interprète l'article 14§7 du PIDCP et considère qu'il ne s'applique pas dans l'hypothèse de doubles sanctions, cette disposition ne valant «...*que dans le cas où une même infraction pénale ayant déjà donné lieu à un jugement définitif de condamnation ou d'acquiescement ferait l'objet d'une nouvelle poursuite et le cas échéant, d'une condamnation par une juridiction répressive*»²⁰²⁵. La Chambre criminelle fournit une interprétation similaire du texte onusien à l'occasion d'un arrêt rendu le 6 novembre 1997²⁰²⁶. En l'espèce, un commerçant, accusé de fraude fiscale s'était vu imposer des pénalités par l'administration. Poursuivi devant le juge pénal, il avait été condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis et autres amendes ou peines accessoires. Sur le fondement des articles 6, 4 du Protocole 7 de la CEDH et 14§7 du PIDCP, le demandeur se prévalait d'une violation du principe *non bis idem*. Les arguments développés autour du droit au procès équitable européen sont éludés par la Haute juridiction²⁰²⁷. Toutefois, la lecture du pourvoi permet de supposer que le demandeur appelait à une transposition du précédent BENDEDOUN contre France, rendu le 24 février 1994²⁰²⁸. La Cour EDH assimile les pénalités fiscales à des sanctions à caractère pénal. La formation répressive de la Haute juridiction rejette le pourvoi en dissociant entre le texte européen et le texte onusien. Si la réserve interprétative française interdit l'applicabilité de l'article 4 du protocole 7, la différence de nature et d'objet entre les sanctions administratives et pénales justifie la conformité du cumul à l'égard de l'article 14§7 du PIDCP. En effet, selon la Haute juridiction, ce texte ne trouve à s'appliquer «...*que dans le cas où une même infraction pénale, ayant déjà donné lieu à un jugement définitif de condamnation ou d'acquiescement, ferait l'objet d'une nouvelle poursuite et, le cas échéant, d'une condamnation devant ou par une juridiction répressive*».

²⁰²³ Op. Cit. Voir également SUDRE (Frédéric), *Droit international et européen des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, n°48, p 70.

²⁰²⁴ AUSTRY (Stéphane), Op. Cit.

²⁰²⁵ AUSTRY (Stéphane), Op. Cit. p 291.

²⁰²⁶ Pourvoi n°96-86127, Bull. crim. n°379, p 1274 ; JCP 1998, II, 10087, p 937, note CLIQUENNOIS (Martine).

²⁰²⁷ CLIQUENNOIS (Martine), Op. Cit. p 938.

²⁰²⁸ Série A, n°284-A.

Par cette décision, le juge du droit renouvelle sa jurisprudence relative à la réserve d'interprétation, tout en s'associant à l'interprétation dégagée par le Conseil d'Etat²⁰²⁹. La Chambre criminelle, à l'occasion de décisions ultérieures réitère sa jurisprudence, sans toutefois insister sur la différence de nature entre les sanctions administratives et pénales²⁰³⁰.

Afin de protéger plus efficacement les droits de l'Homme, la Cour de cassation pourrait envisager le PIDCP sous l'angle interprétatif de la jurisprudence européenne. Tout d'abord, une comparaison des normes permet de dégager une aptitude plus large du PIDCP à s'appliquer au-delà des simples poursuites répressives. En effet, l'article 4§1 du Protocole 7 de la CEDH prévoit que « *nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat 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 Etat* ». L'article 14§7 du PIDCP dispose que « *nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi ou à la procédure pénale de son pays* ». Le texte onusien bénéficie d'un champ d'application plus important. Son interprétation ne devrait pas être moins favorable que celle la disposition européenne. Or, la Cour EDH s'est prononcée sur l'interprétation de l'article 4 du Protocole 7, dans une affaire GRADINGER contre Autriche du 23 octobre 1995²⁰³¹. Selon la juridiction strasbourgeoise, le principe *non bis in idem* s'oppose au cumul de sanctions administratives et pénales à l'égard de mêmes faits. Par conséquent, si les juges européens venaient à neutraliser la réserve française, par une contestation de sa validité, ils aboutiraient à une conclusion identique à l'égard du cumul des sanctions administratives et pénales, et plus largement administratives ou disciplinaires²⁰³². Le CDH ne semble pas s'être prononcé sur ce cumul de sanctions. En l'absence d'interprétation de sa part, il conviendrait de transposer à l'article 14§7 les enseignements découlant de la jurisprudence européenne.

766. D'une manière générale, la Cour de cassation devrait rechercher les interprétations les plus adaptées et les plus favorables au justiciable. Elle a la possibilité de transposer les règles de coordination dégagées à l'égard des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme. Toutefois, cette tentative peut s'avérer très périlleuse, *a fortiori* pour la Cour de cassation. Elle se trouve confrontée à des litiges entre personnes privées à l'occasion desquels les justiciables se prévalent de droits différents. Enrichis de leurs diverses interprétations, parfois divergentes, ces droits peuvent difficilement répondre à toutes les attentes que génèrent des intérêts antagonistes. Le droit conventionnel des droits de l'Homme se trouve

²⁰²⁹ AUSTRY (Stéphane), Op. Cit.

²⁰³⁰ Crim. 27 octobre 1999, pourvoi n°98-84626 (inédit titré) ; 10 novembre 1999, pourvoi n°98-84076 (inédit tiré) ; 21 juin 2000, pourvoi n°99-85092 (inédit titré) ; 5 juin 2002, pourvoi n°01-85005 (inédit titré).

²⁰³¹ Série A, n°328-C.

²⁰³² SUDRE (Frédéric), *Droit international et européen des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris, n°222, p 395.

aux frontières de la complémentarité et il faudra au juge de cassation beaucoup de pertinence afin de désamorcer ce qui pourrait se transformer en un conflit de droits.

B- La conciliation délicate des interprétations divergentes affectant des intérêts opposés

767. L'accouchement sous X offre le plus parfait exemple des difficultés que rencontrent les juges lorsqu'ils doivent préserver des intérêts divergents, fondés sur des droits différents. Le droit de l'enfant à connaître ses origines, défini par la CIDE, se confronte au droit de la mère au secret approuvé par la loi française. S'ajoutent le droit du père qui souhaite reconnaître l'enfant et le droit de ce dernier à ce que chaque décision de justice soit rendue en considération primordiale de son intérêt supérieur. La législation interne garantissant le secret de la maternité, par une fiction juridique selon laquelle la mère n'a jamais donné naissance, canalise, à elle seule, un éventail d'intérêts opposés. Elle a fait l'objet d'interprétations divergentes émanant tant des organes supranationaux de contrôle que de la Cour de cassation.

768. Ce droit est intégré au Code civil depuis une loi du 8 janvier 1993²⁰³³. Le texte interdit à l'enfant d'intenter une action en recherche de maternité. Il révèle déjà un grand paradoxe puisque le père n'est jamais à l'abri d'une telle action. Ce droit est aménagé par la loi du 5 juillet 1996, qui autorise la mère à fournir des éléments ne trahissant pas le secret et même de le lever si elle en exprime le désir. La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat du 22 janvier 2002²⁰³⁴, consacre définitivement la réversibilité du secret. La mère biologique est invitée à laisser des éléments non identifiants, ainsi que son identité sous pli fermé. Elle peut donc lever le secret si elle le souhaite. Un Conseil national pour la recherche des origines personnelles est, désormais, habilité à faciliter la rencontre entre les enfants en quête de leurs origines et les mères prêtes à renoncer à leur anonymat.

769. La Cour EDH s'est prononcée sur la compatibilité de la loi française à l'article 8 de la CEDH. Dans son célèbre arrêt ODIEVRE contre France, rendu en Grande Chambre²⁰³⁵ le 13 février 2003²⁰³⁶, elle admet la conformité de la législation interne garantissant le secret de l'accouchement.

²⁰³³ Loi n°93-22.

²⁰³⁴ Loi n°2002-93. Pour un commentaire de cette loi, voir LE BOURSICOT (Marie-Christine), *L'accès aux origines personnelles*, Revue droit civil 2004, Panorama 2003, 5-7, disponible sur le site internet Lamyline Reflex.

²⁰³⁵ La Chambre de section s'est dessaisie de la requête, sur le fondement de l'article 30 de la CEDH, car l'affaire soulevait une question grave relative à l'interprétation de la Convention.

²⁰³⁶ Requête n°42326/98, disponible sur le site internet de la Cour EDH ; RTDCiv. 2003, p 276, observations HAUSER (Jean) et p 375, observations MARGUENAUD (Jean-Pierre) ; RDSS avril-juin 2003, p 219, observations MONEGER (Françoise) ; Droit de la famille mai 2003, Commentaire n°58, p 23, observations MURAT (Pierre) ; JDI 2, 2004, p 696, observations DELAPIERRE LECLERC (Delphine), JCP G 2003, II, 10049, p 561, note GOUTTENoire-CORNUT (Adeline) et SUDRE (Frédéric) ; *GA CourEDH*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris, n°39, p 394, observations (MARGUENAUD Jean-Pierre). Voir également les chroniques de GAUMONT-PRAT (Hélène), *La réforme du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat et l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 février*

Selon la demanderesse, la loi française viole son droit au respect de la vie privée et familiale. La première des difficultés réside dans la détermination de l'applicabilité de la disposition conventionnelle à un litige relevant du droit de connaître ses origines. Evinçant toute discussion sur le droit au respect de la vie familiale, inexistant en l'espèce, le juge strasbourgeois décide que le droit d'accès aux origines s'attache à l'article 8, pris dans sa dimension droit au respect de la vie privée. Cette interprétation extensive de la disposition conventionnelle permet à la Cour EDH de consacrer un droit identique à celui défini par la CIDE. En effet, selon l'article 7§1 du traité onusien, l'enfant dispose du droit, « *dans la mesure du possible* », à « *connaître ses parents et [...] être élevé par eux* ». Cette convergence des normes cesse à la frontière du contrôle de conformité.

Incontestablement, la loi française constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée dont il convient de vérifier la justification au regard du paragraphe 2 de l'article 8 de la CEDH. Se plaçant assez curieusement sur le terrain des obligations positives²⁰³⁷ et de l'effet horizontal, La Cour EDH constate que l'Etat jouit d'une importante marge nationale d'appréciation, renforcée par l'absence de consensus européen. Elle précise qu'elle se trouve en présence d'intérêts privés « *difficilement conciliables* »²⁰³⁸. Elle remarque, en outre, que ces intérêts sont également ceux de la famille (frères et père), qui pourrait être affectée par la levée du secret. La juridiction strasbourgeoise renforce son argumentation en remarquant que le litige oppose des adultes, jouissant de l'autonomie de la volonté. Elle suggère que la solution pourrait être différente si un enfant mineur était en cause. Comme le soulignent les Professeurs GOUTTENOIRE-CORNUT et SUDRE, « *on voit cependant mal comment le droit de connaître ses origines pourrait être différemment apprécié selon que son titulaire l'invoque alors qu'il est enfant ou seulement lorsqu'il est adulte* »²⁰³⁹. Par ailleurs, la volonté de protéger la mère et l'enfant, ainsi que le droit à la vie participe du choix législatif de l'Etat en faveur de l'accouchement sous X. Remarquant, enfin, que la requérante pourra bénéficier des avancées concédées par la loi rétroactive de 2002, la Cour EDH estime que l'Etat n'a pas excédé sa marge nationale d'appréciation et qu'il a ménagé un équilibre entre les différents intérêts opposés.

La Cour décide, *in fine*, que « *la législation française tente ainsi d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause* ». Elle est donc conforme à la

2003, Droit de la famille mai 2003, chronique n°14, p 4 ; MALAURIE (Philippe), *La Cour européenne des droits de l'homme et le « droit » de connaître ses origines, l'affaire Odièvre*, JCP G 2003, I, 120, p 545 ; MALLEY-BRICOUT (Blandine), *Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme*, D 2003, Chronique p 1240 ; BONNET (Vincent), *L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt Odièvre contre la France du 13 février 2003)*, RTDH 2004, p 405.

²⁰³⁷ Ce qui plaçait la loi interne dans une situation favorable par l'inversion de l'examen de la proportionnalité : BONNET (Vincent), *Op. Cit.* p 415 ; GOUTTENOIRE-CORNUT (Adeline) et SUDRE (Frédéric) ? *Op. Cit.* p 564 ; MURAT (Pierre), *Op. Cit.* p 25.

²⁰³⁸ §44 de l'arrêt.

²⁰³⁹ GOUTTENOIRE-CORNUT (Adeline) et SUDRE (Frédéric), *Op. Cit.* spécialement p 565.

CEDH. Cette dernière affirmation, retranscrite au paragraphe 49 de l'arrêt, est assez contestable. Par cette seule phrase, les juges européens opèrent un contrôle objectif du droit interne, alors qu'ils ont tenté, durant toute leur motivation, d'expliquer pourquoi, dans la situation précise soumise à leur contrôle, le droit conventionnel n'était pas violé.

770. Cette solution ne fait toutefois pas l'unanimité au sein même de la Cour. En effet, sept voix s'élèvent contre elle, certaines explicitant leur position par une opinion dissidente commune. Ces juges font état de la discordance entre l'arrêt et la Convention de La Haye du 29 mai 1993, relative à la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, qui impose aux autorités de l'Etat la conservation des informations relatives aux origines de l'enfant et en particulier l'identité des père et mère. De plus, les membres de la Cour évoquent la recommandation élaborée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le 26 janvier 2000, qui invite les Etats à ménager à l'adopté la possibilité de connaître ses origines et à « *éliminer de leur législation nationale toute disposition contraire* »²⁰⁴⁰. Mais surtout, l'opinion se réfère à l'article 7 de la CIDE.

771. Il est toutefois regrettable que les juges strasbourgeois, en élaborant cette opinion séparée, n'aient pas orienté leur argumentation sur la divergence flagrante de points de vue existant entre la décision de la Cour EDH et l'interprétation retenue par le Comité des droits de l'enfant. En effet, le CDE s'est prononcé sur la conformité de la loi française et plus largement de toute législation admettant le secret des origines, à l'article 7 de la CIDE. Il considère que les Etats, en maintenant une telle législation, méconnaissent le traité²⁰⁴¹. Cette interprétation de la disposition conventionnelle est réaffirmée en 2004, après l'arrêt ODIEVRE. Elle entérine la divergence d'interprétation entre les organes supranationaux de contrôle. Dans ses observations finales relatives au deuxième rapport périodique de la France, « *Le Comité prend acte de la loi relative à l'accès à ses origines, adoptée le 22 janvier 2002. Il reste cependant préoccupé par le fait que les droits énumérés à l'article 7 de la Convention puissent ne pas être pleinement respectés par l'État partie et que le droit pour la mère de dissimuler son identité si elle le souhaite n'est pas conforme aux dispositions de la Convention* »²⁰⁴².

772. Grâce à l'interprétation évolutive européenne, les articles 8 de la CEDH et 7 de la CIDE protègent le droit de l'enfant à connaître ses origines. Cependant, les positions retenues par les différents organes supranationaux de contrôle s'opposent. Ce désaccord résulte principalement de deux causes. Tout d'abord, les deux organes envisagent des intérêts différents. Alors que le CDE ne s'interroge qu'au regard des droits de l'enfant, la Cour EDH

²⁰⁴⁰ Citation empruntée à l'opinion dissidente.

²⁰⁴¹ DHOMMEAUX (Jean), *Le rôle du Comité des droits de l'enfant dans le contrôle, l'interprétation et l'évolution de la convention relative aux droits de l'enfant* in Karel VASAK *amicorum liber, les droits de l'homme à l'aube du 21^{ème} siècle*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p553 (spécialement p 569) ; MARGUENAUD (Jean-Pierre), RTDCiv. 2003, Op. Cit. Spécialement p 376 et 377.

²⁰⁴² 971^{ème} séance, du 4 juin 2004, document officiel du 30 juin 2004, CR/C/15/Add24, § 23 du rapport : Document disponible sur le site internet de l'ONU.

se penche sur l'implication de sa décision à l'égard de tous les protagonistes de la cause. Elle met en balance les intérêts divergents et recherche un équilibre entre droits de l'enfant, de la mère et plus largement de la famille. Ensuite, la Cour EDH n'aurait pas dû se prononcer objectivement sur la conventionnalité de la loi française, contrairement au Comité qui est chargé de vérifier que le droit interne est conforme aux droits consacrés par la CIDE.

773. La Cour de cassation n'a pas été exclue bien longtemps de ce "dialogue de sourds",²⁰⁴³. Les faits de la cause qui lui est soumise lui permettent de se glisser dans tous les interstices des interprétations divergentes, afin de rendre une solution *a priori* conforme à la décision de la CEDH et au rapport du CDE. La Cour de cassation envisage les répercussions de la loi française sur la situation du père biologique d'un enfant né sous X. En l'espèce, elle ne se prononce pas globalement sur la conventionnalité de la loi française accordant le secret de la filiation maternelle.

Sachant que la mère de son enfant allait accoucher sous X, un père décide de reconnaître le bébé dès avant sa naissance. Avant qu'il n'ait pu retrouver le nouveau né, celui-ci est remis aux services d'Aide sociale à l'enfance et devient pupille de l'Etat. Il est placé en vue de son adoption. Alors qu'un couple introduit une requête en adoption plénière, le père biologique retrouve l'enfant, le reconnaît, et en demande restitution. Il est débouté par la Cour d'appel, qui considère que la reconnaissance est privée de toute efficacité du fait de la décision de la mère d'accoucher dans l'anonymat. Elle constate, en outre, que l'établissement du lien de filiation n'est jamais devenu effectif puisque l'enfant n'a pas été identifié avant son placement en vue de l'adoption. La première Chambre civile rend un arrêt de cassation le 7 avril 2006²⁰⁴⁴. Elle statue, d'une part, sur le fondement du droit interne. La filiation naturelle est divisible, le secret de l'accouchement n'entrave pas le droit du père à la reconnaissance. Cette démarche étant intervenue avant le consentement à l'adoption, il peut seul renoncer à son lien de filiation. Les textes internes suffisent certainement à trancher le litige. D'autre part, la Haute juridiction relève d'office la violation de l'article 7 de la CIDE. Elle précise que ce texte, directement applicable, prévoit que l'enfant, dès sa naissance et dans la mesure du possible, a le droit de connaître ses parents.

Cette décision, ambitieuse en ce qu'elle confirme la progression de l'effet direct de la CIDE dans la jurisprudence de la première Chambre civile, permet à la Haute juridiction de ne pas

²⁰⁴³ Sa jurisprudence antérieure, non fondée sur les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, est assez sévère à l'égard de la mère étrangère venue accoucher sous X en France. Cette dernière, qui semblait avoir mal cerné les implications de la loi française, concernant principalement les délais de rétractation, se voit dans l'incapacité de recouvrer la garde son enfant. Il en est de même pour le père, qui s'est joint à l'instance : Civ. 1^{re}, 6 avril 2004, RDSS 2004, p 691, note MONEGER (Françoise).

²⁰⁴⁴ Pourvois n°05-11.285, 05-11.286, disponible sur le site internet de la Cour de cassation (publié au bulletin) ; D 2006, IR p 1065, observations GALLMEISTER (I.) ; Gaz. Pal. du 3 au 5 septembre 2006, jurisprudence p 22, note GUITTET (Flavie) ; RTDCiv. 2006, p 273, observations REMY-CORLAY (Pauline) ; MALLETT-BRICOURT (Blandine), *Droit du père et accouchement sous X : la Cour de cassation prend position*, Tribune, D 2006, p 1177 ; REVEL (Janine), *Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père*, D 2006, Chronique p 1707.

trancher la question de la conventionnalité de l'accouchement sous X. Cependant, elle lui offre la quasi-certitude d'une conformité de la solution tant à l'égard de la CIDE que de la CEDH. Concernant la première Convention, une décision limitant les effets de l'accouchement sous X à l'égard du père sera vraisemblablement accueillie de manière bienveillante par le CDE. Par ailleurs, la Cour EDH a insisté sur l'importance de prendre en considération les membres de la famille biologique. Or, le père naturel souhaite préserver son lien de filiation. La situation implique un mineur, contrairement aux faits laissés à l'appréciation de la Cour EDH dans l'affaire ODIEVRE. Préserver, dès son plus jeune âge, les liens qui l'unissent à son sang ne semble pas contradictoire avec la motivation européenne, si l'on excepte une analyse objective de la loi nationale quelque peu hâtive.

774. La Cour de cassation ne joue pas les "arbitres" entre les différents organes supranationaux de contrôle (du moins en apparence) et semble exploiter toutes les failles des interprétations. Cependant, elle statue sur le fondement de la CIDE. Cette application du traité, relevé d'office, constitue probablement un premier indice de l'inclinaison de la Cour de cassation en faveur des revendications des enfants nés sous X. Le litige la conduit à transposer une interprétation onusienne, sans le dire expressément, plus favorable au père demandeur à l'instance, mais également à l'enfant qui bénéficie du droit de connaître ses origines. De plus, en accordant au père le droit d'établir la filiation naturelle, la Haute juridiction écorne la loi relative à l'accouchement sous X. Il est bien difficile de concevoir que le secret sur l'identité de la mère restera bien gardé si la paternité est établie²⁰⁴⁵.

775. La portée de l'arrêt doit pourtant être mesurée eu égard à la spécificité des faits. La décision n'est peut être pas de nature à apporter une réponse à tous les enfants déjà nés sous X désireux de connaître leurs origines. Il n'est pas certain que la solution soit transposable aux individus dont le père n'aurait pas fait preuve d'autant de persévérance. Le rôle de ce dernier est, en l'espèce, déterminant. Parce qu'il a mis toute son énergie afin de retrouver son enfant avant qu'il soit adopté, ce dernier bénéficie du droit de connaître ses origines. La solution serait-elle identique si l'intervention bienfaitrice de l'ascendant paternel n'était pas constatée ? Il est possible, avec toutes les réserves qui s'imposent, de répondre par l'affirmative en analysant le visa. Le droit du père à faire établir la filiation résulte de la législation nationale. La CIDE, appelée en renfort, préserve, en réalité, le droit spécifique de l'enfant à connaître ses origines. Par conséquent, il est probable que la solution pourrait être identique dans l'hypothèse où un individu se prévaudrait de ce droit unique afin de faire lever le secret sur sa naissance. Il reviendrait à la Cour de se prononcer sur la conventionnalité de la loi.

776. Il semblerait que cet arrêt constitue un premier "coup de griffe" à l'hégémonie strasbourgeoise. La Cour de cassation aurait pu considérer qu'il convenait de transposer le

²⁰⁴⁵ REMY-CORLAY (Pauline), Op. Cit. ; REVEL (Janine), Op. Cit.

précédent européen. Bien que ne remettant pas en cause la conventionnalité de la loi interne, la Haute juridiction semble s'éloigner des positions de la Cour EDH pour se rapprocher de celle du CDE. Elle relance le débat, elle s'inscrit dans le dialogue et pourrait, à l'avenir, être le "trait d'union" entre les deux organes de contrôle.

777. Pourtant, la solution retenue par la première Chambre civile ne répond pas à toutes les interrogations. L'enfant né sous X a aujourd'hui six ans. Est-il toujours dans son intérêt supérieur de changer de famille, de quitter ses parents de fait ? Ces derniers ne peuvent-ils pas se prévaloir du droit au respect de leur vie familiale, alors qu'ils ont tissés, depuis de nombreuses années, des liens avec un enfant qui leur a été remis dès son plus jeune âge ? Autant d'intérêts contradictoires, mais tous aussi légitimes, fondés sur des droits différents, s'opposent sur le fondement d'un anonymat réputé nécessaire. La proportionnalité retenue par la Cour de Strasbourg est-elle bien justifiée ? Rien n'est moins certain. Le Professeur REMY-CORLAY affirme qu'il aurait « *été préférable de ne pas permettre l'accouchement sous X, afin que l'enfant ait, dès l'origine, une identité* ». Il faut souscrire à cette affirmation, car il est certain que la maternité anonyme soulèvera d'autres litiges opposant des intérêts divergents. La Haute juridiction, grâce à la CIDE, possède les moyens de contourner la loi. Elle peut, à l'instar du CDE, déclarer son inconstitutionnalité sur le fondement de l'article 55 de la Constitution. En effet, la conformité apparente du texte à la CEDH ne délie pas la France de ses obligations découlant de la CIDE. Les deux traités disposant d'une autorité juridique identique, il revient à la Cour de cassation de s'assurer que la législation nationale est conforme aux exigences de tous les engagements conventionnels. Cette solution permettra d'anticiper, pour l'avenir, les conflits qui naîtraient entre ces familles en situation de détresse. Les concernant, la Cour de cassation aura à statuer en tenant compte des différents intérêts en présence et en considération primordiale, sur le fondement de l'article 3§1 de la CEDH, de l'intérêt supérieur de l'enfant.

778. La Cour de cassation ne peut se voir reprocher des décisions laissant prévaloir un intérêt sur un autre. Plus qu'en droit, elle doit, dans ces matières, statuer sur le fondement de son intime conviction. Les frontières de la coordination des droits sont atteintes non par la contrariété des traités, mais parce les droits sont interprétés différemment et que les textes sont susceptibles de préserver des intérêts divergents. Le droit de la famille soulèvera encore des nombreuses interrogations. L'enfant a le droit de connaître ses origines, *quid* de la procréation médicalement assistée lorsque le recours à un tiers donneur est nécessaire ? La législation française impose le secret. L'enfant a le droit à ce que toute décision de justice soit rendue en considération de son intérêt primordial, *quid* du recours aux mères porteuses à l'étranger ? Convient-il de refuser l'adoption plénière d'un enfant né au-delà des frontières, en s'appuyant sur une exception d'ordre public qui conduirait, peut-être, à la séparer de sa famille ?

779. En réalité, le législateur doit impérativement sortir de son mutisme et cesser de laisser les juridictions se débattre avec des situations familiales inextricables. Concernant l'accouchement sous X, la Cour de cassation pourrait l'y inviter, par la voie de son rapport annuel, en proposant une modification législative visant à abroger ce texte. Le pouvoir législatif entamerait alors une réforme garantissant un droit conforme à la CEDH (qui n'impose pas l'anonymat) et à la CIDE. Surtout, il se replacerait au centre d'un dialogue avec les juges, dont il s'est, semble-t-il, volontairement exclu.

Conclusion du Chapitre II

780. Les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme poursuivent tous le même objectif : la préservation des droits essentiels des individus. Certains de ces droits sont définis par plusieurs textes. Cette apparente redondance masque, souvent, une dimension spécifique de chaque droit. Or, la présence de la CEDH dans la jurisprudence de la Cour de cassation limite la sauvegarde de ces spécificités. La Haute juridiction peut tirer avantage de cette diversité. L'ambitieuse jurisprudence développée sur le fondement de la CEDH doit, désormais, l'inciter à se tourner vers d'autres traités. Une application coordonnée des normes la conduira à préférer, en fonction du litige soumis à son contrôle, une clause plus adéquate. En outre, les dispositions conventionnelles, issues des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, lui impose de retenir l'application de la clause la plus favorable au justiciable.

781. La complémentarité des droits de l'Homme doit être abordée à la lumière des interprétations supranationales. Ainsi, la mise en œuvre des mécanismes de coordination peut être adaptée à la transposition des interprétations. En effet, par-delà les textes, le dialogue né entre les différents organes supranationaux de contrôle contribue à une fertilisation des droits. Ces diverses interprétations profiteront au droit des droits de l'Homme dans sa globalité.

782. Cet enrichissement permanent de la matière conduit, pourtant, aux confins de la coordination. Le contentieux déferé à la Haute juridiction oppose des intérêts privés divergents impossibles à concilier. La Cour de cassation est amenée à trancher les litiges le plus opportunément possible, en retenant quelquefois l'application d'un droit qui nuit à certains justiciables.

783. Il est parfois reproché aux juges de vouloir gouverner²⁰⁴⁶. Ces derniers ne font pourtant qu'assumer un rôle que le législateur semble abandonner. La mise en conformité du droit national aux engagements internationaux permettrait à l'autorité judiciaire de s'extraire d'une posture délicate. Afin de préserver l'Etat de condamnations internationales, la Cour de cassation doit parfois s'immiscer dans de grandes questions de société auxquelles il appartiendrait au pouvoir législatif de répondre courageusement.

²⁰⁴⁶ DESPORTES (Frédéric), *La protection, par les juridictions judiciaires, des droits et libertés proclamés par la convention européenne des droits de l'homme*, BICC n°573, 15 mars 2003, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

Conclusion du Titre II

784. Le caractère objectif des droits de l'Homme place les traités qui les soutiennent à un rang hiérarchiquement supérieur aux autres engagements internationaux. La doctrine a, ainsi, identifié une « *primauté* »²⁰⁴⁷ ou, plus exactement, une précellence de la CEDH sur certaines conventions bilatérales. Il semblerait, à la lumière de certaines décisions rendues par la première Chambre civile, que cette précellence soit étendue au bénéfice de la CIDE²⁰⁴⁸. Cette supériorité des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme s'exprime par le biais de l'ordre public international ou par celui de l'interprétation conforme.

785. Parallèlement, la préséance de la CEDH dans la jurisprudence de la Cour de cassation nuit à l'application d'autres dispositions conventionnelles. La jurisprudence développée sur le fondement de la CIDE est de nature à tempérer cette hégémonie. Cependant, elle ne relativise pas complètement cette priorité d'application réservée aux dispositions conventionnelles européennes. Lorsqu'elles sont concurremment invoquées avec des droits issus d'autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, la Cour de cassation statue sur le fondement de la CEDH. Cette approche ne tient pas compte des spécificités de chaque texte et la préséance ne paraît pas appropriée à satisfaire l'application coordonnée des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Ce mécanisme appauvrit la matière et détourne le justiciable d'une grande partie de ses droits.

786. Afin d'éviter cet écueil, la Cour de cassation peut identifier la complémentarité des droits de l'Homme et s'inscrire dans un dialogue avec tous les organes supranationaux de contrôle. Elle parviendra, ainsi, à garantir tous les droits de l'Homme quelle que soit leur "génération", quel que soit le texte qui les consacre.

²⁰⁴⁷ GUERCHOUN (Frédéric), *La primauté constitutionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme sur les conventions bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes*, JDI 2005, p 695 ; FRANCOIS (Lyn), *La Convention européenne des droits de l'homme est-elle supérieure aux conventions bilatérales reconnaissant les répudiations musulmanes ?* D 2002, Chronique p 2958 ; GANNAGE (Léna), *Le droit international privé à l'épreuve de la Hiérarchie des normes (L'exemple du droit de la famille)*, RGDI 2001, p 1 (voir plus spécialement p35 et suivantes) ; NIBOYET (Marie-Laure), D 1997, jurisprudence p 400, note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 11 mars 1997.

²⁰⁴⁸ Civ. 1^{re}, 14 juin 2005, Bull. civ. V, n°245, p 207 ; 31 juillet 2005, Bull. civ. I, n°334, p 276. Répertoire Defrénois 2005, jurisprudence 38230, p 1418, note MASSIP (Jacques) ; JCP G 2005, II, 10115, p 1573, avec les Conclusions de l'Avocat général PETIT (Cécile) et la note de CHABERT (Cyril) ; COURBE (Patrick), *L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant*, D 2006, doctrine p 1487 ; RTDCiv. 2005, p 750, observations REMY-CORLAY (Pauline) ; GP du 11 au 13 septembre 2005, jurisprudence p 6, note SALAME (Georgette).

Conclusion de la Partie II

787. Les mécanismes de coordination de normes définis par la Constitution française et par le droit international public ne sont pas nombreux. Surtout, ils ne permettent pas à la Cour de cassation de répondre à toutes les situations juridiques soumises à son contrôle.

La Haute juridiction bénéficie d'une certitude. Elle résulte de l'article 55 de la Constitution, qui définit la primauté du traité international sur le droit infraconstitutionnel. Les différentes formations de la Cour de cassation ont élaboré, sur ce fondement, une jurisprudence très ambitieuse à l'égard de la CEDH. Par l'intermédiaire du contrôle de conventionnalité et d'un dialogue permanent avec la Cour EDH, elles sont parvenues à assainir le droit national. Le contrôle de conventionnalité a évolué avec le temps, devenant de plus en plus efficace. Le Conseiller DESPORTES, dans une communication parue au bulletin²⁰⁴⁹, note qu'il est parfois reproché aux juges de vouloir gouverner. Ce procès d'intention semble bien déplacé, car le contrôle de conventionnalité de la loi permet à l'Etat de ne pas s'exposer à certaines condamnations internationales, alors qu'il revient logiquement au législateur de réformer le droit interne en considération des engagements internationaux auxquels il a souscrit. Pourtant, la Cour de cassation est bien souvent tenue d'impulser la réforme, de lui rappeler, par ses décisions, par ses suggestions de modification législatives, les obligations découlant des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Elle tente ainsi de replacer le législateur au centre des discussions qu'elle nourrit avec la Cour EDH.

788. Actrice de la construction européenne des droits civils et politiques définis par la CEDH, la Cour de cassation peut désormais contribuer au renforcement de tous les droits de l'Homme, économiques, sociaux et culturels, européens et onusiens. La jurisprudence élaborée par la première Chambre civile sur le fondement de la CIDE²⁰⁵⁰ est très encourageante. Elle démontre que la Cour de cassation sait s'émanciper de la CEDH pour découvrir les spécificités de chaque traité international protecteur des droits de l'Homme. Cette démarche mérite d'être confortée, étendue à d'autres textes, afin que la Cour de cassation soit au centre d'un dialogue international garantissant l'enrichissement de ces droits essentiels à tout individu.

²⁰⁴⁹ DESPORTES (Frédéric), *La protection, par les juridictions judiciaires, des droits et libertés proclamés par la convention européenne des droits de l'homme*, BICC n°573, 15 mars 2003, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

²⁰⁵⁰ COURBE (Patrick), *L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant*, D 2006, doctrine p 1487.

Conclusion générale

789. « *L'étude des droits de l'homme en Europe se réduit généralement à l'analyse de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 et à son application* » écrivait un auteur²⁰⁵¹. Cette affirmation, qui dépasse largement la dimension européenne des droits de l'Homme, ne peut être raisonnablement démentie à l'issue de cette étude. La plupart des décisions abordées sont consacrées à l'application de la CEDH.

Certainement, les récentes décisions rendues à l'égard de la CIDE²⁰⁵² sont de nature à inverser un processus de protection exclusive des droits de l'Homme européens. Cependant, elles demeurent encore trop récentes et peu nombreuses pour affirmer que la Cour de cassation se prépare à infléchir une jurisprudence centrée sur une approche régionaliste de garantie des droits civils et politiques.

790. L'hégémonie de la CEDH, dans la jurisprudence de la Haute juridiction, est fort compréhensible. La « *sensibilité culturelle* » des juges à l'égard d'un texte négocié au sein d'une organisation régionale explique, pour partie, cette préséance de la CEDH sur l'application d'autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme²⁰⁵³.

Plus certainement, l'œuvre prétorienne de la Cour EDH, qui contribue à créer un ordre juridique autonome²⁰⁵⁴ et à définir un ordre public européen²⁰⁵⁵, semble justifier, aux yeux de la Cour de cassation, une attention renforcée envers les droits définis par la CEDH.

791. Certes, la jurisprudence de la Cour EDH exerce une influence considérable et bienfaitrice sur la Cour de cassation. Si l'autorité de ses arrêts stimule la transposition de ses précédents, son interprétation de la CEDH renforce, également, la « *fonction*

²⁰⁵¹ BOTOKO-CLAEYSEN (Catherine), *Engagements universels et identité européenne des droits de l'homme*, RTDH 2001, p 947.

²⁰⁵² COURBE (Patrick), *L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant*, D 2006, doctrine p 1487.

²⁰⁵³ SCIOTTI (Claudia), *La concurrence des traités relatifs aux droits de l'homme devant le juge national*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du DEA de droit comparé des droits de l'homme, sous la direction du professeur Jean-François FLAUSS, Bruylant, 1997, Bruxelles, p 74 et suivantes.

²⁰⁵⁴ COSTA (Jean-Paul), *La Cour européenne des droits de l'Homme : vers un ordre juridique européen ?* et KISS (Alexandre), *La Convention européenne des droits de l'Homme a-t-elle créé un ordre juridique autonome ?* in Mélanges Louis-Edmond PETTITI, Nemesis, Bruylant, 1999, Bruxelles, p 197 et 493.

²⁰⁵⁵ SUDRE (Frédéric), *Existe-t-il un ordre public européen ?* in *Quelle Europe pour les droits de l'homme : La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, Actes du colloque organisé par le CREDHO les 11 et 12 mai 1995, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 39 ; *L'ordre public européen in L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruylant, 2001, Bruxelles, p 109 ; COHEN-JONATHAN (Gérard), *Conclusions générales in Quelle Europe pour les droits de l'homme. La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite" (35 ans de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruylant, 1996, Bruxelles, 477 (spécialement p 482 et suivantes).

juridictionnelle », préservant l'indépendance et élargissant les compétences du juge national, juge naturel du traité²⁰⁵⁶. Les résistances nées de certaines confrontations passées cèdent désormais la place à un contrôle de conventionnalité conforme aux enseignements strasbourgeois.

792. La tentation de se limiter à une application consciencieuse de la CEDH est très séduisante et la Haute juridiction s'installe progressivement dans une forme d'immobilisme de la garantie des droits de l'Homme. Elle oublie leur « *universalité* » et leur(s) « *singularité(s)* »²⁰⁵⁷. Les droits consacrés par les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme ne sont pas toujours identiques à ceux édictés par la CEDH. Au contraire, la multiplicité des textes révèle la diversité et la complémentarité des droits. L'utilisation exclusive de la CEDH prive le justiciable de toutes les potentialités des droits de l'Homme. Elle neutralise la préservation de chaque génération de ces droits essentiels et serait même de nature à revitaliser les craintes d'une négation de leur universalité.

793. Face aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, la Cour de cassation est tout à la fois élitiste et inhibée.

Élitiste d'une part, car la présence de la CEDH résulte des rapports entretenus avec les « vrais juges » européens. La Haute juridiction s'inscrit, volontiers, dans un dialogue avec la juridiction strasbourgeoise²⁰⁵⁸. En revanche, elle ne croit pas devoir engager une discussion avec les organes supranationaux non juridictionnels. Cette attitude est d'autant plus paradoxale que des membres de la Cour de cassation sont experts indépendants au sein de différents Comités onusiens²⁰⁵⁹.

Inhibée d'autre part, car la Cour de cassation n'a pas encore défini sa place et son rôle dans la protection internationale des droits de l'Homme. Quelques décisions démontrent qu'elle procède à une interprétation originale de la CEDH, élaborant une protection novatrice et

²⁰⁵⁶ SUDRE (Frédéric), *L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 821.

²⁰⁵⁷ COHEN-JONATHAN (Gérard), *Universalité et singularité des droits de l'Homme*, RTDH 2003, p 3.

²⁰⁵⁸ COSTA (Jean-Paul), *La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges* in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Droit et justice n°53*, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 153 ; RITLÉNG (Dominique), *L'institutionnalisation du dialogue : perspectives d'avenir pour la Cour de justice des communautés européenne et pour la Cour européenne des droits de l'homme* in *Le dialogue des juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Droit et justice n°53*, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 211 ; SOULARD (Christophe), *La Cour de cassation et le dialogue des juges* in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Droit et justice n°53*, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 95 ; SUDRE (Frédéric), *A propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité in Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, Pedone, 2004, Paris, p 207.

²⁰⁵⁹ Madame Christine CHANET, Conseillère à la Chambre criminelle et Présidente de la Commission de réexamen est également Présidente du Comité des droits de l'Homme. Monsieur Philippe TEXIER, Conseiller à la Chambre sociale est expert indépendant auprès du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Monsieur Régis DE GOUTTES, Premier Avocat général a été, de nombreuses années, expert indépendant auprès du Comité pour l'élimination de toute forme de discrimination raciale.

subtile des droits de l'Homme²⁰⁶⁰, mais elle reste, bien souvent, timorée, se contentant de transposer scrupuleusement les précédents européens.

794. En réalité, la Cour de cassation peut conforter sa jurisprudence relative à la CEDH en comprenant que ses interprétations innovantes peuvent être influentes sur les décisions de la juridiction strasbourgeoise²⁰⁶¹. Elle devrait, surtout, s'investir dans une application plus diversifiée de tous les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Afin d'y parvenir, la Haute juridiction peut accroître la justiciabilité des droits de l'Homme. La reconnaissance de l'effet direct des dispositions conventionnelles est le plus sûr moyen d'y parvenir. Toutefois, les lourdes conditions définies par la jurisprudence internationale et la doctrine ne pourront pas être appliquées à toutes les dispositions conventionnelles. Afin qu'un trop grand nombre de droits ne soient pas exclus du débat judiciaire, il convient, certainement, d'envisager des mécanismes alternatifs à l'effet direct. La notion d'invocabilité²⁰⁶² permet de parvenir à cet objectif. L'invocabilité d'exclusion et d'interprétation conforme constituent des outils pertinents afin de parvenir à consolider la justiciabilité des dispositions conventionnelles.

795. Le caractère objectif des droits de l'Homme justifie, tout à la fois, ce renforcement de la justiciabilité des dispositions conventionnelles, telles qu'elles ont été interprétées par les organes supranationaux de contrôle et permet de préserver l'équivalente autorité de textes soumis au principe *pacta sunt servanda*.

796. Ce raisonnement doit permettre à la Cour de cassation de s'immiscer dans un processus de globalisation de la protection internationale des droits de l'Homme. Le dialogue des juges n'est pas suspendu à l'autorité juridictionnelle des différents interprètes. Au contraire, la Cour EDH et les autres organes supranationaux de contrôle, par leurs échanges, enrichissent réciproquement leurs interprétations²⁰⁶³. Ces influences partagées bonifient le droit international des droits de l'Homme. En privilégiant une application quasi-exclusive de la CEDH, la Cour de cassation reste en retrait de ce mouvement général. Elle profitera, certes, par ricochet, de la fertilisation des interprétations, par la transposition de la jurisprudence

²⁰⁶⁰ Pour une liste non exhaustive, Civ. 1^{re}, arrêt VIALARON, 24 février 1998, Bull. civ. I, n°71, p 47 ; AP. arrêt OURY, 5 février 1999, Bull. AP. n°1, p 1 ; Crim. arrêt AMAURY, 4 septembre 2001, Bull. crim. n°170, p 562.

²⁰⁶¹ CANIVET (Guy), *Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la « bénévolance » des juges*, RSC 2005, p 799 ; COSTA (Jean-Paul), *Concepts juridiques sans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence des différentes traditions nationales*, RTDH 2004, n°57, p 101.

²⁰⁶² Définie comme « ...la possibilité pour les individus de se prévaloir [du] traité devant le juge interne » : SCIOTTI-LAM (Claudia), *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, Bruxelles n°558, p 331.

²⁰⁶³ BOSSUYT (Marc), *La prise en considération de la jurisprudence de Strasbourg par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies in Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, sous la direction de Gérard COHEN-JONATHAN et de Jean-François FLAUSS, Droit et justice n°64, Bruylant, Nemesis, 2005, Bruxelles, p 83 ; COHEN-JONATHAN (Gérard), FLAUSS (Jean-François), *Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (2004)*, AFDI 2004, p 779 ; FLAUSS (Jean-François), *Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux*, PA 26 juillet 2001, n°148, p 9.

européenne, mais risque, surtout, de ne pas diffuser sa propre vision de la protection des droits essentiels.

Comme le souligne le Président de la Cour de cassation, Guy CANIVET, « *qu'elle soit interne ou internationale, une juridiction ne peut être un lieu clos, c'est au contraire un carrefour circulaire où se croisent de manière ordonnée les décisions de justice qui construisent un droit en devenir permanent* »²⁰⁶⁴. En impulsant ses propres interprétations des différents traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme, la Cour de cassation peut servir de guide non seulement aux juridictions françaises, mais également étrangères et internationales. Loin d'asservir à la cause des droits de l'Homme les spécificités du système juridique français, elle peut les renforcer, les propager. La circulation des informations relatives à sa jurisprudence, par la publication, par l'outil internet, par les rapports français est un utile soutien à la diffusion d'une vision française innovante de la protection internationale des droits de l'Homme.

797. A l'heure où le législateur national ne prend pas le soin de consacrer les engagements internationaux qu'il a formellement accepté, le rôle de la juridiction suprême de l'ordre judiciaire est primordial. Elle comble les carences législatives, respecte la hiérarchie des normes et, finalement, préserve l'Etat des récriminations supranationales. Depuis la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, la France s'est proclamée berceau des droits de l'Homme, elle pourrait bien, grâce à ses juridictions nationales, devenir le moteur de la protection internationale des droits de l'Homme.

N'oublions jamais d'ailleurs que le droit est fait pour l'homme et non point l'homme pour le droit !

MARCUS-HELMONS (Silvio), *La contribution de la consécration des droits de l'homme au développement du droit* in *Droit pénal, droit européen*, Mélanges offerts à Georges LEVASSEUR, GP, Litec, 1992, Paris, p 227 (spécialement p 237).

²⁰⁶⁴ CANIVET (Guy), Op. Cit. Spécialement p 817.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

:

ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane), (Dir.)

- *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy-PUF, 2003, Paris.

ANCEL (Bertrand), LEQUETTE (Yves)

- *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^{ème} édition, Dalloz 2001, Paris.

AUBERT (Jean-Luc)

- *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 10^{ème} édition mise à jour, Armand COLLIN, 2004, Paris.

AUDIT (Bernard)

- *Droit international privé*, 4^{ème} édition, Economica, 2006, Paris.

BIAD (Abdelwahab)

- *Droit international humanitaire*, Collection Mise au point, Edition Ellipses, 1999, Paris.

BLUMANN (Claude), DUBOUIS (Louis)

- *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, Litec, 2005, Paris.

BORE (Jacques), BORE (Louis)

- *La cassation en matière civile*, 3^{ème} édition, Dalloz Action, 2003/2004, Paris .
- *La cassation en matière pénale*, Dalloz action 2004/2005, Paris.

BOULOUIS (Jean)

- *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^{ème} édition, Montchrestien, 1997, Paris, p 259 et suivantes.

BRAIBANT (Guy), DELVOLVE (Pierre), GENEVOIS (Bruno), WEIL (Prosper), LONG (Marceau)

- *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 14^{ème} édition, D 2003, Paris.

BURDEAU (Georges), HAMON (Francis), TROPER (Michel)

- *Droit constitutionnel*, 27^{ème} édition, Manuel, LGDJ, 2001, Paris.

BURIETTE (Patricia)

- *Droit international humanitaire*, Collection Repères, Edition de la découverte, 1996, Paris.

CADIET (Loïc), (Dir.)

- *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, Paris.

CADIET (Loïc), JEULAND (Emmanuel)

- *Droit judiciaire privé*, 4^{ème} édition refondue, Litec, 2004, Paris.

CARREAU (Dominique)

- *Droit international*, 7^{ème} édition, Collection Etudes internationales, Pedone, 2001.

CHARTIER (Yves)

- *La Cour de cassation*, 2^{ème} édition, Connaissance du droit, Dalloz, 2001

CLAPIE (Michel)

- *Institutions européennes*, Champs Université, Flammarion, 2003, Paris.

COHEN-JONATHAN (Gérard)

- *La Convention européenne des droits de l'homme*, PU d'Aix-Marseille, Economica, 1989.

COMBACAU (Jean)

- *Le droit des traités*, Que sais-je ? PUF, 1991, Paris.

COMBACAU (Jean), SUR (Serge)

- *Droit international public*, Domat droit public, Montchrestien, 4^{ème} édition, 1999, Paris.

CORNU (Gérard), (dir.)

- *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 7^{ème} édition, Quadriga, 2005, Paris.

DEBBASCH (Charles), RICCI (Jean-Claude)

- *Contentieux administratif*, 7^{ème} édition, Dalloz, 1999, Paris.

DESPORTES (Frédéric), LE GUNEHÉC (Francis)

- *Droit pénal général*, 12^{ème} édition, Economica, 2005, Paris.

DEYRA (Michel)

- *Droit international humanitaire*, Collection Les carrés sup. Gualino, 1998, Paris.

DIJON (Xavier)

- *Droit naturel*, Tome I, *Les questions du droit*, Thémis, PUF, 1998, Paris.

DUPUY (Pierre-Marie)

- *Droit international public*, 7^{ème} édition, Précis Dalloz, 2004, Paris.
- *Les grands textes de droit international public*, 2^{ème} édition, Collection Grands textes, Dalloz, 2000, Paris.

FAVOREU (Louis), GAÏA (Patrick), CHEVONTIAN (Richard), MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand), PFERSMANN (Otto), PINI (Joseph), ROUX (André), SCOFFONI (Guy), TREMEAU (Jérôme)

- *Droit des libertés fondamentales*, Précis Dalloz, 2^{ème} édition, 2002, Paris, n° 500, p 355.

FAVOREU (Louis), PHILIP (LOUIS)

- *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 10^{ème} édition, Dalloz, 1999, Paris, n°30, p 440.

FRICERO (Nathalie)

- *Procédure civile*, 3^{ème} édition, Mémentos Gualiano, 2004.

GAUTRON (Jean-Claude)

- *Droit européen*, 11^{ème} édition, Mémentos Dalloz, 2004, Paris.

GODECHOT (Jacques)

- *Les constitutions de la France depuis 1789*, GF Flammarion, 1979, Paris, p 424.

GUINCHARD (Serge), BANDRAC (Monique), S. DELISCOSTOPOULOS (Constantin), S. DELISCOSTOPOULOS (Ioannis), DOUCHY-OUDOT (Mélina), FERRAND (Frédérique), LAGARDE (Xavier), MAGNIER (Véronique), RUIZ FABRI (Hélène), SINOPOLI (Laurence), SOREL (Jean-Marc)

- *Droit processuel, droit commun et droit comparé du procès*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2005, Paris.

HERON (Jacques)

- *Droit judiciaire privé*, 2^{ème} édition par LE BARS (Thierry), Domat droit privé, Montchrestien, 2002, Paris.

HUET (André), KOERING-JOULIN (Renée)

- *Droit pénal international*, 2^{ème} édition, Thémis droit privé, PUF, 2001, Paris.

ISSAC (Guy), BLANQUET (Marc)

- *Droit communautaire général*, 8^{ème} édition, Armand Colin, 2001, Paris.

JEANDIDIER (Wilfrid)

- *Droit pénal général*, Domat – droit privé, 2^{ème} édition, Montchrestien, 1991, Paris.

JEULAND (Emmanuel)

- *Droit processuel*, LGDJ, système droit, 2003, Paris.

KERNALEGUEN (Francis)

- *Institutions judiciaires*, 2^{ème} édition, Litec, 1999, Paris.

LARGUIER (Jean), CONTE (Philippe)

- *Procédure civile, droit judiciaire privé*, 19^{ème} édition, Mémentos Dalloz, 2005.

LONG (Marceau), WEIL (Prosper), BRAIBANT (Guy), DELVOLVE (Pierre), GENEVOIS (Bruno)

- *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^{ème} édition, Dalloz, 2005, Paris.

MADIOT (Yves)

- *Droits de l'homme*, 2^{ème} édition, Masson, 1991, Paris.

MALINVAUD (Philippe)

- *Droit des obligations*, 9^{ème} édition, Litec, 2005, Paris.

MARGUENAUD (Jean-Pierre)

- *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3^{ème} édition, connaissance du droit, Dalloz, 2005, Paris.

MAZEAUD (Antoine)

- *Droit du travail*, 4^{ème} édition, Montchrestien, 2004, Paris.

MOURGEON (Jacques)

- *Les droits de l'homme*, Que sais-je ? 8^{ème} édition mise à jour, PUF, 2003, Paris, p 10.

NGUYEN (Quoc Dinh), DAILLER (Patrick), PELLET (Alain)

- *Droit international public*, 7^{ème} édition, LGDJ, 2002, Paris.

PACTEAU (Bernard)

- *Contentieux administratif*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris.

PACTET (Pierre), MELIN-SOUCRAMANIEN (Ferdinand)

- *Droit constitutionnel*, 24^{ème} édition, Armand Colin, 2005, Paris.

PELISSIER (Jean), SUPIOT (Alain), JEAMMAUD (Antoine)

- *Droit du travail*, 22^{ème} édition, Précis Dalloz, 2005, Paris.

PERROT (Roger)

- *Institutions judiciaires*, 11^{ème} édition, Domat droit privé, Montchrestien, 2004, Paris.

PETTITI (Louis-Edmond), DECAUX (Emmanuel), IMBERT (Pierre-Henri)

- *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, Paris.

PRADEL (Jean) et VARIMARD (André)

- *Les grands arrêts de droit pénal général*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2003, Paris.

PRADEL (Jean)

- *Droit pénal général*, édition 2002/2003, Cujas, Paris.

RENUCCI (Jean-François)

- *Droit européen des droits de l'homme*, manuel LGDJ, 3^{ème} édition, 2002, Paris.

REUTER (Paul)

- *Droit international public*, Thémis, droit public, PUF, 1993 Paris.

RIVERO (Jean), MOUTOUH (Hugues)

- *Les libertés publiques*, 9^{ème} édition, PUF, 2003, Paris.

ROBERT (Jacques), DUFFAR (Jean)

- *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 7^{ème} édition, Domat Droit public, Montchrestien, 1999, Paris.

ROLAND (Henri), BOYER (Laurent)

- *Adages du droit français*, 4^{ème} édition, Litec, 1999, Paris.

ROLAND (Henri)

- *Lexique juridique des expressions latines*, 10^{ème} édition, Litec, 2002, Paris.

SALMON (Jean), (dir.)

- Dictionnaire de droit international public, Bruylant, AUF, 2001, Bruxelles.

SCARANO (Jean-Pierre)

- *Institutions juridictionnelles*, 8^{ème} édition, Université Droit, Ellipses, 2005, Paris.

SIMON (Denys)

- *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} édition, PUF, 2001, Paris.

SINKONDO (Marcel)

- *Introduction au droit international public*, Collection Université droit, Ellipses, 1999, Paris.

STARK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.)

- *Introduction au droit*, 5^{ème} édition, Litec, 2000, Paris, p 357 et suivante.

STEFANI (Gaston), LEVASSEUR (Georges), BOULOC (Bernard)

- *Procédure pénale*, 19^{ème} édition, Précis Dalloz, 2004, Paris.

SUDRE (Frédéric)

- *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^{ème} édition refondue, PUF, 2005, Paris.
- *La Convention européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} édition, Que sais-je ? PUF, 2004, Paris.

SUDRE (Frédéric), MARGUENAUD (Jean-Pierre), ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël), GOUTTENOIRE (Adeline), LEVINET (Michel)

- *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Thémis, PUF, 3^{ème} édition, 2005, Paris.

SUPIOT (Alain)

- *Droit du travail*, Que sais-je ? PUF, 2004, Paris.

TERRE (François)

- *Introduction générale au droit*, 6^{ème} édition, Précis Dalloz, 2003, Paris.

TERRE (François), SIMLER (Philippe), LEQUETTE (Yves)

- *Droit des obligations*, 9^{ème} édition, Dalloz, 2005, Paris.

TURPIN (Dominique)

- *Droit constitutionnel*, PUF, 2003, Paris.

VALTICOS (Nicolas)

- *Droit international du travail*, 2^{ème} édition, 1983, Paris.

VELU (Jacques), ERGEC (Rusen)

- *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, Bruxelles.

VERDIER (Maurice), COEURET (Alain), SOURIAU (Marie-Armelle)

- *Droit du travail, volume I : Les rapports collectifs*, Mémentos Dalloz, 13^{ème} édition, 2005.

- *Droit du travail, volume II : Les rapports individuels*, Mémentos Dalloz, 13^{ème} édition, 2005.

VINCENT (Jean), GUINCHARD (Serge), MONTAGNIER (Gabriel), VARIMARD (André)

- *Institutions judiciaires*, Dalloz, 8^{ème} édition, 2005, Paris.

WASCHMANN (Patrick)

- *Les droits de l'homme*, 4^{ème} édition, Connaissance du droit, Dalloz 2002.

Ouvrages spéciaux, Thèses, Mémoires, Monographies, Cours _____ :

AMNESTY INTERNATIONAL

- *Protéger les droits humains, outils et mécanismes juridiques internationaux*, Litec, 2003, Paris.

ASSOCIATION Henri CAPITANT (Travaux)

- *La motivation*, TIII, Limoges 1998, LGDJ, 2000, Paris.

ATIAS (Christian), CHEVREAU (José), BACHELLIER (Xavier)

- *La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit* in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La documentation française, 1994, Paris, p 73.

AUBERT (Bernadette)

- *Le droit international devant la Chambre criminelle*, Thèse de Doctorat sous la direction du Professeur Michel Massé, Université de Poitiers, 1998.

BOUZIRI (Nejib)

- *Le Pacte international des droits civils et politiques et son application par les Etats parties*, Thèse sous la direction de BETTATI (Mario), Université de Paris II, 1994.

BRAIBANT (Guy)

- *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Le Seuil, Collection Point, 2001.

BRIERE (Carine)

- *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé Tome 347, 2001, Paris, n°381.

BUERGENTHAL (Thomas) et KISS (Alexandre)

- *La protection internationale des droits de l'homme*, Précis, 1991, N.P. Engel, Kehl, Strasbourg, Arlington.

BYSTRON (Alexandra)

- *La Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et la jurisprudence de la Chambre criminelle*, Mémoire sous la direction du Professeur ROCCA, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2002.

CAPORTI (Francesco)

- *Cours de droit international public*, RCADI, 1994, IV, p 83.

CARILLON (Alain)

- *Les sources européennes des droits de l'homme salarié*, Thèse de doctorat sous la direction du Professeur Jean-Pierre MARGUENAUD, soutenue à Limoges, le 18 octobre 2004, Bruylant, 2006, Bruxelles.

CATALA (Nicole), BONNET (René)

- *Droit social européen*, Litec, 1991, Paris.

CLAUDE (Virginie)

- *L'interprétation consensuelle de la Convention européenne des droits de l'homme*, Mémoire de DEA de droit communautaire et européen, sous la direction de Frédéric SUDRE, IEDH, 1998, Montpellier.

COHEN-JONATHAN (Gérard)

- *La protection des droits de l'homme dans le cadre des organisations universelles*, La documentation française, documents d'études, Paris, 1990.
- *La protection internationale des droits de l'homme : I- Europe*, La documentation française, n° 3.05, édition 1997.

D'AMBRA (Dominique)

- *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Bibliothèque de droit privé, Tome 236, LGDJ, 1994, Paris.

DAS (Kamleshwar)

- *Institutions et procédures issues des conventions relatives aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales* in *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités, Rédacteur général VASAK (Karel), UNESCO, 1978, Paris p 253.

DE BAYNAST (Olivier), BUCHET (Antoine)

- *La justice internationale et ses incidences sur la France* in *Justice et institutions judiciaires*, ouvrage réalisé sous la direction de Pierre TRUCHE, Les notices, La documentation française, 2001, Paris, p 33.

DE SCHUTTER (Olivier)

- *Fonction de juger et droits fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européen*, Bruylant, 1999, Bruxelles.

DE SCHUTTER (Olivier), VAN DROOGHENBROECK (Sébastien)

- *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Larcier, 1999, Bruxelles.

DEBET (Anne)

- *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Thèse de doctorat sous la direction du Professeur Laurent LEVENEUR, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2001.

DELMAS-MARTY (Mireille)

- *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, Paris, p 99.

DESPORTES (Frédéric)

- *La protection, par les juridictions judiciaires, des droits et libertés proclamés par la convention européenne des droits de l'homme*, BICC n°573, 15 mars 2003, disponible sur le site de la Cour de cassation.

DORMEVAL (Agnès)

- *Procédures onusiennes de mise en œuvre des droits de l'homme : limites ou défauts ?* PUF, 1991, Paris.

DORMOY (Daniel)

- *Droit des organisations internationales*, Connaissance du droit, droit public, Dalloz, 1995, Paris.

DRAZEN (Petrovic)

- *L'effet direct des accords internationaux de la communauté européenne : à la recherche d'un concept*, PUF, 2000, Paris.

DUMAS (Romain)

- *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, Thèse de doctorat sous la direction du Professeur Eric GARAUD, Limoges, 2005, disponible sur le site internet de l'Université de Limoges (unilim.fr).

FOHRER (Estelle)

- *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Mémoire de DEA de Droit international privé et du commerce international, Sous la direction du Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Bruylant, 1999, Bruxelles.

GIUDICELLI-DELAGE (Geneviève)

- *La motivation des décisions de justice*, Thèse de doctorat, Tome II, Université de Poitiers, p 628 et suivantes.

GOMIEN (Donna), HARRIS (David), ZWAAK (Léo)

- *Convention européenne des droits de l'homme et Charte sociale européenne : droit et pratique*, Edition du Conseil de l'Europe, 1997, Strasbourg.

HAGUENAU (Catherine)

- *L'application effective du droit communautaire en droit interne : analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruylant, 1995, Bruxelles.

JOBARD-BACHELLIER (Marie-Noëlle), BACHELLIER (Xavier)

- *La technique de cassation – Pourvois et arrêts en matière civile*, 5^{ème} édition, Méthode du droit, Dalloz, 2003, Paris.

KELSEN (Hans)

- *La transformation du droit international en droit interne*, RGDIP, 1936, p 5.
- *Théorie générale des normes*, Léviathan, PUF, 1996, Paris.

- *Théorie générale du droit et de l'Etat* suivi de *La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, LGDJ, Bruylant, La pensée juridique, 1997.

KISS (Alexandre) et BUERGENTHAL (Thomas)

- *La protection internationale des droits de l'homme*, Précis, 1991, N.P. Engel. Kehl. Strasbourg. Arlington.

KOLB (Robert)

- *Théorie du ius cogens international : Essai de relecture du concept*, PUF, 2001, Paris.

LAMBERT (Elisabeth)

- *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 1999, Bruxelles.

LEBEN (Charles)

- *Hans KELSEN, Ecrits français de droit international*, PUF, 2001, Paris, p 175.

LECLERC (Stéphane), AKANDJI-KOMBE (Jean-François), REDOR (Marie-Joëlle)

- *L'Union Européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, 1999, Bruxelles.

LOUIS (Jean Victor), VANDERSANDEN (Georges), WAELBROECK (Denis), WAELBROEK (Michel)

- *La Cour de justice et les actes des institutions* in Commentaires Mégret, Le droit de la CEE, n°10.

LYON CAEN (Gérard), LYON CAEN (Antoine)

- *Droit social international et européen*, Précis Dalloz, 7^{ème} édition, 1991, Paris.

MADIOT (Yves)

- *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruylant, 1998, Bruxelles.

MANIN (Aleth)

- *L'ONU. I- Le système universel*, Documents réunis et commentés, Documents d'études n 3.02 1996, La documentation française, Paris, p 5.

MARCHADIER (Fabien)

- *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH*, Thèse de doctorat présentée sous la direction du Professeur Jean-Pierre MARGUENAUD, Limoges, 2005, disponible sur le site internet de l'Université de Limoges (unilim.fr), à paraître.

MILLION-DELSOL (Chantal)

- *Le principe de subsidiarité*, Que sais-je ? PUF, 1993, Paris.

NOEL (Marc)

- *De l'autorité des traités comparée à celle des lois*, Thèse, 1921, Paris.

OPPÉTIT (Bruno)

- *Droit et modernité*, Doctrine juridique, PUF, 1998, Paris, p 67 et suivantes.

OST (François), VAN DE KERCHOVE (Michel)

- *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 2002, Bruxelles.

PERELMAN (Ch.), FORIERS (P.)

- *La motivation des décisions de justice*, Travaux du centre nationale de recherches de logique, Bruylant, 1978, Bruxelles.

PETROVIC (Drâzen)

- *L'effet direct des accords internationaux de la communauté européenne : à la recherche d'un concept*, PUF, 2000, Paris.

PHILIP (Christian)

- *La Constitution européenne*, Que sais-je ? PUF, 2003, Paris.

PUIGELIER (Catherine)

- *La pratique de la cassation en matière sociale*, Litec, 1996, Paris, p 179.

RAYNAUD (Julien)

- *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, thèse de doctorat présentée sous la direction du Professeur Eric GARAUD, Université de Limoges, Faculté de droit et de sciences économiques.

REUTER (P), BLONDEAU (A), QUESTIAUX (N), DUBOUIS (L), RUZIE (D)

- *L'application du droit international par le juge français*, Armand Colin, 1972, Paris.

REUTER (Paul)

- *Introduction au droit des traités*, 3^{ème} édition revue et augmentée par Philippe CAHIER, PUF, 1995, Paris.

RIALS (Stéphane), ALLAND (Denis)

- *Constitution de l'Union européenne*, Que sais-je ? PUF, 2003, Paris.

RIGAUX (François)

- *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 1990.

ROUGET (Didier)

- *Guide de la protection internationale des droits de l'homme*, Collection Agir ensemble pour les droits de l'homme, Edition de la pensée sauvage, 2000, Dijon-Quetigny.

S. DELICOSTOPOULOS (Ioannis)

- *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 401, 2003, Paris.

SABA (Hanna)

- *L'UNESCO et les droits de l'homme* in *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités, Rédacteur général VASAK (Karel), UNESCO, 1978, Paris, p 479.

SCIOTTI (Claudia)

- *L'applicabilité de la Charte sociale européenne dans l'ordre juridique des Etats contractants* in *Droits sociaux et droits européens. Bilan et perspectives de la protection normative*, sous la direction de Jean-François FLAUSS, Droit et justice n°39, Nemesis, Bruylant, 2002, Bruxelles, p 175.
- *La concurrence des traités relatifs aux droits de l'homme devant le juge national*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du DEA de droit comparé des droits de l'homme, sous la direction du professeur Jean-François FLAUSS, Bruylant, 1997, Bruxelles.

SCIOTTI-LAM (Claudia)

- *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, Bruxelles.

SIMON (Denys)

- *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Publications de la RGDIP, n°37, Pedone, 1981, Paris.
- *La directive européenne*, Connaissances du droit, Dalloz, 1997, Paris.

SMOUTS (Marie-Claude)

- *Les organisations internationales*, collection Cursus, Armand Colin, 1995, Paris.

SPIELMANN (Dean)

- *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, 1995, Bruxelles.

TROPER (Michel)

- *Une théorie réaliste de l'interprétation* in *Théories réalistes du droit*, nouvelle série n°4, 2000, PU Strasbourg, p 51.

WAELEBROECK (Michel)

- *Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun*, A. Pedone, 1969.

WEBER (Jean-François)

- *La Cour de cassation*, Etudes de la documentation française, 2006, Paris.

WEISS (Pierre)

- *Le système des Nations-Unies*, Science politique 128, Nathan Université, 2000, Paris.

WIEDERKEHR (Georges)

- observations relatives aux arrêts de la Deuxième chambre civile du 6 mai 1999, RGDP 1999, n°4, p 622, n° II.

ZENATI (Frédéric)

- *La jurisprudence*, Méthode du droit, Dalloz, 1991, Paris.

Articles, Communications, Contributions, Chroniques :

ABRAHAM (Ronny)

- *L'applicabilité directe de la Convention devant la juridiction administrative*, RUDH, 1991, p 275.
- *La France devant les juridictions européennes* in *Les cours européennes de Luxembourg et Strasbourg*, Revue Pouvoirs, n°96, Janvier 2001, p 143.
- *Les normes du droit communautaire et du droit international devant le juge administratif français* in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, SFDI, Pedone, 2000, Paris, p 283.

AKANDJI-KOMBE (Jean-François)

- *Le développement des droits fondamentaux dans les traités* in LECLERC (Stéphane), AKANDJI-KOMBE (Jean-François), REDOR (Marie-Joëlle), *L'Union Européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, 1999, Bruxelles, p 31.

ALEN (André), PAS (Wouter)

- *L'effet direct de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, JDJ mai 1995, n°145, p 3.

ALIPRANTIS (Nikitas)

- *Les droits sociaux sont justiciables*, Droit social février 2006, p 158.

ALLAND (Denis)

- *Jamais, parfois, toujours. Réflexions sur la compétence de la Cour de cassation en matière d'interprétation des conventions internationales*, RGDIP, 1996, vol III, p 599.
- *L'applicabilité directe du droit international considéré du point de vue de l'office du juge : des habits neufs pour une vieille dame ?* RGDIP, 1998, Vol I, p 203.

AMRANI MEKKI (Soraya), ATIAS (Christian) ; AUBERT (Jean-Luc), BACHELLIER (Xavier), JOBARD-BACHELLIER (Marie-Noëlle), FRISON-ROCHE (Marie-Anne), MALINVAUD (Philippe), MELLERAY (Fabrice), MONEGER (Joël), SERINET (Yves-Marie)

- *A propos de la rétroactivité de la jurisprudence*, RTDCiv. 2005, p 293.

ANCEL (Jean-Pierre)

- *La protection des droits de la personne dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation* in *La protection de la personne*, Rapport de la Cour de cassation 2000, La documentation française, 2001, Paris, p 55 (également disponible sur le site de la Cour de cassation).
- *Les opinions dissidentes* in *Les méthodes de jugement, les opinions dissidentes*, cycle de séminaires, 18 octobre 2005, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.
- *La rédaction de la décision de justice en France* in *Juges et jugements : l'Europe plurielle. L'élaboration de la décision de justice en droit comparé*, Colloque organisé par l'Institut de droit comparé de Paris et l'École de la magistrature, les 5 et 6 mai 1997, Société de législation comparée, 1998, Paris, p 91.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (Joël)

- « *Savoir n'est rien, imaginer est tout* » *Libre conversation autour de l'arrêt Kress de la Cour européenne des droits de l'homme*, D 2001, Chronique p 2611.
- *Bien lus, bien compris, mais est-ce bien raisonnable ? Toujours à propos du droit à un procès équitable et du « ministère public »*, D 2004, Chronique p 886.
- *L'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et ses conséquences in L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Colloque organisé les 30 et 31 mars 2006, par l'OMIJ, Faculté de droit et de sciences économiques de Limoges, actes à paraître.
- *La subsidiarité devant la Cour de justice des communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme*, R.A.E., 1998, n° 1 et 2, p 28.
- *Les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme : la fiction déjà dépassée par la réalité ? in Le Ministère public et les exigences du procès équitable*, Droit et justice n°44, Bruylant, Nemesis, 2003, Bruxelles, p 151.
- *Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, instrument de dialogue ? in Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 167.

ATIAS (Christian)

- *Justiciabilité in Dictionnaire de la justice*, sous la direction de Loïc CADIET, PUF, 2004, Paris, p 798.

AUBERT (Jean-Luc)

- *De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation in Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, D 2000, p 7.
- *Pour les rébellions constructives in La jurisprudence aujourd'hui : libres propos sur une institution controversée*, RTDCiv. 1992, p 338.

AUSTRY (Stéphane)

- *Cumul des sanctions fiscales et des sanctions pénales : requiem en trois temps pour la règle non bis in idem*, RJF 1997, n°5, Etudes et doctrines p 287.

BARAV (Ami)

- *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *L'Europe et le droit*, Mélanges hommage à Jean BOULOUIS, Dalloz, 1991, Paris, p 1.

BARBEROT (Christine)

- *Le réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : bilan d'une année d'activité de la Commission de réexamen*, Rapport de la Cour de cassation 2001, *Les libertés*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la Documentation française, 2002, Paris.

BARTHELEMY (Jean)

- *Le droit au pourvoi in Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, Paris, p 185.
- *Les nouvelles frontières du procès équitable in Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, colloque du 22 mai 1996, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 103.

BEIGNER (Bernard), BLERY (Corinne)

- *L'impartialité du juge, entre apparence et réalité*, D 2001, Doctrine, p 2427.

BEIGNER (Bernard), MOUTON (Stéphane)

- *La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction*, D 2001, Chronique, p 1636.

BEIGNIER (Bernard)

- *A propos du concubinage homosexuel*, D 1998, chronique p 215.

BENAR (Georges)

- *Vers des droits de l'homme de la quatrième dimension. Essai de classification et de hiérarchisation des droits de l'homme*, in Karel VASAK amicorum liber, *Les droits de l'homme à l'aube du 21^{ème} siècle*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 75.

BENOIT-ROHMER (Florence), (Dir.)

- *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Actes des journées d'études à Strasbourg des 16 et 17 juin 2000, RUDH, 15 septembre 2000, Vol 12 n°1-2.
- *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, D 2001 n°19, Chronique, p 1483.

BILLAU (Marc)

- *Quel rôle pour la Cour de cassation au XXIème siècle* in *Justice et droits fondamentaux*, Etudes en l'honneur de J. NORMAND, Litec, 2003, Paris, p 31.

BLANCHARD (David)

- *Le commissaire du gouvernement auprès des juridictions de l'expropriation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et ville, 2002, n°54, p 137.

BLECKMANN (Albert)

- *Interprétation et application en droit interne de la Charte sociale européenne, notamment du droit de grève*, Cahiers de droit européen, 1967, p 389.

BLONDEL (Philippe)

- *Le justiciable, à ne pas oublier* in *La procédure en tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, PA, 2004, Paris, p 19.

BOISSON (Jacques L.)

- *Vers un enseignement universel des droits de l'homme* in *Les droits de l'homme à l'aube du 21^{ème} siècle*, Karel VASAK amicorum liber, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 485.

BONFILS (Sébastien)

- *Le retrait du rôle et la péremption devant la Cour de cassation à travers les ordonnances rendues en application des articles 1009-1 et suivants du NCPC*, BICC n°609, du 1^{er} décembre 2004, disponible sur le site de la Cour de cassation.

BONNECHERE (Michèle)

- *Charte sociale et droits nationaux* in *La Charte sociale européenne*, collection rencontres européennes, Bruylant, 2001, Bruxelles.

- *Droits sociaux fondamentaux : vers un droit commun pour l'Europe (II)*, Semaine sociale Lamy 2004, Forum n°1188-8, disponible sur le site Lamyline Reflex.
- *Quelle garantie des droits sociaux fondamentaux en droit européen ?* Revue Europe, juillet 2000, p 4.

BOSSUYT (Marc)

- *La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels*, RDH 1975, Vol VIII-4, p 783.
- *La prise en considération de la jurisprudence de Strasbourg par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies* in *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, sous la direction de Gérard COHEN-JONATHAN et de Jean-François FLAUSS, Droit et justice n°64, Bruylant, Nemesis, 2005, Bruxelles, p 83.
- *Les instruments internationaux des droits de l'homme et leurs interférences*, Bibliothèque des droits de l'homme du Conseil de l'Europe.

BOTOKO-CLAEYSEN (Catherine)

- *Engagements universels et identité européenne des droits de l'homme*, RTDH 2001, p 947.

BOUET-DEVRIERE (Sabine)

- *La protection universelle des droits de la femme : vers une efficacité accrue du droit international ? (Analyse prospective des dispositions du protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes)*, RTDH, 2000, p 453.

BREILLAT (Dominique)

- *Les droits de l'homme déclarés solennellement* in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur du Professeur Jean SAVATIER, PUF, 1992, Paris, p 111.

BRIBOSIA (Emmanuelle)

- *La prévention des affaires répétitives et les arrêts pilotes* in *L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Colloque organisé les 30 et 31 mars 2006, par l'OMIJ, Faculté de droit et de sciences économiques de Limoges, actes à paraître.

BRIBOSIA (Hervé)

- *Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue dans l'ordre juridique belge*, RBDI, 1996, p 33.

BRUCE (Eva)

- *La Cour de cassation française et l'application d'office de la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDH 2005, p 401 et suivantes.

BRUNET (Andrée)

- *Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation* in *Justice et droits fondamentaux*, Etudes en l'honneur de Jacques NORMAND, Litec, 2003, Paris, p 53.

BURDEAU (Geneviève)

- *Les engagements internationaux de la France et les exigences de l'Etat de droit*, AFDI, 1986, p 837.

BURGELIN (Jean-François)

- *Allocution prononcée lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le vendredi 11 janvier 2002* in Rapport de la Cour de cassation 2001, *Les libertés*, disponible sur le site internet de la Cour de Cassation, également publié à la documentation française.
- *Allocution prononcée par Monsieur Jean-François BURGELIN Procureur Général près la Cour de Cassation lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire le vendredi 10 janvier 2003*, Rapport de la Cour de cassation 2002, La Documentation française, 2003, Paris, p 47.
- *L'avocat général à la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme*, Allocution du 10 janvier 1997, GP 23-24 mai 1997.

BURGELIN (Jean-François), LALARDRIE (Agnès)

- *L'application de la Convention par le juge judiciaire français* in Mélanges en l'honneur de René CASSIN, Bruylant, 1999, Bruxelles, p 145.

BYK (C.)

- *La réception des conventions internationales par le juge français : à l'occasion de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant*, JDI. 1994, n°4, p 967.

CANIVET (Guy)

- *Economie de la justice et procès équitable*, JCP 2001, I 361, p 2085.
- *L'accès au juge de cassation et le principe d'égalité*, PA 28 novembre 2002, n°238, p 15.
- *L'égalité d'accès à la Cour de cassation* in *L'égalité*, Rapport de la Cour de cassation 2003, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la documentation française.
- *La Cour de cassation et la Convention européenne des droits de l'homme* in *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et justice n°33, Nemesis, Bruylant, 2002, Bruxelles, p 257
- *Le principe d'équité dans le pourvoi en cassation*, in *Libertés, justice, tolérance*, Tome I, Mélanges en l'honneur de Gérard COHEN-JONATHAN, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 367.
- *Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la « bénévolance » des juges*, RSC 2005, p 799.

CANIVET (Guy), MOLFESSIS (Nicolas),

- *Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ?* Procédures décembre 2004, p 6.

CAPITANT (David)

- *A propos de la protection des droits économiques et sociaux en France* in *Les droits individuels et le juge en Europe*, Mélanges en l'honneur de Michel FROMONT, PU de Strasbourg, 2001, Strasbourg, p 127.

CAPORTI (Francesco)

- *Interférences dans l'ordre juridique interne entre la convention et d'autres accords internationaux* in *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international*, Actes du 2èmes colloque sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme, PU de Bruxelles, 1968, Bruxelles, p 123.

CARRIAS (Pierre)

- *Expropriation pour cause d'utilité publique*, D 1993, SC, p 195 et suivantes.

CASEY (Jérôme)

- *Droit successoraux de l'enfant adultérin : condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme*, RJPF, 2000, n°3, p 24.

CASSIA (Paul)

- *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre des juges n'a pas eu lieu*, RFDA janvier-février 2002, p 20.

CASSIN (René)

- *La Déclaration universelle des droits de l'homme*, RCADI, 1951, p 284.
- *Sciences de l'homme : méthodologie et enseignement*, colloque de Nice 1971, RDH, 1972, volume V.

CASSON (Philippe)

- *Le subsidiaire et le droit privé*, RRJ, 2001-1, p 143.

CHABERT (Cyril)

- *L'applicabilité de la Convention de New York sur les droits de l'enfant : une question en réexamen ?* RRJ, 1997, 2, p 615.
- *Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant*, JCP G, 2003, I, 129, p 761.

CHAGNOLLAUD (Dominique)

- *La Cour de cassation confirme la supériorité de la Constitution sur les traités*, D 2000, n°24, Interview, p V.

CHALTIEL (Florence)

- *Les perspectives du principe de primauté du droit communautaire*, PA, 20 octobre 2005, n°209, p 5.

CHARPENTIER (Jean)

- *Quelle subsidiarité*, Pouvoirs, 1994, n°69, p 49.

CHATIEL (Florence)

- *Les perspectives du principe de primauté du droit communautaire*, PA 20 octobre 2005, n°209, p 5.

CHEVALIER (Bernard)

- *La primauté et l'effet direct du droit communautaire, les développements de la jurisprudence récente*, visite des Magistrats de la Cour de cassation à la CJCE le 27 juin 2005, BICC du 1^{er} août 2005, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

CLAES (Erik), VANDAELE (Arne)

- *L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie axée sur les droits de l'homme*, RBDI 2001/2, p 411.

COHEN (Dany)

- *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français*, RCDIP 1989 p 451.

COHEN-JONATHAN (Gérard)

- *Conclusions générales in Quelle Europe pour les droits de l'homme. La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite" (35 ans de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruylant, 1996, Bruxelles, 477.
- *Intervention lors de la journée de réflexion au Palais des droits de l'homme de Strasbourg sur l'efficacité du système de la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDH 2000, p 637.
- *L'arrêt Kress de la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française : quelques observations*, GP vendredi 4, samedi 5 octobre 2002, spécial droits de l'homme, p 1421.
- *L'évolution du droit international des droits de l'homme in Mélanges offerts à Hubert THIERRY, L'évolution du droit international*, Pedone, 1998, Paris, p 107.
- *La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des Etats contractants in Droit et justice, Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS*, Pedone, 1999, Paris, p 385.
- *La France, la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques in La France et le PIDCP, colloque des 4 et 5 juin 1999, n° spécial des PA, 25 mai 2000, n°104, p 39.*
- *La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français in Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974 – 1992*, Ouvrage sous la direction de Frédéric SUDRE, Editions N.P. Engel. Kehl. Strasbourg. Arlington, 1994, p 1 et suivantes.
- *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme in Les mutations contemporaines du droit public*, Mélanges en l'honneur de Benoît JEANNEAU, Dalloz, 2002, Paris, p 3.
- *Les droits de l'homme et l'évolution du droit international in Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, Paris, p 611.
- *Les rapports entre la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques in Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Colloque de la SFDI, mai 1976, Pedone, 1977, Paris, p 21.
- *Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme in Liber Amicorum Marc-André EISSEN*, Bruylant, 1995, Bruxelles, p 39.
- *Quelques observations sur le CDH des Nations Unies in Humanité et droit international*, Mélanges Jean-René DUPUY, Pedone, 1991, Paris, p 83.
- *Universalité et singularité des droits de l'Homme*, RTDH 2003, p 3.
- *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international : Prolégomènes sur l'internationalisation des droits de l'homme in La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 309.
- *Note sur les décisions du Comité des droits de l'homme des Nations Unies relatives à la France*, AFDI 1989, p 424.

- *Prolégomènes sur l'internationalisation des droits de l'homme* in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 309.

COHEN-JONATHAN (Gérard), FLAUSS (Jean-François)

- *Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (2004)*, AFDI 2004, p 779.

COMMARET (Dominique Noëlle)

- *La procédure de réexamen*, RSC 2002, p 348.

CONFORTI (Benedetto)

- *L'interaction des normes internationales relatives aux droits de l'homme* in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 121.

CONSTANTINESCO (Vlad)

- *Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ?* Mélanges en l'honneur de Jean BOULOUIS, *L'Europe et le droit*, D, 1991, Paris, p 35.

COPPER-ROYER Edouard

- *L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle : application du principe constitutionnel*, in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994, PU d'Aix-Marseille, 1995, Aix en Provence, p 123.

COSTA (Jean-Paul)

- *Concepts juridiques sans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence des différentes traditions nationales*, RTDH 2004, n°57, p 101.
- Interview par Pierre RANCE, D 2002, p 3148.
- *La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges* in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 153.
- *La Cour européenne des droits de l'Homme : vers un ordre juridique européen ?* in Mélanges Louis-Edmond PETTITI, Nemesis, Bruylant, 1999, Bruxelles, p 197.
- *Les débuts de la « nouvelle » Cour européenne des droits de l'homme*, Revue Europe, Hors série, octobre 1999, p 8.
- *Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe ?* in *Les droits de l'homme à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 141.

COT (Jean-Pierre)

- *Le parlement européen et la protection des droits fondamentaux dans le cadre de l'Union Européenne*, in *Les droits de l'homme à l'aube du 3^{ème} millénaire*, Mélanges hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 155.

COURBE (Patrick)

- *L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant*, D 2006, doctrine p 1487.
- *Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français* in *Quelle Europe pour les droits de l'homme : La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, Actes du

colloque organisé par le CREDHO les 11 et 12 mai 1995, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 249.

- *Le rejet des répudiations musulmanes*, D 2004, Chronique p 815.

COURET (Alain)

- *La sauvegarde des droits de la défense devant la COB*, Revue juridique droit des affaires 1999, n°3, p 203.

COUSSIRAT-COUSTERE (Vincent)

- *Convention européenne des droits de l'homme et droit interne : primauté et effet direct in La Convention européenne des droits de l'homme : Actes de la journée d'étude du 16-11-1991*, sous la direction de Louis-Edmond PETTITI, Vincent COUSSIRAT-COUSTERE, Pierre LAMBERT, Didier DURAND et Marc-André EISSEN, Collection droit et justice, Nemesis, 1992, Bruxelles, p 11.
- *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. L'équité du procès*, AFDI 1994, p 684.
- *L'adhésion de la France au protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, AFDI, 1983, p 510.

DAUGAREILH (Isabelle)

- *La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la protection sociale*, RTDE 2001, p 123.

DE BECHILLON (Denys)

- *De quelques incidences du contrôle de conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution)*, RFDA 1998, p 225.

DE FONTBRESSIN (Patrick)

- *L'effet horizontal des la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations* in Liber Amicorum Marc André EISSEN, Bruylant, 1995, Bruxelles, p 157.
- *L'effet transcendantal de la Convention européenne des droits de l'homme* in Mélanges en l'honneur de Louis-Edmond PETTITI, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 1999, p 231.

DE GOUTTES (Régis)

- *L'enchevêtrement des normes internationales relatives au procès équitable : comment les concilier*, in, *Les nouveaux développements du droit au procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque du 22 mars 1996, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 139.
- *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français*, RIDC 1999-1, p 7.
- *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge ?* in *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974-1992*, sous la direction de Frédéric SUDRE, Engel, 1993, p 49.
- *La convention internationale et le Comité des Nations Unies sur l'élimination de la discrimination raciale*, RTDH, 1996, p 515.
- *La procédure de réexamen des décisions pénales après un arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme* in *Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Tome 1, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 563.

- *La situation à la Cour de cassation in Le Ministère public et les exigences du procès équitable*, Droit et justice n°44, Bruylant, Nemesis, 2003, Bruxelles, p 63.
- *Le juge français et la Convention européenne des droits de l'homme : avancées et résistances*, RTDH, 1995, p 605.
- *Le juge judiciaire français et la Convention européenne des droits de l'homme, avancée et réticences in Quelle Europe pour les droits de l'homme. La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une 'union plus étroite' (35 ans de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 218.
- *Logiques de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme in La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, sous la direction de Nicolas MOLFESSIS, Economica, 2004, Paris, p 231.
- *Vérité et effectivité dans l'accès aux prestations familiales pour les enfants étrangers entrés en France avec leurs parents*, Rapport de la Cour de cassation 2004, *La vérité*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, publié à la Documentation Française.

DE MORDANT DE MASSIAC

- *L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle : le principe constitutionnel et son application par le juge judiciaire*, in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994, PU d'Aix-Marseille, 1995, Aix en Provence, p 117.

DE SCHUTTER (Olivier)

- *La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire in La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Actes des journées d'études à Strasbourg des 16 et 17 juin 2000, sous la direction de Florence BENOIT-ROHMER, RUDH, 15 septembre 2000, Vol 12 n°1-2, p 33.
- *La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national*, RBDI, 1997/1, p21.
- *Les générations des droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux in juger les droits sociaux*, colloque organisé par l'Association ADEAGE, le 19 octobre 2000, Chroniques de l'OMIJ n°2, PULIM, 2004, Limoges, p 13.

DEBET (Anne)

- *Le code civil et la Convention européenne des droits de l'homme in 1804-2004, le code civil : un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon Assas (Paris II), D, 2004, Paris, p 953.

DECAUX (Emmanuel)

- *De la promotion à la protection des droits de l'homme. Droit déclaratoire et droit programmatoire in La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 81.
- *La mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, RGDIP, 1980, p 487.
- *La réforme du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels in Droit et justice*, Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS, Pedone, 1999, Paris, p 405.

- *Les droits fondamentaux en droit international*, AJDA 1998, n° spécial du 20 juillet – 20 août, p 66.
- *Les Etats parties et leurs engagements in La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, sous la direction de Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT, Economica, 2^{ème} édition, 1999, Paris.
- *Rapport introductif : les engagements juridiques de la France in La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, sous la direction de THIERRY (Hubert) et DECAUX (Emmanuel), colloque des 12 et 13 octobre 1989, Cahiers de la CEDIN, Montchrestien, p 31.

DEFFIGIER (Clotilde)

- *L'applicabilité directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire*, RCDIP 2001, p 43.

DEKEUWER (Alain)

- *La rétroactivité in mitius en droit pénal, un principe encore et toujours contesté*, JCP G, I, n°4065.

DEUMIER (Pascal) et ENCINAS DE MUNAGORRI (Raphaël)

- *Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielle ? Interrogation à partir d'un rapport*, RTDCiv. 2005, p 83.

DHOMMEAUX (Jean)

- *De l'universalité du droit international des droits de l'homme : du pactum ferendum au pactum latum* in AFDI 1989 p 399.
- *La coordination des réserves et des déclarations à la Convention européenne des droits de l'homme et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques in La CEDH, développements récents et nouveaux défis*, sous la direction de Jean-François FLAUSS et Michel SALVIA, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 15.
- *La recevabilité des communications individuelles par le Comité des droits de l'homme in La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies – les communications individuelles*, colloque des 6 et 7 mars 1995, sous la direction de Frédéric SUDRE, IEDH, 1995, Montpellier, p 15.
- *Le Comité des droits de l'homme : 25 ans d'expérience in Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 653.
- *Le rôle du Comité des droits de l'enfant dans le contrôle, l'interprétation et l'évolution de la convention relative aux droits de l'enfant* in Karel VASAK *amicorum liber, les droits de l'homme à l'aube du 21^{ème} siècle*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p553.
- *Les Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies : de la cohabitation du système universel de protection des droits de l'homme avec le système européen in Liber Amicorum à Marc André EISSEN*, Bruylant Bruxelles, LGDJ Paris, 1995, p 116.
- *Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme*, AFDI, 1995, p 447.

DINTILHAC (Jean-Pierre)

- *La vérité de la chose jugée* in Rapport de la Cour de cassation 2004, *La vérité*, Disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la documentation française.

DOMESTICI-MET (Marie-José)

- *Quelques réflexions sur les techniques et disciplines juridiques impliquées dans le développement d'un ordre public international* in Mélanges en l'honneur de Louis DUBOIS, D, 2002, Paris, p 661.

DOUCET (Jean Paul)

- *Convention européenne des droits de l'homme et jurisprudence pénale française*, RTDH 1991 p 178.

DREYER (Emmanuel)

- *La Cour de cassation et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme in Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Tome I, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 677.

DROSS (William)

- *La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? (à propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence)*, D 2006, Chronique p 472.

DRZEMCZEWSKI (Andrew)

- *La prévention des violations des droits de l'homme : les mécanismes de suivi du Conseil de l'Europe*, RTDH, 2000, p 385.

DUBOS (Olivier)

- *L'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme à la lumière de l'autorité des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes* in *L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Colloque organisé les 30 et 31 mars 2006, par l'OMIJ, Faculté de droit et de sciences économiques de Limoges, actes à paraître.

DUBOIS (Louis)

- *La portée des instruments internationaux de protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique français* in *Les droits de l'homme dans le droit national en France et en Norvège*, Ed. Eivind SMITH, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1990, p 131.
- *Les rapports du droit régional et du droit universel* in *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Colloque de la SFDI, mai 1976, Pedone, 1977, Paris, p 263.

DUMON (F.)

- *La notion de disposition directement applicable en droit européen*, Cahiers de droit européen, 1968, p 369.

DUTHEIL DE LA ROCHERE (Jacqueline)

- *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : quel apport à la protection des droits* in *Les mutations contemporaines du droit public*, Mélanges en l'honneur de Benoît JEANNEAU, Dalloz, 2002, Paris, p 91.

EDELMAN (Bernard)

- *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, D. 1997, Chronique p 185.

EISSEN (Marc-André)

- *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme devant les juridictions françaises*, in, *L'avocat et l'Europe des 12 et des 21. La défense des droits de l'homme, l'intégration communautaire, perspectives 1992*, Actes du XIIe congrès de l'association des centres de formation professionnelle du barreau, CFPA d'Alsace, 1988, Strasbourg, p 87.

ENCINAS DE MUNAGORRI (Raphaël)

- *Qu'est ce qu'un texte directement applicable*, RTDCiv. 2005, p 556.

ESTOUP (Pierre)

- *La convention européenne des droits de l'homme et le juge français*, Gaz. Pal. Du 8 février 1990, Doctrine, p 110.

EVRIGENIS (Dimitrios)

- *L'interaction entre la dimension internationale et la dimension nationale de la Convention européenne des Droits de l'Homme : notions autonomes et effet direct* in *Völkerrecht als Rechtsordnung internationale Gerichtsbarkeit menschenrechte*, Festschrift für Hermann MOSLER, Springer Verlag, 1983, Berlin – Heidelberg – New York, p 193.

FABRE (Martine)

- *L'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par les juges nationaux*, PA, 2 août 1996, n°93, p 4 .

FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte)

- *L'ordre public in 1804-2004 Le code civil : un passé, un présent, un avenir*, ouvrage collectif, Université Panthéon-Assas (Paris II), D 2004, Paris, p 473.
- *Le juge français et le droit étranger*, D 2000, doctrine p 125.

FERRAND (Frédérique)

- *La convention européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation française*, RIDC, 1995, p 691.

FIERENS (Jacques)

- *La violation des droits civils et politiques comme conséquence de la violation des droits économiques, sociaux et culturels*, RBDI, 1999/1, p 46.

FLAUSS (Jean-François)

- *La procédure de l'arrêt « pilote »*, AJDA 2006, p 466.
- *La protection des droits de l'homme et les sources du droit international* in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 11.
- *Le droit international des droits de l'homme face à la globalisation économique*, PA 24 mai 2002, n°104, p 4.
- *Le juge administratif français et la Convention européenne des droits de l'homme*, AJDA, 1983, p 387.
- *Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux* in *Droits sociaux et droits européens : bilan et prospective de la protection normative* Colloque du 19 octobre 2001, sous la direction de FLAUSS (Jean-François), Droit et justice n°39, Nemesis, Bruylant, 2002, Bruxelles, p 89.

- *Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux*, PA 26 juillet 2001, n°148, p 9.
- *Sources internationales du droit administratif français*, Jurisclasseur Administratif, Fascicule 104-1, 1993, p 12.

FLECHEUX (Georges), GAY MONTALVO (Eugeni)

- *Les droits fondamentaux dans l'union européenne*, in Mélanges Louis-Edmond PETTITI, Bruylant, Nemesis, 1999, Bruxelles, p 381.

FLEINER (Thomas)

- *Quelques réflexions sur le discours contemporain des droits de l'homme* in *Les droits individuels et le juge en Europe*, Mélanges en l'honneur de Michel FROMONT, PU de Strasbourg, 2001, Strasbourg, p 235.

FONTAINE (Nicole)

- *La Charte des droits fondamentaux, un nouveau pas vers la reconnaissance et la défense des droits de citoyens de l'Union européenne*, Droit et patrimoine n°92, avril 2001, p 28.

FOYER (Jean)

- *La cassation civile, entre son passé et son avenir* in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, Paris, p 111.
- *Le droit civil dominé* in *Le droit privé français à la fin du Xxème siècle*, Mélanges offerts à Pierre CATALA, Litec, 2001, Paris, p 14.

FRANCOIS (Lyn)

- *La Convention européenne des droits de l'homme est-elle supérieure aux conventions bilatérales reconnaissant les répudiations musulmanes ?* D 2002, Chronique p 2958.

FRICERO (Nathalie)

- *La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, un nouvel instrument de régulation de l'éthique du juge judiciaire* in *La procédure dans tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, PA, 2004, Paris, p 229.

FRIOCOURT (Michel) et MONGIN (Bernard)

- *Validation législative, imprévision contractuelle et principe de prééminence du droit (1^{re} partie)*, PA, 10 octobre 2002, n°203, doctrine p 4 et *Validation législative, imprévision contractuelle et principe de prééminence du droit (suite et fin)*, PA, 11 octobre 2002, n°204, doctrine p 4.

G. SCHMIDT (Marcus)

- *Portée et suivi des constatations du Comité des droits de l'homme des Nations Unies in La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, les communications individuelles*, IDEDH, URA CNRS, 1995, Montpellier, p 157.

GAÏA (Patrick)

- *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, RFDC, avril 2004, n°58, p 227.

GANNAGE (Léna)

- *Le droit international privé à l'épreuve de la Hiérarchie des normes (L'exemple du droit de la famille)*, RGDIP 2001, p 1.

GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.)

- *Réflexions sur l'application directe du droit des communautés européennes dans l'ordre juridique interne des Etats membres*, Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques de l'Académie royale de Belgique, Tome LXV, 1979, p 543.
- *La règle d'application directe, Conclusions*, RBDI, 1980, vol II, p 345.

GARAUD (Eric)

- *La jurisprudence commerciale française face aux interprétations de la CEDH délivrées par le juge européen in CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD, La documentation française, 2001, Paris, p 126.
- *Le relais législatif in CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD, La documentation française, 2001, Paris, p 171.

GARCIA DE ENTERRIA (Edouardo)

- *Les droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam in Mélanges Louis-Edmond PETTITI*, Bruylant, Nemesis, 1999, Bruxelles, p 395.

GAUTHIER (Yves)

- *Le renvoi préjudiciel un instrument efficace de dialogue ? in Le dialogue des juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Droit et justice n°53*, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 203.

GAUTIER (Pierre-Yves)

- *De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après une condamnation par la CEDH*, D 2005, Chronique p 2273.

GERARDIN-SELLIER Nathalie

- *La composition des juridictions à l'épreuve de l'article 6,1° de la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDH 2001, p 961 et suivantes.

GOLDMAN (Berthold)

- *La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit de lois in Problèmes de protection internationale des droits de l'homme*, René CASSIN Amicorum discipulorumque liber I, Pedone, 1969, Paris, p 449.

GOLSONG (H.)

- *Quelques remarques a propos de l'élaboration et de la nature juridique des traités conclus au sein du Conseil de l'Europe*, in *Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Mélanges offerts à Polys MODINOS, Pedone, 1968, Paris, p 51.

GOURON MAZEL (Annie)

- *La Cour de cassation face à la Convention européenne des droits de l'homme*, JCP, Ed° G., 1996, I, n°3937.

GRANET (Frédérique)

- *La Convention de New York sur les droits de l'enfant et sa mise en œuvre en France in L'enfant et les conventions internationales*, sous la direction de Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI et Frank RAINER, p 95.

GREVISSE (Fernand), BONICHOT (Jean-Claude)

- *Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres in L'Europe et le droit*, Mélanges hommage à Jean BOULOUIS, Dalloz, 1991, Paris, p 297.

GRUBER (Annie)

- *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : un message clair hautement symbolique*, PA 22 janvier 2001, n°15, p 4.

GUINCHARD (Serge),

- *Application de la Convention européenne par le juge judiciaire*, Revue Europe, HS Octobre 1999, p 10.
- *L'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques par le juge judiciaire in La France et le PIDCP*, actes du colloque des 4 et 5 juin 1999, n° spécial des PA, 25 mai 2000, n°104, p 23.
- *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile*, GP 1999, 2^{ème} semestre, doctrine p 1246.
- *Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation)*, in *L'avenir du droit*, Mélanges en l'honneur de François TERRE, Dalloz, 1999, Paris, p 761.
- *Le procès équitable : droit fondamental ?* AJDA 1998, n° spécial du 20 juillet-20 août, p 191.
- *O Kress où est ta victoire ? Ou la difficile réception, en France, d'une (demie) leçon de démocratie procédurale in Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en Hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Vol. II, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 937.
- *Vers une démocratie procédurale in Ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans*, collection Justice, D, 1999, Paris, p 91.

HAÏN (Victor)

- *Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme ?* D 2001, Doctrine p 2988.

HAMMJE (Petra)

- *Droit fondamentaux et ordre public*, RCDIP 1997, p 1.

HARDY (Anne), BOURSERIE (Jérôme), DELBARD (Dominique)

- *La Convention internationale des droits de l'enfant et le principe fondamental de protection de l'enfant en droit français*, RRJ 2001-2, p 907.

HAZARD (Isabelle)

- *Les juridictions communautaires : évolutions et perspectives*, Le courrier juridique des finances, n°101, Septembre 1999.

HEBRAUD (Pierre)

- *Le juge et la jurisprudence in Mélanges offerts à Paul COUZINET*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, Toulouse, p 329.

HEUZE (Vincent)

- *A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence : une réaction entre indignation et incrédulité*, JCP 2005, I, 130.

HEYMANN-DOAT (Arlette)

- *Le respect des droits de l'homme dans les relations privées in Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et justice n°33, Memesis, Bruylant, Bruxelles, 2002, p 219.
- *Le respect des droits de l'homme dans les relations privées in Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la direction de Catherine TEITGEN-COLLY, Nemesis, Bruylant, 2002, Bruxelles, p 219.

HOSTIOU (René)

- *Le droit français de l'expropriation et la Convention européenne des droits de l'homme*, AJDA 2000, p 290.

HUET (André)

- *La rétroactivité in mitius des textes réglementaires en matière économique (dissonance sur une question simple)*, JCP G, I, n°3378.
- *Une méconnaissance du droit international (à propos de la rétroactivité in mitius)*, JCP G, I, n°3293.

HUGON (Christine)

- *Le contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme du retrait des pourvois du rôle de la Cour de cassation*, D 2001, Chronique p 3369.

IGE (Tokunbo)

- *Le rôle des juristes dans la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels : perspectives d'ensemble*, Revue de la Commission internationale des juristes, édition spéciale *Droits économiques, sociaux et culturels et le rôle des juristes*, Bangalore, Octobre 1995-Décembre 1995, n°55, p 93.

IMBERT (Pierre-Henri)

- *Droits des pauvres, pauvres droits ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels*, Revue du droit public et de la science politique, 1989, volume I, p 739.
- *La France et les traités relatifs aux droits de l'homme*, AFDI, 1980, p 31.
- *Pour un système européen de protection des droits de l'homme*, in *Mélanges Louis-Edmond PETTITI*, Nemesis, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 449.

JACOBS (Nicolas)

- *La portée juridique des droits économiques, sociaux et culturels*, RBDI, 1999, I p 19.

JEAMMAUD (Antoine)

- *Sur l'applicabilité en France des conventions internationales du travail*, Droit social, mai 1986, n°5, p 399.

KARAGIANNIS (Syméon)

- *Considérations sur l'article 26 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, en marge de la jurisprudence du Conseil d'Etat Français in Les droits de*

l'homme au seuil du troisième millénaire, Mélanges hommages à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 467.

KATZ (Claude)

- *Pour la proclamation par la Communauté internationale d'un noyau intangible des droits de l'Homme*, RTDH 1996, p 541.

KISS (Alexandre)

- *La Convention européenne des droits de l'Homme a-t-elle créé un ordre juridique autonome ?* in Mélanges Louis-Edmond PETTITI, Nemesis, Bruylant, 1999, Bruxelles, p 493.

KLEIN (Michèle)

- *La France devant la Convention européenne des droits de l'homme*, RGDIP, 1971, p 73.

KOLB (Robert)

- *Théorie du ius cogens international*, RBDI 2003/1, p 5.

KOSTADINOVA (Svetlana)

- *La garantie des droits sociaux par le Comité européen des droits sociaux* in *Juger les droits sociaux*, colloque organisé par l'Association ADEAGE, le 19 octobre 2000, Chroniques de l'OMIJ n°2, PULIM, 2004, Limoges, p 93.

KSENTINI OUHACHI (Fatma Zohra)

- *Les procédures onusiennes de protection des droits de l'homme, Recours et détours*, Publisud, 1994, Château-Gontier.

KUMADO (Kofi)

- *La surveillance des droits économiques, sociaux et culturels*, Revue de la Commission internationale des juristes, édition spéciale *Droits économiques, sociaux et culturels et le rôle des juristes*, Bangalore, Octobre 1995-Décembre 1995, n°55, p 111.

LABAYLE (Henri)

- *Droits fondamentaux et droit européen*, AJDA 1998, n° spécial du 20 juillet-20 août, p 75.
- *L'Union européenne et les droits fondamentaux. Un espace de liberté ?*, in Mélanges en l'honneur de Louis DUBOUIS, Dalloz, 2002, Paris, p 581.

LACABARATS (Alain)

- *Communication, L'observatoire du droit européen de la Cour de cassation*, BICC 619, du 15 mai 2005, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

LACHAUME (Jean-François)

- *Droit international et juge judiciaire*, Répertoire international Dalloz, n°90.

LAGARDE (Paul)

- *La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation* in *Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François RIGAUX*, Bruylant, 1993, Bruxelles, p 263.

LAMBERT (Pierre)

- *La mise en œuvre juridictionnelle des droits économiques, sociaux et culturels* in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, sous la direction de Rusen ERGEC, Bruylant, 1995, Bruxelles, p 107.
- *Le droit à un procès équitable au sens de l'article 6,1° de la Convention européenne des droits de l'homme* in *La Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et justice n°12, Nemesis, 1992, Bruxelles, p 25.

LAMBERT-ABDELGAWAD (Elisabeth)

- *La Cour européenne au secours du Comité des Ministres pour une meilleure exécution des arrêts « pilotes »*, RTDH 2005, p 203.

LAMBERT-ABDELGAWAD (Elisabeth)

- *Le réexamen de certaines affaires suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH 2001, p 715.

LAZAUD (Frédéric)

- *L'objectivisation du contentieux européen des droits de l'homme (lecture de l'arrêt Broniowski à la lumière du protocole 14)*, RRJ 2005-2, p 913.

LE BOURSICOT (Marie-Christine)

- *L'accès aux origines personnelles*, Revue droit civil 2004, Panorama 2003, 5-7, disponible sur le site Lamyline Reflex.

LE TALLEC (Georges)

- *La Cour de cassation et le droit communautaire* in *L'Europe et le droit*, Mélanges hommage à Jean BOULOUIS, Dalloz, 1991, Paris, p 363.

LEFEBVRE (José)

- *Premières décisions rendues par la commission de réexamen d'une décision pénale (L.15 juin 2000)*, JCP 2001, II, 10642, p 2304.

LEROY (Jacques)

- *La force du principe de motivation* in *La motivation*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, TIII, Limoges 1998, LGDJ, 2000, Paris, p 35.

LIBCHABER (Remy)

- *Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine*, RTDCiv. 2000, p 679.

LICHERE (François), POTVIN-SOLIS (Laurence) et RAYNOUARD (Arnaud), (dir)

- *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles.

LUBY (Monique)

- *Trop ne vaut rien (ou quand la CJCE ébranle le régime juridique des clauses abusives)*, C.C.C. janvier 2004, Chronique n°1, p 6.

LUCAS (Olivier)

- *La Convention européenne des droits de l'homme et les fondements de la responsabilité civile*, JCP G 2002, I n°111, p 286.

LYON-CAEN (Pierre)

- *L'application des traités internationaux relatifs aux droits sociaux par la Cour de cassation* in *Juger les droits sociaux*, colloque organisé par l'Association ADEAGE, le 19 octobre 2000, Les chroniques de l'OMIJ n°2, PULIM, 2004, Limoges, p 63.
- *Le parquet général de la Cour de cassation*, D 2003, Interview, p 211.

MALAURIE (Philippe)

- *Grands arrêts, petits arrêts et mauvais arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PA 21 août 2006, n°166, p 4.
- *La Cour de cassation au XX ème siècle* in *Rapport de la Cour de Cassation 1999*, La Documentation française, p 9.

MALLET-BRICOURT (Blandine)

- *Droit du père et accouchement sous X : la Cour de cassation prend position*, Tribune, D 2006, p 1177.
- *Droit d'accès aux origines personnelles : l'embaras de la Cour européenne des droits de l'homme*, D 2003, Chronique p 1240.

MANIN (Philippe)

- *Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises* in *Les Cours européennes de Luxembourg et de Strasbourg*, Revue Pouvoirs n°96, janvier 2001, p 51 et suivants.

MARCUS HELMONS (Silvio)

- *La quatrième génération des droits de l'homme* in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges en l'honneur de Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles.
- *La contribution de la consécration des droits de l'homme au développement du droit* in *Droit pénal, droit européen*, Mélanges offerts à Georges LEVASSEUR, GP, Litec, 1992, Paris, p 227.

MARGUENAUD (Jean-Pierre)

- *L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en France* in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Colloque organisé pour le 50^{ème} anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme, Bordeaux 29-30 septembre 2000, UAE, Bruylant, 2001, Bruxelles, p 137.
- *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations* in *Le renouvellement des sources des droits et obligations*, journées nationales de l'association Henri CAPITANT, LGDJ, 1997, Paris, p 45.
- *La Convention européenne des droits de l'homme : approche par le droit privé* in *Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON*, Pedone, 2004, Paris, p 155.
- *La dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes*, D 2000, Chroniques p 249.
- *Le juge judiciaire et l'interprétation européenne* in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, colloque organisé par l'IDEH, sous la direction de Frédéric SUDRE, les 13 et 14 mars 1998, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 231.

- *Logiques de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme* in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, sous la direction de Nicolas MOLFESSIS, Economica, 2004, Paris, p 219.

MARGUENAUD (Jean-Pierre), DAUCHEZ (Benjamin)

- *Les dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001 à l'épreuve de la CEDH*, Répertoire Defrénois 2002, article 37615, p 1366.

MARGUENAUD (Jean-Pierre), LANGENIEUX (Anne)

- *De l'impartialité et de l'indépendance des juges de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Droit et procédures novembre-décembre 2003, n°6, p 337.

MARGUENAUD (Jean-Pierre), MOULY (Jean)

- *Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour européenne des droits de l'homme*, D 2006, Chronique p 477.

MARIE (Jean Bernard)

- *Les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme confirment-ils l'inspiration de la Déclaration Universelle*, RDH, volume III, p 397.

MARTENS (Paul)

- *Réflexions sur le maniérisme judiciaire*, RTDH 2002, p 335.

MARTIN (Raymond)

- *Le relevé d'office par le juge d'un moyen de pur droit. Une question mal posée*, D 2005, Point de vue p 1444 ; *Le relevé d'office d'un moyen de droit (suite et fin)*, D 2006, Point de vue p 2201.

MASSIAS (Florence)

- *Le réexamen des décisions définitives intervenues en violation de la Convention européenne des droits de l'homme*, RSC 2001, p 123.

MASSIP (Jacques)

- *L'application par la Cour de cassation des conventions internationales récentes relatives à l'enfance*, PA 3 mai 1995, n°53, p 41.
- *Le transsexualisme suite*, Répertoire Defrénois, 1993, 1^{re} partie, art. 35502, p 314.
- *Le transsexualisme...encore*, Répertoire Defrénois, 1993, 1^{re} partie, art. 35597, p 896.

MASSOT (Jean)

- *Validations législatives* in *Répertoire du contentieux administratif*, D, Février 2001, p 1-10.

MATSCHER (Franz)

- *Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne* in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Sous la direction de Frédéric SUDRE, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998, IEDH Montpellier I, Nemesis-Bruylant, 1998, Bruxelles, p 15.

MAYER (Danièle)

- *Evolution de l'attitude la Chambre criminelle de la Cour de cassation française à l'égard de la Convention européenne des droits de l'Homme in Droit pénal, droit européen, Mélanges offerts à Georges LEVASSEUR, GP, Litec, 1992, Paris, p 239.*
- *Vers un contrôle du législateur par le juge pénal, D 2001, Doctrine p 1643.*

MAYER (Pierre)

- *L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'homme in Libertés et droits fondamentaux : introduction, textes et commentaires, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY et Claude LUCAS DE LEYSSAC, Le seuil, 1996, Paris, p 250.*
- *La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères, RDCIP 1991, p 651.*

MESTRE (Jacques)

- *Les traités et le droit interne, RCADI de La Haye, 1931, IV, p 237.*
- *Tout salarié a le droit de mener une double vie privée, Lamy droit des personnes et de la famille 2005, Chronique, disponible sur le site Lamyline Reflex.*

MEUNIER (Guillemette)

- *L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties, Logiques juridiques, L'Harmattan, 2002, Paris.*

MEYZEAUD-GARAUD (Marie-Christine), MOUTEL (Béatrice), PLAZY (Jean-Marie)

- *La jurisprudence civile française face aux interprétations de la CEDH délivrées par le juge européen in CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD, La documentation française, 2001, Paris, p 104.*

MIKKOLA (Matti)

- *La nature et le contrôle des droits sociaux de l'homme in L'établissement des premiers rapports nationaux sur l'application de la Charte sociale européenne, Actes de la réunion multilatérale organisée par le secrétariat de la Direction générale des droits de l'homme, DG II, Droits de l'homme, Cahiers de la Charte sociale – n°10, Conseil de l'Europe, 2001, Strasbourg, p 21.*

MODINOS (Polys)

- *Coexistence de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte des droits civils et politiques des Nations Unies, Revue des droits de l'homme, Vol I, 1968, p 41.*

MOLFESSIS (Nicolas)

- *Le contrôle de conventionnalité d'une loi conforme à la constitution, RTDCiv. 1999, p 236.*
- *Pour un droit transitoire des revirement de jurisprudence, Semaine sociale Lamy, décembre 2004, p 4.*

MOLINIER (Joël)

- *D'un traité l'autre : les principes fondateurs de l'Union Européenne, de Maastricht à Amsterdam in Pouvoirs et libertés, Etudes offertes à Jacques MOURGEON, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 439.*

MONEGER (Françoise)

- *Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français ?* JDI 1992, p 347.

MORVAN (Patrick)

- *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon*, D 2005, Chronique p 247.

MOULY (Jean)

- *Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'homme in Juger les droits sociaux*, colloque organisé par l'association ADEAGE le 19 octobre 2001, Les chroniques de l'OMIJ n°2, PULIM, 2004, Limoges, p 119 ; également paru à la revue Droit social, septembre/octobre 2002, p 799.

MOUDEL (Béatrice)

- *Une lente appropriation de l'effet horizontal in CEDH et droit privé : l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD, La documentation française, 2001, Paris, p 162.

MUIR WATT (Horatia)

- *Droit judiciaire international. Harcèlement sur harcèlement ne vaut... (des conceptions divergentes du droit fondamental d'accéder à la justice dans l'espace conventionnel européen)*, RGDP 1999, p 747.

NADAL (Jean-Louis)

- *Discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire in Rapport de la Cour de cassation 2004, La vérité*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la documentation française.
- *La jurisprudence de la Cour de Strasbourg : une chance pour le parquet général de la Cour de cassation*, D2005, Chronique p 800.

NARIMAN (Fali S.)

- *Droits économiques, sociaux et culturels et le rôle des juristes*, Revue de la Commission internationale des juristes, édition spéciale, *Droits économiques, sociaux et culturels et le rôle des juristes*, Bangalore, Octobre 1995-Décembre 1995, n°55, p 159.

NIBOYET (Marie-Laure)

- *La conformité à la Convention EDH de la loi de validation du 12 avril 1996 : « l'affaire du tableau d'amortissement » épilogue judiciaire ?* D 2000, jurisprudence p 699.

NIBOYET-HOEGY (Marie-Laure)

- *La mise en œuvre du droit international privé conventionnel : incidence du droit des traités sur les pouvoirs du juge national in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Dalloz, 1996, Paris, p 313.

NORMAND (Jacques)

- *La subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme devant la Cour de cassation in La procédure dans tous ses états*, Mélanges Jean BUFFET, PA, 2004, Paris, p 357.

- Table ronde in *Le Ministère public et les exigences du procès équitable*, Droit et justice n°44, Bruylant, Nemesis, 2003, Bruxelles, p 126.

NUTTENS (Jean-Dominique),

- *La présomption d'innocence : le parlement fait la loi*, GP 2000, 21/22 juin 2000, Doctrine p 1048.

OLINGA (Alain-Didier)

- *L'applicabilité directe de la Convention internationale sur les droits de l'enfant devant le juge français*, RTDH, 1995, p 678.

PANNIER (Jean)

- *L'application aux poursuites en cours de la loi nouvelle plus douce : liberté des change dans les relations avec l'étranger*, D 1992, SC p 37.

PAULIAT (Hélène), SAINT-JAMES (Virginie)

- *La notion d'effet horizontal in CEDH et droit privé*, sous la direction de Jean-Pierre MARGUENAUD, La documentation française, 2001, Paris, p 75.

PELLET (Alain)

- *La mise en œuvre des normes relatives aux droits de l'homme « souveraineté de droit » contre souveraineté de L'Etat*, Rapport introductif in *La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, HUBERT (Thierry), DECAUX (Emmanuel), Cahiers de la CEDIN, Colloque des 12 et 13 octobre 1989, p 101.
- *La ratification française de la Convention européenne des droits de l'homme*, RDP, 1974, p 1319.

PERDRIAU (André)

- *Existe-t-il des « pourvois-nullités » ?* D 2002, Doctrine p 1993.
- *La pratique des arrêts civils de la Cour de cassation : principe et méthode de rédaction*, Litec, 1993, Paris.
- *Le pragmatisme de la Cour de cassation*, JCP édition, G, I, 364, p 2141.
- *Les arrêts brevissimes de la Cour de cassation*, JCP 1996, I, n°3943.
- *Les dispositifs implicites des jugements*, JCP 1988, I, n°3352.

PEROZ (Hélène)

- *Du dernier rôle avant trépas des répudiations musulmanes unilatérales ?* PA, 5 août 2004, n°156, p 13.

PERRIN DE BRICHAMBAUT (Marc), DUBROCARD (Michèle)

- *Quelques aspects de la spécificité de la procédure devant la Cour de cassation française face au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme*, in Mélanges en l'honneur de Louis-Edmond PETTITI, Bruylant – Nemesis, 1998, Bruxelles, p 605.

PETTITI (Christophe)

- *L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et la protection du domicile du salarié*, TPS, avril 1999, p 4.
- *La Charte sociale européenne révisée*, RTDH, 1997, p 3.

- *Le réexamen d'une décision pénale française après un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : la loi française du 15 juin 2000*, RTDH 2001, p 3.

PETTITI (Louis)

- *L'applicabilité directe de la Convention en droit français*, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, T XXIX, 1981, p57.
- *Une révolution dans l'application de la procédure pénale*, Gaz. Pal. 1976, Doctrine, p 397.

PETTITI (Louis-Edmond)

- *L'invocation de la Convention européenne devant les juridictions nationales*, in, *L'avocat et l'Europe des 12 et des 21. La défense des droits de l'homme, l'intégration communautaire, perspectives 1992*, Actes du XIIe congrès de l'association des centres de formation professionnelle du barreau, CFP A d'Alsace, 1988, Strasbourg, p 107.

PHILIP (Louis)

- *L'affirmation des droits de l'homme dans les constitutions et dans les traités internationaux* in *Droit constitutionnel et droits de l'homme, Economica*, 1987, Paris, p 250.

PICARD (Etienne)

- *L'émergence des droits fondamentaux en France*, AJDA 1998, n° spécial du 20 juillet-20 août, p 6.

POIRAT (Florence)

- *Réception du droit international et primauté du droit interne : histoires de dualisme*, note relative aux arrêts du CE du 23 février 2000 et de l'Assemblée plénière du 2 juin 2000, RGDIP. 2000, n°3, p 811.

PONTHOREAU (Marie-Claire)

- *Le principe de l'indivisibilité des droits. L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux*, RFDA 2003, p 928.

POTVIN-SOLIS (Laurence)

- *Le concept de dialogue entre les juges en Europe* in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 19.

PRETOT (Xavier)

- *Les validations législatives et le droit au procès équitable*, RDP 2001, p 23.

RADE (Christophe)

- *De la rétroactivité des revirements de jurisprudence*, D 2005, Chronique p 988.

RAVANAS (Jacques)

- *Protection de la vie privée : la preuve illicite d'une relation « défectueuse » de travail*, D2003, Doctrine p 1305.

RAYNARD (Jacques)

- *A propos de la subsidiarité en droit privé* in Mélanges Christian MOULY, Litec, 1998, Paris, p 131.

REDOR (Marie-Joëlle)

- *La vocation de l'Union Européenne à protéger les droits fondamentaux* in *L'Union Européenne et les droits fondamentaux*, LECLERC (Stéphane), AKANDJI-KOMBE (Jean-François), REDOR (Marie-Joëlle), Bruylant, 1999, Bruxelles, p 13.

RENNES (Pascal), LYON-CAEN (Pierre), GAYAT (Emmanuel), DE SENGA (Arnaud)

- *Sécurité juridique, revirements de jurisprudence, pouvoirs des juges, beaucoup de bruit pour peu de choses ?* Le droit ouvrier, avril 2005, n°681, p 138.

RENUCCI (Jean-François)

- *Le réexamen d'une décision de justice définitive dans l'intérêt des droits de l'homme*, D 2000, Doctrine p 655.

REVEL (Janine)

- *Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père*, D 2006, Chronique p 1707.

RICCI (Jean-Claude)

- *Faut-il avoir peur de la Cour européenne des droits de l'homme ?* RRJ 2001-2, p 469.

RIDEAU (Joël)

- *Les garanties juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union Européenne* in *L'Union Européenne et les droits fondamentaux*, LECLERC (Stéphane), AKANDJI-KOMBE (Jean-François), REDOR (Marie-Joëlle) Bruylant, 1999, Bruxelles, p 75.

RINALDI (Fabienne)

- *Les demandes en révision et en réexamen d'une décision pénale définitive*, PA 12 juillet 2001, n°138, p 4.

RITLENG (Dominique)

- *L'institutionnalisation du dialogue : perspectives d'avenir pour la Cour de justice des communautés européenne et pour la Cour européenne des droits de l'homme* in *Le dialogue des juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 211.

RIVERO (Jean)

- *La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées* in *Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, René CASSIN Amicorum Discipulorumque Liber III, Pedone, 1971, Paris, p 311.

RIVIER (Marie-Claire)

- *Contentieux* in *Dictionnaire de la justice*, sous la direction de Loïc CADIET, PUF, 2004, Paris, p 227.

RODRIGUEZ IGLESIAS (Gil Carlos)

- *La recherche d'un droit commun aux Etats membres de l'Union européenne. L'application des principes généraux du droit communautaire. Introduction in Les principes communs d'une justice des Etats membres de l'Union européenne*, Cour de cassation, colloque des 4 et 5 décembre 2000, La documentation française, 2001, Paris, p 219.

ROETS (Damien)

- *L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'Homme*, D 2004, Chronique p 1991.

RONDEAU-RIVIER (Marie- Claire)

- *La Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un traité mis hors jeu*, D 1993, chronique p 203.

ROUCANAS (Emmanuel)

- *Engagements parallèles et contradictoires*, RCADI 1987-VI, p 199.

ROUHETTE (Georges)

- *La procédure civile et la Convention européenne des droits de l'homme in Le Nouveau code de procédure civile 20 ans après*, La Documentation française, 1998, Paris, p 285.

ROUSSEAU (Dominique)

- *Droits fondamentaux in Dictionnaire de la justice* sous la direction de CADIET (Loïc), PUF, 2004, Paris, p 372.

ROUX (François)

- *Le recours supranational, instrument de défense in La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies – les communications individuelles*, colloque des 6 et 7 mars 1995, sous la direction de Frédéric SUDRE, IEDH, 1995, Montpellier, p 149.

RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline)

- *La réception des conventions internationales par le juge français en droit de la famille*, JCP G, I, 3688, p 299.

SAINTE-ROSE (Jerry)

- *Le parquet général de la Cour de cassation « réformé » par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : mythe ou réalité ?* D 2003, point de vue p 1443.

SANDRAS (Catherine)

- *Les lois de validation, le procès en cours et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, RTDH 2002, p 629.

SCHMIDT (Marcus)

- *Portée et suivi des constatations du Comité des droits de l'homme des Nations Unies in La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies – les communications individuelles*, colloque des 6 et 7 mars 1995, sous la direction de Frédéric SUDRE, IEDH, 1995, Montpellier, p 157.

SCHWELB (Ergon)

- *Les institutions principales et dérivées fondées sur la Charte* in *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités, Rédacteur général VASAK (Karel), UNESCO, 1978, Paris.

SEVERIN (Evelyne), JEAMMAUD (Antoine)

- *Concevoir l'espace jurisprudentiel*, RTDCiv. 1993, p 91.

SHELTON (Dinah)

- *Mettre en balance les droits : vers une hiérarchie des normes en droit international des droits de l'homme* in *Classer les droits de l'homme* sous la direction de Emmanuelle BRIBIOSA et Ludovic HENNEBEL, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 153 .

SIMON (Denys)

- *Influences réciproques entre CJCE et CEDH : « je t'aime moi non plus » ?* in *Revue Pouvoirs, Les cours européennes de Luxembourg et Strasbourg*, Le Seuil, Janvier 2001, Paris, p31.
- *Le fondement de l'autonomie du droit communautaire* in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, SFDI, Pedone, 2000, Paris, p 207.

SIMONART (H)

- *Droit à un procès équitable et intervention législative en cours de procédure* in *Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et international*, Mélanges offerts à Silvio Marcus HELMONS, Bruylant, 2003, Bruxelles, p 297.

SOULARD (Christophe)

- *La Cour de cassation et le dialogue des juges* in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Droit et justice n°53, Bruylant, Nemesis, 2004, Bruxelles, p 95.

SOURIAC-ROTSCHILD (Marie-Armelle)

- *Le contrôle de la légalité interne des conventions et accords collectifs*, Droit social 1996, p 395.

SOYER (Jean-Claude)

- *Légitimité supranationale des justices nationale*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 767.
- *Pèlerinage aux sources du droit privé* in *Le droit privé français à la fin du 20^{ème} siècle*, Mélanges offerts à Pierre CATALA, Litec, 2001, Paris, p33.

SPERDUTI (Giuseppe)

- *Sur la notion de droit et obligation de caractère civil dans l'article 6 par. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme* in *Humanité et droit international*, Mélanges en l'honneur de René Jean DUPUY, Pedone, 1991, Paris.

SPIELMANN (Dean)

- *Effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et preuve civile*, RTDH, 2000, p 860.

- *Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention in L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la direction de Frédéric SUDRE, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 133.

STOFFEL-MUNCK (Philippe)

- *L'enfant qui sort de l'ombre, l'adultérin à la lumière des droits de l'homme*, Droit et patrimoine, Mai 2000, n° 82, Doctrine, p 56.

STRUILLOU (Jean-François)

- *L'expropriation contraire aux droits de l'homme ?* Etudes foncières, septembre 1992, n°56, p 34.

SUDRE (Frédéric)

- *A propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité in Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Etudes en l'honneur de Jean-Claude GAUTRON, Pedone, 2004, Paris, p 207.
- *A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme*, JCP G 2001, I 335, p 1365.
- *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Colloque organisé par l'institut de droit européen, Montpellier 2004, Droit et justice n°63, Bruylant, Némésis, 2005, Bruxelles.
- *Droits de l'homme in CARREAU (Dominique), LAGARDE (Paul), SYNVET (Henri), BERNARD (André), Répertoire de droit international*, TI, 1998, n°24.
- *Existe-t-il un ordre public européen ? in Quelle Europe pour les droits de l'homme : La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, Actes du colloque organisé par le CREDHO les 11 et 12 mai 1995, Bruylant, 1996, Bruxelles, p 39.
- *Introduction in Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 7.
- *L'apport du droit international et européen à la protection communautaire des droits fondamentaux in Droit international et droit communautaire : perspectives actuelles*, SFDI, Pedone, 1999, Paris, p 169.
- *L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélange hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 821.
- *L'ordre public européen in L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen des jeudi 11 et vendredi 12 mai 2000, Bruylant, 2001, Bruxelles, p 109.
- *La dimension internationale et européenne des droits et libertés fondamentaux in Droit et libertés fondamentaux*, ouvrage sous la direction de CABRILLAC (Rémy), FRISON-ROCHE (Marie-Anne), REVET (Thierry), 4^{ème} édition, Dalloz, 1997, Paris, p 37.
- *La perméabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux in Pouvoir et liberté : Etudes offertes à Jacques MOURGEON*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 467.
- *La protection des droits sociaux par la Convention européenne des droits de l'homme in Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, colloque des 29,30 et 31 mai 1997, Palma de Majorque, Baléares, Bruylant, 1999, Bruxelles.
- *La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fiction » ?* RTDA 2003, n°55, 755.

- *Le protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives*, RGDIP, 1996, vol 2, p 715.
- *Les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme in Le Ministère public et les exigences du procès équitable*, Droit et justice n°44, Bruylant, Nemesis, 2003, Bruxelles, p 39.

SUPIOT (Alain)

- *La réglementation patronale de l'entreprise*, Droit social 1992, p 215.

SUY (Eric)

- *Droit des traités et droits de l'homme*, in *Völkerrecht als Rechtsordnung internationale Gerichtsbarkeit menschenrechte*, Festschrift für Hermann MOSLER, Springer Verlag, 1983, Berlin – Heidelberg – New York, p 935.

SZABO (Imre)

- *Remarques sur le développement d'un catalogue international des droits de l'homme in René CASSIN Amicorum discipulorumque liber I: Problèmes de la protection internationale des droits de l'homme*, Pedone, 1963, Paris, p 347.

SZYMCZAK (David)

- *L'arrêt pilote : un remède efficace contre l'engorgement du rôle de la Cour européenne des droits de l'homme...à condition de bien lire la notice !* JCP A 2006, 1111, p 661.

TAVERNIER (Paul)

- *L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme*, RTDH 1997 p 379.

TEITGEN (Pierre-Henri)

- *Faites entrer le témoin suivant in Aux sources de la Cour et de la Convention européennes des droits de l'homme*, Collection Voix de la cité, Editions Influences, Bègles, 2000.
- *Faites entrer le témoin suivant*, Ouest France, 1988, p 489.

TEPPE (Sandrine)

- *La Cour de cassation française et la Convention européenne des droits de l'Homme*, Mémoire sous la direction de Christiane ALIBERT, Université Jean Moulin, Lyon 3, 1991.

TEXIER (Philippe)

- *La France et les Pactes des Nations Unies in La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, colloque des 12 et 13 octobre 1989, sous la direction de THIERRY (Hubert) et DECAUX (Emmanuel), Cahiers de la CEDIN, Montchrestien, p 183.
- *La garantie des droits sociaux par le Comité des droits sociaux, économiques et culturels in Juger les droits sociaux*, Colloque organisé par l'association ADEAGE, le 19 octobre 2001, Les chroniques de l'OMIJ n°2, Pulim, 2004, Limoges, p 107.
- *Les droits économiques vont être défendus de la même façon que les droits civils et politiques in Le Monde économie*, mardi 8 mai 2001.

THIERRY (Jean)

- *Doit-on accorder aux enfants adultérins les mêmes droits successoraux qu'aux enfants légitimes ?* D 2000, Chronique, p 157.

THOMAS (Didier)

- *Le concept de procès pénal* in *La sanction du droit*, Mélanges offerts à Pierre COUVRAT, PUF, 2001, Paris, p 401

TIGROUDJA (Hélène)

- *Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux*, RFDA janvier – février 2003, p 154.

TISTOUNET (Eric)

- *Amélioration des procédures conventionnelles des Nations Unies en matière de droits de l'homme*, RUDH, 1995, Doctrine p 145.
- *Rapport sur la nature et les activités du Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, RTDH, 1989, p 50.

TOMASEVSKI (Katarina)

- *Justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels*, Revue de la Commission internationale des juristes, édition spéciale *Droits économiques, sociaux et culturels et le rôle des juristes*, Bangalore, Octobre 1995-Décembre 1995, n°55, p 223.

TOTH (Janos)

- *Les droits de l'homme et la théorie du droit* in René CASSIN, *Amicorum Discipulorumque Liber IV*, IIDH, Pedone, 1972, Paris, p 69.

TOUFFAIT (Adolphe), TUNC (André)

- *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation*, RTDCiv 1974, p 32.

TRICOT (Daniel)

- *L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation* in *La Cour de cassation, l'unité et le droit*, Etudes en l'honneur d'André PONSARD, Litec, 2003, Paris, p 263.
- *L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation*, JCP G. 2004, I, 108, p 225.

TROPER (Michel)

- *Le pouvoir judiciaire et la démocratie* in *Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Volume II, Bruylant, 2004, Bruxelles, p 1571.
- *Réplique à Denys DE BECHILLON* in *L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation*, RRJ 1994-1, p 267.

TULKENS (Françoise)

- *Des passerelles pour l'avenir* in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges hommage à Pierre LAMBERT, Bruylant, 2000, Bruxelles, p 927.

TURP (Daniel)

- *Le contrôle du respect du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mélanges Michel VIRALLY, Pedone, 1990, Paris, p 483.

TURPIN (Fabienne)

- *L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution européenne. Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, RTDeur. 2003, p 615.

VALTICOS (Nicolas)

- *La notion de droits de l'homme en droit international* in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, in Mélanges Michel VIRALLY, Pedone, 1991, Paris, p 484 et 485.
- *Les systèmes de contrôle non judiciaire des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme* in *Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Mélanges offerts à Polys MODINOS, Pedone, 1968, Paris, p 331.
- *Nations, Etats, régions et communauté universelle : niveaux et étapes de la protection des droits de l'homme* in *Humanité et droit international*, Mélanges René-Jean DUPUY, Pedone, 1991, Paris p 339.
- *La protection des droits de l'homme par l'OIT*, RDH, Volume IV.
- *Universalité et relativité des droits de l'homme*, in Mélanges en l'honneur de Louis-Edmond PETTITI, Bruylant, 1998, Bruxelles.

VAN COMPERNOLLE (Jacques)

- *Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts* in *Nouveaux itinéraires en droit*, Hommage à François RIGAUX, Bruylant, 1993, Bruxelles, p 495.

VASAK (Karel)

- *Institutions régionales de promotions et de protection des droits de l'homme ; introduction* in *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, Manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités, Rédacteur général VASAK (Karel), UNESCO, 1978, Paris p 530 et suivantes.
- *Le droit international des droits de l'Homme*, RCADI 1974, volume IV, p 333.

VEGLERIS (Phédon)

- *Préliminaire à la méthodologie des droits de l'homme* in René CASSIN *Amicorum discipulorumque liber*, Tome IV, *Méthodologie des droits de l'homme*, Pedone, 1972, Paris, p 19.

VELU (Jacques)

- *A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : vue de droit comparé sur les évolutions en cours* in *Nouveaux itinéraires en droit*, hommage à François RIGAUX, Bruylant, 1993, Bruxelles, p 527.
- *Les effets directs des engagements internationaux relatifs aux droits de l'homme*, RBDI, 1980, p 293.

VERDIER (Jean-Maurice)

- *En guise de manifeste : le droit du travail, terre d'élection pour les droits de l'homme* in *Les orientations sociales du droit contemporain*, Ecrits en l'honneur du Professeur Jean SAVATIER, PUF, 1992, Paris, p 427.

VERDUSSEN (Marc)

- *La protection des droits fondamentaux en Europe : subsidiarité et circularité* in *Le principe de subsidiarité*, sous la direction de Francis DELPEREE, LGDJ, Bruylant, 2002, Paris, Bruxelles, p 311 et plus spécialement p 315 et suivantes.

VERHOEVEN (Joe)

- *La notion d'applicabilité directe du droit international*, RBDI, 1980, vol II, p 243.

VEROUGSTRAETE (Ivan)

- *La recherche d'un droit commun aux Etats membre de l'union européenne. L'application des principes généraux du droit communautaire. II- L'impact des principes généraux du droit communautaire sur les règles de fond. Situation en Belgique, France et Luxembourg* in *Les principes communs d'une justice des Etats membres de l'Union européenne*, Cour de cassation, colloque des 4 et 5 décembre 2000, La documentation française, 2001, Paris, p 259.

VIENNE (Roger)

- *Les écoutes téléphoniques au regard de la Cour européenne des droits de l'Homme* in *Droit pénal, droit européen*, Mélanges offerts à Georges LEVASSEUR, GP, Litec, 1992, Paris, p 262.

VILLEVIEILLE (J-F)

- *La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme*, AFDI, 1973, p 922.

VIRALLY (Michel)

- *Droits de l'homme et théorie générale du droit international* in René CASSIN, *Amicorum Discipulorumque Liber IV*, IIDH, Pedone, 1972, Paris, p 323.
- *Réflexions sur le jus cogens* in *Le droit international en devenir. Essais écrits aux fils des ans*, PUF, 1990, Paris, p 147.
- *Sur un pont aux ânes : les rapport entre droit international et droit interne*, in *Le droit international en devenir, essais écrits aux fils des ans*, PUF, 1990, Paris, p 103.

VITORINO (Antonio)

- *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Editorial, Revue de droit de l'Union européenne, 2000, n°3, p 499.

VOULET (Jacques)

- *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation*, JCP 1970, I, n°2305.

WAQUET (Philippe)

- *La situation à la Cour de cassation* in *Le Ministère public et les exigences du procès équitable*, Droit et justice n°44, Bruylant, Nemesis, 2003, Bruxelles, p179.
- *Les revirements et la Chambre sociale*, Semaine sociale Lamy, décembre 2004, p 10.

WASCHMAN (Patrick)

- *Les droits civils et politiques* in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Actes des journées d'études à Strasbourg des 16 et 17 juin 2000, sous la direction de Florence BENOIT-ROHMER, RUDH, 15 septembre 2000, Vol 12 n°1-2, p 15.

- *Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme*, in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Pedone, 1998, Paris, p 157.

WATHELET (Melchior)

- *La Charte des droits fondamentaux : un bon pas dans une course qui reste longue*, Editorial, Cahiers de droit européen, 2000, n°5 et 6, p 585.

YOUSOUFI (Abderrahmane)

- *Réflexion sur l'apport de la troisième génération des droits de l'homme* in Karel VASAK amicum liber, *Les droits de l'homme à l'aube du 21^{ème} siècle*, Bruylant, 1998, Bruxelles, p 427.

Avis, Conclusions, Notes, Observations et rapports :

A.D

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 10 janvier 1984, GP 1984, journal n°326-327 du 21-22 novembre 1984, p 702.

ABRAHAM (Ronny)

- *Les effet juridiques, en droit interne, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant*, Conclusions relatives à l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 avril 1997, GIDTI, RFDA, 1997, jurisprudence, p 585.

ADER (Basile)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 4 septembre 2001, Légipresse novembre 2001, n°186, III, Cours et tribunaux, p 183.

AGOSTINI (Eric)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 1^{er} octobre 1986, JCP, Ed° G, 1987, II, n°20895.

ALLAND (Denis)

- note relative à la décision du Conseil d'Etat du 29 juillet 1994, RGDIP, 1993, p 502.
- note relative à la décision du Conseil d'Etat du 10 mars 1995, RGDIP 1995, p 1013.

ANCEL (Bertrand),

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile le 24 novembre 1998, RCDIP 1999, p 91.

ANZANI

- Rapport précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 24 octobre 2003, pourvoi n°07-85.763 (publié au bulletin), disponible sur le site de la Cour de cassation.

ARDEEFF (Isabelle)

- note relative au jugement du Tribunal de Grande Instance de Brive du 30 juin 2000, D 2001, jurisprudence p 27.

ASCENCIO (Hervé)

- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, REINHARDT et SLIMANE-KAÏD contre France du 31 mars 1998, JDI 1999, jurisprudence p 232.

ATIAS (Christian)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 21 mars 2000, D 2000, jurisprudence p 593.
- note relative à l'arrêt de la troisième Chambre civile du 2 octobre 2002, D 2003, jurisprudence p 513.

ATTAL (Michel)

- observations relatives aux arrêts rendus par la première Chambre civile le 24 janvier 2006, JCP G 2006, I 157, p 1390.

AUBERT (Jean-Luc)

- note relative à l'arrêt de la troisième Chambre civile du 17 décembre 1997, D 1998, jurisprudence p 111.
- note relative à l'arrêt de la troisième Chambre civile du 17 décembre 1997, D 1998, jurisprudence p 111.

AUDIT (Bernard)

- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 24 février 1998, D 1999, SC p 290.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 25 juin 1991, D 1992, SC p 163.

AUQUE (Françoise)

- note relative à l'arrêt de la troisième Chambre civile du 12 juin 2003, JCP G 2003, II, 10190.
- note relative à l'arrêt de la troisième Chambre civile du 18 mai 2005, Revue de jurisprudence commerciale, 2005, p 321.

AVENA-ROBARDET (Valérie)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 29 avril 2003, D 2003, Jurisprudence p 1435.

B.A.

- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 9 décembre 2003, RCDIP 2004, p 440.

B.B.

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 25 juin 1996, JCP N, 1996, commentaire n°26, p 17.

BAILLY (Pierre)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 18 mai 1989, D 1990, jurisprudence p 113.
- note relative aux arrêts de la troisième Chambre civile du 11 juin 1987 et de la deuxième Chambre civile du 16 mars 1988, D 1988, jurisprudence p 527.

BARBEROT (Christine)

- *A propos de l'arrêt rendu par la Commission de réexamen le 8 novembre 2001 (Affaire Riccobono)*, Droit pénal mars 2002, Chronique n°8, p 4.
- *Le renvoi pour réexamen : à propos de quatre décisions de renvoi de la Commission de réexamen (Hakkar, Remli, Van Pelt et Omar)*, Droit pénal mai 2002, Chronique n°16, p 7.

BARSI (Guy)

- note relative à l'arrêt de la Chambre commerciale du 9 avril 1996, Revue de jurisprudence commerciale mars 1997, n°3, p 112.

BATIFFOL (Henri)

- note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 14 octobre 1977, RCDIP 1978, p 166.

BEAUNE (Jacques)

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 13 novembre 1989, RSC, 1991, p 93.
- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 13 novembre 1989, RSC janvier-mars 1991, p 93.

BECQUERELLE (Stéphan)

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 7 avril 1993, D 1994, SC p 37.

BEIGNER (Bernard)

- note relative à l'arrêt de la Première chambre civile du 29 janvier 2002, Droit de la famille avril 2002, n°45, p 21.
- note sous l'arrêt de la première Chambre civile du 25 juin 1996, Droit de la Famille, Décembre 1996, p 17.

BENARD (Camille-Marie)

- note relative à l'arrêt de la troisième Chambre civile du 12 juin 2003, D 2004, jurisprudence p 367.

BENHAMOU (Yves)

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre sociale du 13 juillet 1994, JCP G, 1995, II, n°22363, p 17.
- observations relatives aux arrêts de la première Chambre civile du 15 juillet 1993, JCP G, 1994, II, n° 22219, p 83.

BENOIT-ROHMER (Florence)

- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, KRESS contre France du 7 juin 2001, RTDE 2001, p 727.

BERENGER (Frédéric)

- *La fin de l'immunité pour les rapatriés, en marge de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2006*, RTDH 2006, p 885.

BERNARD (Antoine)

- note relative à l'arrêt de la troisième Chambre civile du 7 juin 2001, JCP G 2001, II, n°10629.

- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 14 janvier 1999, Revue droit social, mars 1999, n°3, p 219.

BERNARDEAU (Ludovic)

- *Clauses abusives : l'illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire (à la suite de l'arrêt CJCE, 27 juin 2000, Océano, aff. C-240/98)*, REDC, 2000, p 261.

BIGOT (Christophe)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 12 juillet 2001, D 2002, jurisprudence p 1380.
- note relative aux arrêts de la première Chambre civile du 23 avril 2003, D 2003, jurisprudence p 1854.

BIGOT (Jean-Yves) et DUPEUX (Christophe)

- note relative à l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 4 décembre 1996, D 1997, jurisprudence p 165.

BILLIAU (Marc)

- note relative aux arrêts de l'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, JCP G 2004, II n°10030, p 399.

BLATTER (Jean-Pierre)

- observations relatives aux arrêts de la troisième Chambre civile du 18 février et du 1^{er} avril 2003, AJDI juin 2003, jurisprudence p 412.

BOLLE (Stéphane)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH 28 octobre 1999, ZIELINSKI et PRADAL, GONZALES et autres contre France, RFDA 2000, p 1254.

BON GARCIN (Isabelle)

- observations relatives aux arrêts de la Chambre commerciale du 9 avril et du 18 juin 1996, D 1998, SC p 65.

BONFILS (Jean)

- observations relatives à l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 7 octobre 2004, Droit et patrimoine 2005, jurisprudence et législation, disponible sur le site Lamyline Reflex.

BONFILS (Philippe)

- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 30 septembre 2005, JCP G. II, 10180, p 2380.
- note relative à l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 7 octobre 2004, D 2005, jurisprudence p 122.
- observations relatives à l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 7 octobre 2004, D 2005, jurisprudence p 122.

BONNET (Vincent)

- *L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt Odièvre contre la France du 13 février 2003)*, RTDH 2004, p 405.

BOSSU (Bernard)

- note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 16 avril 2004, RJPF juin 2004, n°6, p 24.

BOUJEKA (Augustin)

- *Les lois de validation sous les fourches caudines de la Convention européenne des droits de l'homme*, note sous Cour EDH 28 octobre 1999, ZIELINSKI et PRADAL, GONZALES et autres contre France, PA 8 juin 2000, p 21.

BOULANGER (François)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 31 janvier 1990, D 1991, jurisprudence p 105.
- note relative aux arrêts de la première Chambre civile du 8 novembre 2005 et du 22 novembre 2005, D 2006, jurisprudence p 554.

BOULOC (Bernard)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 12 novembre 1990, D 1992, jurisprudence p 29.
- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 2 juin 1993, RSC 1994, p 319.

BOUTET (Marc)

- *La liberté d'expression selon l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 19 novembre 1997)*, D 2000, chronique p 27.

BRAUNSCHWEIG (André), DE GOUTTES (Régis)

- *Note à propos des arrêts de 1993 de la 1^{re} Chambre civile sur la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*, GP 1995, II, Doctrine p 878.

BRUNET (Laurence)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 25 juin 1996, D 1998, jurisprudence, p 454.

BUISSON (Jacques)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 1^{er} octobre 1997, Procédures février 1998, commentaire n°44, p 13.
- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, REINHARDT et SLIMANE-KAÏD contre France du 31 mars 1998, Procédures, juillet 1998, Commentaire n°177, p 16.

BURGELIN (Jean-François)

- avis précédant les arrêts de l'Assemblée plénière du 24 janvier 2003, n°497 et 498, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.
- avis précédant les arrêts rendus par l'Assemblée plénière du 6 novembre 1998, D 1999, jurisprudence p 1.
- avis précédant l'arrêt rendu par la Chambre mixte le 9 février 2001, BICC n°531, p 7.

BYC (C.),

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 14 novembre 1995, JDI 1997, p 141.

CACHARD (Olivier)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 9 octobre 2001, JCP G. 2002, II, n°10045, p 551.

CADIET (Loïc)

- observations relatives à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 24 novembre 2000, JCP G. I, n°311, n°3, p 703.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 28 avril 1998, JCP G 1998, I, 173, n°16, p 1855.

CADOU (Eléonore)

- note relative à l'arrêt de la Chambre commerciale du 5 octobre 1999, JCP G. 2000, II, 10255, p 309.

CARON (Christophe)

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre sociale du 2 octobre 2001, D 2002, SC p 2296.

CASEY (Jérôme)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 29 janvier 2002, RJPF mai 2002, n°5, p 14.

CAVARROC (Francis)

- avis précédant l'arrêt de la première Chambre civile du 17 février 2004, n°256, D 2004, jurisprudence p 824.

CERF (Anne)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 6 mai 1997, D 1998, jurisprudence p 223.

CHABERT (Cyril)

- *Un traité bien mieux traité*, note relative aux arrêts de la première Chambre civile du 18 mai 2005 et du 14 juin 2005, JCP G. II, 10115, p 1577.

CHALLE (Bernard)

- conclusions précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 juin 2003, site de la Cour de cassation.

CHAMBON (Pierre)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle, 23 juillet 1985, D 1986, jurisprudence p 61.
- note sous l'arrêt de la Chambre criminelle du 3 février 1993, JCP G, II, n°22197, p 30.
- note sous l'arrêt de la Chambre criminelle du 4 mai 1994, JCP G, II, n°22349, p 431.
- note sous l'arrêt de la Cour de sûreté de l'Etat du 6 mai 1976, JCP 1976, II, 18416

CHAPPERT (André)

- observations relatives relative à l'arrêt de la Chambre commerciale du 29 avril 1997, Répertoire Defrénois 1998, article 36736, p 202.

CHARBONNIER (Lucien),

- conclusions générales précédant l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 3 juillet 1985, D 1986, jurisprudence p 546.

CHARTIER (Yves)

- rapport précédant l'arrêt de la première Chambre civile du 13 décembre 1989, D 1991, jurisprudence p 417.

CHASSAGNARD (Sandrine)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 29 janvier 2002, PA 26 juillet 2002, n°147, p 22.

CHAUVEAU (P.)

- note relative à l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes, 16 juin 1930, D 1931, II, p 9.

CLIQUENNOIS (Martine)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 6 novembre 1997, JCP 1998, II, 10087, p 937.

COEURET (Alain),

- rapport précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 16 avril 2004, pourvoi n°02-30.157, disponible sur le site de la Cour de cassation et au BICC n°600 du 1^{er} juin 2004 ; également publié au Droit social 2004, p 776.

COLLART – DUTILLEUL (François), DERRUPE (Jean),

- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 6 mars 1996, RD immobilier, 1996, p 620.

COLLET ASKRI (Laurence)

- note relative à l'arrêt de la Cour d'appel de Reims 3 février 2000, PA 5 octobre 2000, p 16.

COMMARET (Dominique)

- conclusions précédant l'arrêt de la Chambre criminelle du 4 septembre 2001, JCP G. 2001, II, 10623, p 2108.

COMMARET (Dominique-Noëlle)

- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, MATHERON contre France du 7 décembre 2005, observations RSC avril-juin 2006, p 343.
- avis précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 8 juillet 2005, pourvoi n°99-83.846, disponible sur le site de la Cour de cassation.

CONTE (Philippe)

- note sous l'arrêt de la Chambre criminelle du 5 décembre 2000, JCP G. 2001, II, n°10615, p 2003.

COPART (Isabelle)

- note relative à l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 4 novembre 2004, D 2005, jurisprudence p 696.

COURBE (Patrick),

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 6 juin 1990, RCDIP 1991, p 593.

COURDIER-COURDIER (Anne-Sylvie)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 18 mai 2005, GP du 3 au 5 juillet 2005, p 9.

COURTIN (Christine)

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 11 octobre 2000, D 2001, SC p 1066.

CREDOT (J. Francis), GERARD (Yves),

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre commerciale du 18 juin 1996, Revue droit bancaire et bourse 1996, p 177.

CRÔNE (Richard)

- *La reconnaissance des sociétés étrangère en France, une irritante question qui nécessite une intervention législative*, note sous l'arrêt de la Chambre commerciale du 8 juillet 2003, Répertoire Defrénois 2003, n°17, article 37800, p 1060, n°3.

CROZE

- avis précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 2 décembre 2005, pourvoi n°96-81553 (publié au bulletin), disponible sur le site de la Cour de cassation.
- avis précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 18 janvier 2006, pourvoi n°02-80.787 (publié au bulletin), disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

DAGORNE-LABBE (Yannick)

- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 22 janvier 1998, JCP G 1998, II, n°10 111.

DAMIEN (André)

- note relative à l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux, 27 mars 1987, GP, journal du 11 juillet 1987, semestre 2, p 401.

DAUGAREILH (Isabelle)

- note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 16 avril 2004, RDSS 2004, p 964.

DE FOUCAULD (Anne-Clémence)

- *La suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle* ; note relative à l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 2 juin 2000, JCP G 2001, II, n°10453.

DE GOUTTES (Régis)

- avis précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 16 avril 2004, pourvoi n°02-30.157, disponible sur le site de la Cour de cassation et au BICC n°600 du 1^{er} juin 2004.
- avis précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 24 octobre 2003, pourvoi n°07-85.763 (publié au bulletin), disponible sur le site de la Cour de cassation.
- avis précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 7 avril 2006, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.
- avis précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 juin 2003, site de la Cour de cassation.

- avis précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 2 mars 2001, BICC n°533, 5 avril 2001, p 4.
- avis précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 24 octobre 2003, pourvoi n°97-85.763, site internet de la Cour de cassation.
- avis précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 11 juin 2004, pourvoi n°98-82323 ; BICC 605, 1^{er} octobre 2004.
- avis précédant la décision de la Commission de réexamen, 30 mai 2002, Affaire SLIMANE KAÏD, n°01-RDH 010, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.
- avis précédant les arrêts de l'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, BICC n°594 du 15 mars 2004, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.
- avis précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 16 janvier 2001 BICC du 15 avril 2001, n°533.

DE LAMY (Bertrand)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 6 mars 1996, D 1997, jurisprudence p 167.
- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, MAZURECK contre France, 1^{er} février 2000, Droit de la Famille, février 2000, n°33, p 20.
- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 16 janvier 2001, D 2001, SC p 2346.

DE LAMY (Bertrand), DEUMIER (Pascale)

- *La hiérarchie des normes : une pyramide à géométrie variable*, note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 2 juin 2000, PA 9 octobre 2001, n°201, jurisprudence p 8.

DEBET (Anne)

- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 29 avril 2003, RDC avril 2004, p 453.
- observations relatives à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, RDC juillet 2004, p 791.
- observations relatives à l'arrêt de la Chambre sociale du 17 décembre 2004, RDC juillet 2005, p 871.
- observations relatives à l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 7 octobre 2004, RDC avril 2005, p 472.
- observations relatives à l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 10 mars 2004, RDC octobre 2004, p 1080.
- observations relatives aux arrêts de la Cour EDH, CABOURDIN contre France du 11 avril 2006, VEZON contre France du 18 avril 2006, SAINT ADAN et MILLOT contre France du 2 mai 2006, RDC juillet 2006, p 879.

DECOUX (Alexandra)

- observations relatives à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 16 avril 2004, Revue Lamy Droit civil, 2004, n°6, p 39.

DEFFAINS (N.)

- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH MEFTAH, ABOUD et BOSONI contre France du 10 juillet 2002, Droit pénal 2002, commentaire n°399.

DEFFERRARD (Fabrice), DURTETTE (Vincent)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 18 février 2003, D 2003, commentaire p 1317.

DEKEUVER- DEFOSSEZ (Françoise)

- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 25 juin 1996, D 1997, SC p 275.

DELAMARRE (Gérard)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, LE COMPTE, VAN LEVEN et DE MEYERE, 23 juin 1981, GP 15 décembre 1981, 2^{ème} semestre, jurisprudence p 775.

DELAPIERRE LECLERC (Delphine)

- observations relatives à l'arrêt ODIEVRE contre France, rendu par la Cour EDH le 13 février 2003, JDI 2, 2004, p 696.

DELGUERDE (Jean-Marie), GRAMBLAT (Luc), HERBIERE (Martine)

- note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 5 février 1999, GP 24-25 février 1999.

DEPREZ (Jean)

- note relative aux arrêts de la première Chambre civile du 4 mai 1994 et du 1^{er} juin 1994, RCDIP 1995, p 103.

DERIEUX (Emmanuel)

- note relative aux arrêts de la première Chambre civile du 12 décembre 2000, PA 2 février 2001, n°24, p 14.
- note relative à l'arrêt de la Chambre mixte du 24 novembre 2000 PA, 3 janvier 2001, n°2, p 13.

DERRIDA (Fernand)

- note relative à l'arrêt de la Chambre commerciale du 27 avril 1993, PA 13 juillet 1994, n°83, note, p 44.
- note relative à l'arrêt de la Chambre commerciale du 22 avril 1997, PA 23 février 1998, n°23, p 16.

DERRIDA (François)

- note relative à l'arrêt de la Chambre commerciale 17 mai 1994, D, 1994, jurisprudence p 510.

DEUMIER (Pascal)

- observations relatives aux arrêts de l'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, RTDCiv. 2004, p 598.

DEVAUX (Jean)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 15 décembre 1928, S 1931, I, p 113.

DEVERS (Alain)

- note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 16 avril 2004, Droit de la famille juillet-août 2004, n°135, p 38.

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 29 janvier 2002, D 2002, jurisprudence p 1938

DHOMMEAUX (Jean)

- *Jurisprudence du Comité des droits de l'homme (novembre 1993-juillet 1996)*, AFDI 1996, p 679.
- *Jurisprudence du Comité des droits de l'homme (novembre 1993-juillet 1996)*, AFDI 1996, p 679.

DIBOUT (Patrick)

- note relative aux arrêts de la Chambre commerciale du 15 octobre 1996 et du 21 janvier 1997, JCP G 1997, II, 1002, p 219.

DORSNER-DOLIVET et SCEMAMA

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 26 avril 1983, GP 1983, II, p 600.
- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 26 avril 1983, GP 1983, semestre 2, journal du 8 novembre 1983, n° 310 à 312, p 600.

DOUCET (Jean-Paul)

- note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 24 novembre 1989, GP du 17 février 1990, n°47-48, p 4.

DRAGO (Roland)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, KRESS contre France du 7 juin 2001, D 2001, jurisprudence p 2619.
- note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 30 juin 1995, D 1995, jurisprudence p 513.

DROZ (Georges)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 6 mars 1984, RCDIP 1985, p 108.
- *Variations Pordea (A propos de l'arrêt de la Cour de cassation ; 1^{re} Chambre civile, du 16 mars 1999)*, RCDIP 2000, p 181.

DU RUSQUEC (E.)

- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 22 février 2000, GP 2000, journal n°137 du 16 mai 2000, p 26.

DUBOIS de PRISQUE

- conclusions précédant l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 5 février 1992, GP 1992, 1^{er} semestre, journal n°87 et 88 du 27-28 mars 1992, p 216.

DUBOS (Olivier)

- *L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise (à propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 19 septembre 2000, Etat du Grand-Duché du Luxembourg c/ Consorts Linster)*, RJDA mai-juin 2003, p 568.
- note relative à l'arrêt de la CJCE, WERNER MANGOLD contre RÜDIGER HELM du 22 novembre 2005, C-114/04, *La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives : de l'apostasie à l'hérésie ?* JCP G 2006, II 10107, p 1293.
- note relative à l'arrêt de la CJCE du 3 mai 2005, affaires jointes BERLUSCONI, ADELCHI et MARCELLO DELL'UTRI ET a. JCP G. 2006, II 10020, p 274.

DUBOUIS (Louis)

- *L'ordre des médecins, la Convention européenne des droits de l'homme et le pacte international relatif aux droits civils et politiques*, note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 26 avril 1983, RDSS, 1984, p 49.
- note relative au jugement du Tribunal d'instance de Lisieux du 4 octobre 1982, RDSS, 1984, p 49.

DUCOULOUX-FAVARD (Claude)

- note relative à l'arrêt de la Chambre commerciale du 9 avril 1996, PA 26 juin 1996, n°77, p 29.

DUTHEIL-WAROLIN (Lydie)

- *Le droit à l'information des salariés au sein de l'entreprise, CA Limoges, 12 septembre 2005*, JCP E 2006, n°3, n°1129, p 144.

DUVERT (Cyrille)

- *Article 9 du code civil contre article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme*, note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 6 mars 2001, D 2002, jurisprudence p 248.

EGEA (Vincent)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 18 mai 2005, D 2005, jurisprudence p 1909.

ENCINAS DE MUNAGORRI (Raphaël)

- observations relatives aux arrêts de l'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, RTDCiv. 2004, p 603.

ETIENNE, LIFFRAN

- note relative aux arrêts de l'Assemblée plénière du 22 décembre 2000, BICC n°529, 15 février 2001, p 41.

FAURE (Georges)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999, JCP 2000, n°3, p 77.

FAVRE

- rapport précédant les arrêts de l'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, BICC n°594 du 15 mars 2004, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

FINIELZ

- avis précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 18 janvier 2006, pourvoi n°02-80.787 (publié au bulletin), disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

FLAUSS (Jean-François)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, HIGGINS contre France, du 19 février 1998, AJDA 1998, p 990.
- note relative à l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 2 juin 2000, GP 24-28 décembre 2000, jurisprudence p 7.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH PLA et PUNCERNAU contre Andorre du 13 juillet 2004, AJDA 2004, p 1812.

- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, MARTINIE contre France, du 12 avril 2006, AJDA 2006, Chronique p 1710.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, STEC contre Royaume-Uni du 6 juillet 2005, AJDA 2006, p 1716.
- observations relatives à l'arrêt du Conseil d'Etat Assemblée du 30 octobre 1998, RTDciv. 1999, p 232.

FLIPPO (Françoise)

- conclusions précédant l'arrêt de la première Chambre civile du 21 mai 1990, JCP 1990, II, n°21588.

FOYER (Jacques) et HOLLEAUX (Daniel)

- note relative à l'arrêt de la Chambre mixte du 24 mai 1975, RCDIP 1976, p 347.

FRANCILLON (Jacques)

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 14 février 2006, RSC juillet-septembre 2006, p 625.

FRICERO (Natalie)

- observations relatives à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 24 novembre 2000, D 2001, SC p 1067.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, SLIMANE-KAÏD contre France du 25 janvier 2000, D 2000, SC p 186.

FRIOCOURT (Michel) et MONGIN (Bernard)

- note relative aux arrêts de l'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, RTDH 2004, p 461.

FROUIN (Jean-Yves), MATHIEU (Bertrand)

- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 24 février 2001, RFDA 2001, p 1055.

FRYDMAN (Patrick)

- conclusions précédant l'arrêt du Conseil d'Etat Assemblée du 20 octobre 1989, RCDIP 1990, p 125.
- conclusions précédant l'avis du Conseil d'Etat du 15 octobre 1995, RFDA 1994, p 553.

FULCHIRON (Hugues)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 22 février 2000, RCDIP 2000, p 681.
- note relative à l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 14 mars 2002, JCP G 2002, II, n°10095, p 1038.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 11 mars 1997, JCP G. 1998, I, 101, n°3, p 20.

GALLMEISTER (I.)

- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 7 avril 2006, D 2006, IR p 1065.

GALLOUX (J-C)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 19 novembre 1997, D 1998, jurisprudence p 613.

GANNAGE (Léna)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 3 juillet 2001, RCDIP 2001, p 704.

GARAUD (Eric)

- *La liberté religieuse du locataire : une donnée normalement extérieure au contrat de bail mais incorporable à celui-ci*, note relative à l'arrêt de la troisième Chambre civile, 18 décembre 2002, RJPF avril 2003, n°4, p 9.
- note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 5 février 1999, JCP E. 1999, p 957.
- note relative à l'arrêt de la Chambre commerciale du 1^{er} décembre 1998, JCP E 1999, II, 10057, p 589.
- note relative à l'arrêt de la troisième Chambre civile du 22 mars 2006, PA du 26 juin 2006, p 18.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH LECARPENTIER contre France, du 14 février 2006, PA 3 mai 2006, p 12.

GARRE (Thierry)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, B. contre France du 25 mars 1992, JCP G, 1992, II, 21955.

GAUMONT-PRAT (Hélène)

- *La réforme du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat et l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 février 2003*, Droit de la famille mai 2003, chronique n°14, p 4.

GAUTHIER (Catherine)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH SLIMANE-KAÏD contre France du 27 novembre 2003, JCP Administrations et collectivités territoriales 2004, Europe n°1122, p 241.

GAUTHIER (Pierre-Yves)

- note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, *Rétroactivité des lois et révision du loyer commercial : la Cour de cassation fête le bicentenaire du code civil*, D 2004, jurisprudence p 1108.
- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 2 octobre 2001, D 2001, jurisprudence p 3148
- note relative à l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 6 février 2003, D 2003, jurisprudence p 720.

GAVALDA (Christian)

- note relative aux arrêts de la première Chambre civile du 28 novembre 1984, D. 1985, Jurisprudence p 313.

GEOFFROY et DESGUE

- note relative à l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes, 16 mars 1993, D 1995, jurisprudence p 113.

GERMAIN (Michel), FRISON-ROCHE (Marie-Anne)

- observations relatives à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 5 février 1999, Revue droit bancaire et bourse 1999, p 32.

GIRAULT (Carole)

- observations relatives aux arrêts de l'Assemblée plénière du 8 juillet 2005, AJDPénal octobre 2005, n°10, jurisprudence p 374.

GONZALES (Gérard)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH 28 octobre 1999, ZIELINSKI et PRADAL, GONZALES et autres contre France, RDP 2000, p 716.

GOURIO (Alain)

- note relative aux arrêts de la Première chambre civile du 20 juin 2000, JCP G, II, n°10454, p 77.

GOUTTEMOIRE-CORNUT (Adeline)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, MAZURECK contre France du 1^{er} février 2000, JCP G, II, 10286, p 643.
- note relative aux arrêts de la première Chambre civile du 24 janvier 2006, JCP G. 2006, II, 10062, p 800.
- note relative à la décision du Conseil d'Etat du 22 septembre 1997, JCP G 1998, II, 10052, p 605.
- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, GOODWIN contre Royaume-Uni du 11 juillet 2002, Droit de la famille novembre 2002, commentaire n°133, p 26.

GOUTTENOIRE-CORNUT (Adeline) et SUDRE (Frédéric)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, ODIEVRE contre France du 13 février 2003, JCP G 2003, II, 10049, p 561.

GRANET-LAMBRECHTS (Frédérique) et STRICKLER (Yves)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 18 mai 2005, JCP G. 2005, II, 10081, p 1183.

GRANIER (Albert)

- observations relatives aux arrêts de la Chambre commerciale du 17 mars 2004, Droit et patrimoine octobre 2004, n°130.

GUERIN (Olivier)

- avis précédant l'arrêt de la troisième Chambre civile du 18 décembre 2002, AJDI mars 2003, jurisprudence p 182.

GUILLEY-FRIANT (Séverine)

- observations relatives aux arrêts de l'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, Revue des loyers et fermages 2004, n°845, p 150.

GUINCHARD (Serge) et MOUSSA (Tony)

- observations relatives à l'arrêt de la troisième Chambre civile du 11 juin 1987, 1^{er} semestre, note de jurisprudence p 36.
- observations relatives à l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 3 juillet 1985, GP 1986, I, SC p. 88.

GUIOMARD (P.)

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre sociale du 17 décembre 2004, D 2005, IR p 110.

GUITTET (Flavie)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 7 avril 2006, GP 3 au 5 septembre 2006, jurisprudence p 22.

GULPHE

- conclusions précédant l'arrêt de la première Chambre civile du 10 janvier 1984, JCP G. 1984, II, n°20210, p 27.

H.C

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, ANNONI DI GUSSOLA et autres contre France du 14 novembre 2000, Procédures février 2001, commentaire n°41, p 15.

HAMON (Léo)

- note relative à la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975, D 1975, p 10.

HAQUET (Arnaud)

- note relative à l'arrêt de la CJCE du 11 janvier 2000, Droit administratif 2000, commentaire n°37, p 22.

HARICHAUX (Michèle)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, BELLET contre France du 4 décembre 1995, JCP G. 1996, II, n°22648.

HAUSER (Jean)

- observations relatives à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 11 décembre 1992, RTDciv. 1993, p 97, n° 2.
- observations relatives à l'arrêt de la Chambre sociale du 2 octobre 2001, RTDCiv. 2002, p 72.
- observations relatives à l'arrêt de la Chambre sociale du 26 novembre 2002, RTDCiv. 2003, p 58.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH ODIEVRE contre France du 13 février 2003, RTDCiv. 2003, p 276.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, MAZUREK contre France du 1^{er} février 2000, RTDCiv. 2000, p 311.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 6 mars 1996, RTDciv. 1996, p 580.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 24 octobre 2000, RTDCiv. 2001, p 126.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 21 mai 1990, RTDciv. 1991, p 289.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 25 juin 1996, RTDciv. 1996, p 873.

HAUTEFORT (Marie)

- *Une filature constitue un moyen de preuve illicite*, note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 26 novembre 2002, Jurisprudence sociale Lamy 2002, n°114-2, disponible sur le site Lamyline Reflex.

HOSTIOU (René)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH YVON contre France du 24 avril 2003, D 2003, jurisprudence p 2456.
- note relative à l'arrêt de la troisième Chambre civile du 29 mai 2002, AJDI 2002, p 702.
- note relative à l'arrêt de la troisième Chambre civile du 2 juillet 2003, AJDI septembre 2003, jurisprudence p 600.

HUET (André)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 16 mars 1999, JDI 1999, p 773.

HUET WEILLER (Dominique)

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre sociale du 13 juillet 1994, RTDCiv. 1991, p 522.

HUGON (Christine)

- observations relatives l'arrêt de la Cour EDH, ANNONI DI GUSSOLA et autres contre France du 14 novembre 2000, La revue des huissiers de justice, 2001, n°3, jurisprudence p 168.

J. J.

- observations relatives aux arrêts de la deuxième chambre civile du 6 mai 1999, Procédures 1999, commentaires n° 201, p 11.

JEAMMAUD (Antoine)

- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 18 janvier 1989, D 1989, jurisprudence p 320.

JEANDIDIER (Wilfrid)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 15 mai 1990, JCP G. 1990, II, 21541.

JEANNENEY (Pierre-Alain)

- conclusions précédant l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 septembre 1984, AJDA 1984, jurisprudence p 695.

JEOL (Michel)

- conclusions précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 30 juin 1995, D 1995, jurisprudence p 513.
- conclusions précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière 11 décembre 1992, JCP G 1993, II, 21991.

JOURDAIN (Patrice)

- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 9 juillet 1996, RTDCiv. 1997, p 146, n°5.

JULIEN-LAFERRIERE (François)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 15 novembre 1989, JDI, 1990, Vol II, p 611.

JULIEN (Mathilde)

- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 25 juin 2003, D 2004, p 1761.

JUNOSKA ZDROJEWKI (Georges)

- note relative à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 février 1980, GP 1980, Jurisprudence p 697.

KAHN (Philippe)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 3 juillet 2001, JDI 2002, p 181.
- note relative aux arrêts de la première Chambre civile du 13 décembre 1994 et du 31 janvier 1995, JDI 1995, 343.

KAUFF-GAZIN (Fabienne)

- observations relatives à l'arrêt de la CJCE MARIA PUPINO, du 16 juin 2005, C-105/03, Europe 2005, n°8-9, n°274, p 10.

KESSLER (Guillaume)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 14 février 2006, D 2006, jurisprudence p 1029.

KHAIRALLAH (Georges)

- note relative à l'arrêt de la Chambre commerciale du 8 juillet 2003, D 2004, jurisprudence p 692.
- note relative aux arrêts de la Chambre commerciale du 5 décembre 1989, de la Chambre criminelle du 12 novembre 1990, de la première Chambre civile du 25 juin 1991, RCDIP 1991, p 667.

KHERIG (Stanislas)

- avis précédant l'arrêt de la Chambre sociale du 24 avril 2001, Droit social 2001, p 583.
- avis précédant les arrêts rendus par la Chambre sociale le 10 juillet 2002, BICC n°562 du 15 septembre 2002.
- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 5 décembre 1978, DS 1979, jurisprudence p 50.

KIDALO ADOM (Jules)

- *Les validations législatives et le contrôle judiciaire de l'opportunité de la loi*, note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 24 février 2001, D 2001, jurisprudence p 2445.

KISSANGOULA (Justin)

- note relative à l'arrêt du Conseil d'Etat Assemblée du 11 juillet 2001, RTDH 2003, p 1043.

KLÖTGEN (Paul)

- note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 16 avril 2004, RGDIP 2005, p 47.

KOERING-JOULIN (Renée)

- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, POITRIMOL contre France du 23 novembre 1993, RSC 1994, p 370.

KUTY (Franklin)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 21 octobre 1999, RTDH 2000, p 147.

LABEE (Xavier)

- note relative au jugement du Tribunal de Grande Instance de Lille du 28 juillet 1997, D 1998, jurisprudence, p 213.

LAFORTUNE (Maurice)

- avis relatif à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 5 février 1999, GP 24-25 février 1999.
- conclusions précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 24 novembre 2000, BICC du 15 janvier 2001, p 25.
- conclusions précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 24 novembre 2000, GP vendredi 12, samedi 13 janvier 2001, jurisprudence p 9.

LAGARDE (Paul)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 29 mai 1985, RCDIP 1985, p 629.
- note relative à l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 octobre 1989, RCDIP 1990, p 125.
- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 16 février 1994, RCDIP 1995, p 51.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 10 mars 1993, RCDIP, 1993, p 449.

LAMARQUE (Jean)

- note relative à l'arrêt de la Chambre commerciale du 20 novembre 2001, RFDA 2002, p 791.
- observations relatives relative à l'arrêt de la Chambre commerciale du 29 avril 1997, RGP 1998, p 126.

LAMBERT-FAIVRE (Yvonne)

- note relative à l'arrêt de la Première chambre civile du 9 juillet 1996, D 1996, jurisprudence p 610.

LAPEROU-SCHENEIDER (Béatrice)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 16 mai 2001, D 2002, jurisprudence p 31.

LARRIBAU-TERNEYRE

- note relative à l'arrêt de la Cour d'Appel de Pau du 12 décembre 1994, D 1995, jurisprudence p 544.

LASSALLE (Jean-Yves)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 6 mai 1997, JCP G 1998, II, 10056.

LAURANS

- rapport précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 8 juillet 2005, pourvoi n°99-83.846, disponible sur le site de la Cour de cassation.

- rapport précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 8 juillet 2005, pourvoi n°97-83.023, disponible sur le site de la Cour de cassation.

LAVRIC (Sabrina), ROYER (Guillaume)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 15 septembre 2004, D 2005, jurisprudence p 1138.

LE GUNEHEC (Francis)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 29 janvier 2002, JCP G 2002, I, 178, p 1953.

LECUYER (Hervé)

- note relative à l'arrêt du Conseil d'Etat du 4 mai 2001, Droit et famille juillet 2001, n°68, p 16.

LEFEBVRE (José)

- note relative aux décisions de la Commission de réexamen HAKKAR du 30 novembre 2000 et VOISINE du 15 février 2001, JCP G 2001, 10642.

LEFEUVRE (Claudia)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 25 mai 2004, JCP G 2005, II, 10032.

LEPAGE (Agathe)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 4 septembre 2001, JCP G. 2001, II, 10623, p 2108.

LEQUETTE (Yves)

- note relative à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 juin 1994, RCDIP 1995, p 308.
- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 16 juillet 1998, RCDIP 1999, p 509.

LHERNOULD (Jean-Philippe)

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre sociale du 24 février 2001, Droit social 2001, p 723.

LIBCHABER (Rémy)

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 4 septembre 2001, RTDCiv. 2002, p 186.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH CHEVROL contre France, du 12 février 2003, RTDCiv. 2003, note p 572.
- *Pour un contrôle judiciaire de la ratification des traités internationaux, Civ. 1^{re}, 29 mai 2001*, RTDCiv.2001, p 706.
- *La vision du monde de la Cour de cassation*, observations relatives à l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 2 juin 2000, RTDciv. 2000, p 672.

LIBERI (Yannick)

- « *Variation immatérielle* » de l'application de l'article L.120-2 du code du travail (Commentaire de l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 17 mai 2005, Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2005, Chronique, site Lamyline reflex.

LIEVREMONT (Christophe)

- note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 2 mars 2001, JCP G 2001, II, n°10611.

LIFFRAN (Hubert)

- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 17 décembre 1998, *Les tribunaux du contentieux de l'incapacité et l'article 6,§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Droit social 1999, p 158.

LOMBARD (Martine)

- note relative aux arrêts de la première Chambre civile du 28 novembre 1984, JCP 1986, II, n°20600.

LUCAS (M.)

- conclusions précédant l'arrêt de la Chambre mixte du 24 novembre 2000, BICC 15 janvier 2001, n°527, p 12.

LYON-CAEN (Gérard)

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre sociale du 2 octobre 2001, *Semaine sociale Lamy*, 2001, n°1046-6, site Lamyline reflex.

LYON-CAEN (Pierre)

- conclusions précédant l'arrêt de la Chambre sociale du 17 décembre 1998, *Droit ouvrier* 1999, p 141.
- avis précédant les arrêts de l'Assemblée plénière du 22 décembre 2000, BICC, n°529, 15 février 2001, p 32.

MAGNIER (Véronique)

- observations relatives à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 5 février 1999, JCP 2000, I, 252, p 1595.

MALAURIE (Philippe)

- *La Cour européenne des droits de l'homme et le « droit » de connaître ses origines, l'affaire Odièvre*, JCP G 2003, I, 120, p 545.
- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 25 juin 1996, JCP G, 1997, II, n°22834.

MARAIS (Astrid)

- observations relatives à l'arrêt de la troisième Chambre civile du 12 juin 2003, RDC avril 2004, p 465.
- observations relatives à l'arrêt de la troisième Chambre civile du 18 décembre 2002, RDC octobre 2003, p 220.

MARGUENAUD (Jean-Pierre)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, VOISINE contre France du 8 février 2000, RTDH 2001, p 825.
- note sous l'arrêt de la Cour EDH KROMBACH contre France, du 13 février 2001, D 2001, jurisprudence p 3302.
- observations relatives à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 juin 1997, RTDCiv. 1998, p 518.

- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, HIGGINS contre France, du 19 février 1998, RTDCiv. 1998, p 516.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, F.E contre France du 30 octobre 1998, RTDCiv. 1999, p 490.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 25 juin 1996, RTDCiv. 1997, p 542.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, MAZUREK contre France du 1^{er} février 2000, RTDCiv. 2000, p 429, n°1.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, ZIELINSKI et PRADAL, GONZALES et autres contre France 28 octobre 1999 et de la Cour d'appel de Limoges du 13 mars 2000, RTDCiv. 2000, p 436.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 29 janvier 2002, RTDCiv. 2002, p 865.
- observations relatives à l'arrêt de la troisième Chambre civile, 18 décembre 2002, RTDCiv. 2003, p 383.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, DULAURANS contre France du 21 mars 2000, RTDCiv 2000, p 439.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, REINHARDT et SLIMANE-KAÏD contre France du 31 mars 1998, RTDCiv. 1998, p 511.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 24 février 1998, RTDCiv. 1998, p 520.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH ODIEVRE contre France du 13 février 2003, RTDCiv. 2003, p 375.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH VAN KÜCK contre Allemagne, du 12 juin 2003, RTDCiv. 2004, p 361.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH PLA et PUNCERNAU contre Andorre du 13 juillet 2004, RTDCiv. 2004, p 804.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, THLIMEMMENOS contre Grèce du 6 avril 2000, RTDCiv. 2000, p 434.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, LAMBERT contre France, du 24 août 1998, RTDCiv. 1998, p 995.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, KARNER contre Autriche du 24 juillet 2003, RTDCiv 2003, p 764.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH MERGER et CROS contre France du 22 décembre 2004, RTDCiv. 2005, p 335.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH LECARPENTIER contre France, du 14 février 2006, RTDCiv. 2006, p 261.
- observations relatives à la Constatation du CDH Francis HOPU et Tepoaitu BESSERT contre France du 29 juillet 1997 RTDCiv. 1998, p 1012.
- observations relatives au jugement du Tribunal de Grande Instance de Saintes du 21 février 1997, RTDCiv. 1998, p 521.
- observations relatives aux arrêts de la première Chambre civile du 1^{er} juin 1994 et du 31 janvier 1995, RTDCiv. 1996, 514.
- observations relatives aux arrêts de la première Chambre civile du 17 février 2004, RTDCiv. 2004, p 367.
- observations relatives aux arrêts de la première Chambre civile du 24 janvier 2006 et du 21 février 2006 et du Conseil d'Etat du 24 février 2006, RTDCiv. 2006, p 263.
- observations relatives aux arrêts de la Cour EDH, DRAON contre France et MAURICE contre France, du 6 octobre 2005, RTDCiv 2005, p 744.

- observations relatives l'arrêt de la Cour EDH, ANNONI DI GUSSOLA et autres contre France du 14 novembre 2000, RTDCiv. 2001, p 445.

MARGUENAUD (Jean-Pierre) et MOULY (Jean)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, GAYGUZUZ contre Autriche du 16 septembre 1996, D 1998, jurisprudence p 438.
- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 14 janvier 1999, D 1999, jurisprudence p 334.
- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, PETROVIC contre Autriche du 27 mars 1998, D 1999, jurisprudence p 149.

MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST (Anne)

- observations relatives à l'arrêt de radiation rendu par la Cour EDH le 8 novembre 2005, JCP G 2006, I 157, p 1391.

MARON (Albert)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 21 février 1996, Droit pénal 1996, n°122, p 17.
- note relative aux arrêts de l'Assemblée plénière du 8 juillet 2005, Droit pénal octobre 2005, commentaire 153, p 25.
- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle, 8 mars 1995, Droit pénal 1995, commentaire n°116.
- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999, Droit pénal 1999, commentaire n°156.
- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999, JCP G, I n°207, p 299.
- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 16 mai 2001, D 2001, IR p 2088.
- observations relatives aux arrêts de la Chambre criminelle du 16 mai 2001 et du 23 janvier 2001, Droit pénal 2001, n°109.
- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 24 novembre 1999, Droit pénal 2000, n°52, p 22.

MASSE (Michel)

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 25 janvier 1988, RSC 1989, p 125.

MASSIAS (Florence)

- observations relatives aux arrêts de la Cour EDH du 23 mai 2000, VAN PELT contre France et du 13 février 2001, KROMBACH contre France, RSC 2001, p 429.

MASSIP (Jacques)

- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, MAZUREK c/ France, du 1^{er} février 2000, Defrénois 2000, p 654.
- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 10 mars 1993, D 1993, jurisprudence p 361.
- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 1^{er} juin 1994, D 1995, jurisprudence p 263.
- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 3 octobre 2000, PA, 2 février 2001, n°24, p 19.

- note relative aux arrêts de la première Chambre civile du 18 mai 2005 et du 14 juin 2005, Répertoire Defrénois 2005, article 38230, p 1418.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 29 janvier 2002, Defrénois 2002, p 692.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 31 janvier 1990, Répertoire Defrénois 1990, p 961.
- rapport précédant l'arrêt de la première Chambre civile du 21 mai 1990, JCP 1990, II, n°21588.
- rapport précédant l'arrêt de la première Chambre civile du 13 décembre 1989, D 1990, jurisprudence p 273.

MATHIEU (Bertrand)

- *La Cour de cassation et le législateur ou comment avoir le dernier mot, à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 23 janvier 2004*, RFDA 2004, article p 224.
- *Une jurisprudence qui pêche par excès de timidité, observations sous les décisions de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation du 20 juin 2000* ; RFDA 2000, p 1201.

MATHIEU (Bertrand), VERPEAUX (Michel)

- *Le régime électoral en Nouvelle-Calédonie entre arrangements constitutionnels et exigences conventionnelles*, note relative à l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 2 juin 2000, D 2000, jurisprudence p 865.

MATSOPOULOU (Haritini)

- note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 5 février 1999, JCP G. 1999, II, 10060.

MATTER (Paul)

- conclusions précédant l'arrêt de la Chambre civile du 22 décembre 1931, S 1932, I, p 257.

MAYER (Danièle)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle 6 mars 1986, D 1986, jurisprudence p 315.

MAZARS

- rapport précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 2 mars 2001, BICC n°533, 5 avril 2001, p 11.
- rapport précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 11 juin 2004, pourvoi n°98-82323 ; BICC 605, 1^{er} octobre 2004.

MAZEAUD (Denis)

- observations relatives à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 juin 1997, D 1998, SC, p 204.

MELINSON (David)

- *Mulholland drive, deuxième virage et sortie de route*, Lamy droit de l'information et des réseaux, 2006, Chronique relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 28 février 2006, disponible sur le site Lamyline Reflex.

MEMETEAU (Gérard)

- note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 11 décembre 1992, JCP G 1993, II, 21991.

MENJUCQ (Michel)

- note relative à l'arrêt de la Chambre commerciale du 8 juillet 2003, Bulletin Joly sociétés, novembre 2003, § 243, p 1179.

MERLIN (Jean)

- rapport précédant les arrêts de l'Assemblée plénière du 24 janvier 2003, n°497 et 498, disponible sur le site internet de la Cour de cassation ; Droit social 2003, p 373.

MESTRE (Jacques)

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre sociale du 12 janvier 1999, RTDCiv. 1999, p 395.

MESTRE (Jacques), FAGES (Bertrand)

- observations relatives à l'arrêt de la troisième Chambre civile, 18 décembre 2002, RJPF avril 2003, RTDCiv. 2003, p 290.
- observations relatives à l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 7 octobre 2004, RTDCiv. 2005, p 135.
- observations relatives à l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 10 mars 2004, RTDCiv. 2005, p 133.
- observations relatives aux arrêts de la Chambre commerciale du 5 octobre 2004 et de la deuxième Chambre civile du 7 octobre 2004, RTDCiv. 2005, p 135.

MEYZEAUD-GARAUD (Marie-Christine)

- *Répudiation musulmane : la Cour de cassation renoue avec le principe européen d'égalité entre époux (à propos des arrêts de la première chambre civile du 17 février 2004)*, RJPF mai 2004, n°5, p 6.

MOLFESSIS (Nicolas)

- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 9 octobre 2001, RTDCiv. 2002, p 176.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 21 mars 2000, RTDCiv. 2000, p 666.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 27 novembre 1997, RTDCiv. 1998, p 210.
- observations relatives à la décision du Conseil Constitutionnel du 15 mars 1999, RTDCiv. 1999, p 724.
- observations relatives aux arrêts de la première Chambre civile du 20 juin 2000, RTDCiv. 2000 p 670.
- observations relatives aux arrêts de la troisième Chambre civile du 27 février 2002, RTDCiv. 2002, p 599.

MONEGER (Françoise)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 16 septembre 1997, RDSS 1998, p 400.
- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 6 avril 2004, RDSS 2004, p 691.
- note relative au jugement du Tribunal de Grande Instance de Rennes du 13 juin 1994, RDSS 1994, p 503.
- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 19 octobre 1999, JDI, 2000, 3, p 737.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 3 octobre 2000, RDSS, janvier-mars 2001, p 151, n°10.

- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH ODIEVRE contre France du 13 février 2003, RDSS avril-juin 2003, p 219.
- observations relatives aux arrêts de la première Chambre civile du 17 février 2004, Droit et patrimoine avril 2004, n°125, p 124.
- observations relatives aux arrêts de la première Chambre civile du 3 et du 12 juillet 2001, Droit et patrimoine octobre 2001, n°97, p 116.
- *Point de vue sur la question de l'applicabilité directe de la convention des droits de l'enfant*, note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 10 mars 1993, RDSS, 1993, p 533.

MONEGER (Joël)

- note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, JCP E 2004, jurisprudence n°514, p 567.

MONNET (Yves)

- conclusions précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 14 juin 1996, JCP G II, n°22692, p 356.

MONTEILLET (Inès)

- note relative à la décision de la Commission de réexamen du 30 novembre 2000, affaire HAKKAR, GP dimanche 25 au mardi 27 mars 2001, jurisprudence p 438.

MOREAU (Marie-Ange)

- observations relatives à l'arrêt de la CJCE STOECKEL du 25 juillet 1991, Droit social 1995, p 174.

MORVAN (Patrick)

- Commentaire relatif à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 octobre 2006, La semaine juridique sociale, 31 octobre 2006 n°44, p 1876.

MOULY (Jean), MARGUENAUD (Jean-Pierre)

- *Vie privée des salariés handicapés et information du comité d'entreprise : contresens sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, note relative à l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 10 juin 2004, D 2005, jurisprudence p 469.

MOUTON

- avis précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 8 juillet 2005, pourvoi n°97-83.023, disponible sur le site de la Cour de cassation.

MUIR WATT (Horatia)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 3 décembre 1996, RCDIP 1997, p 328.
- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 14 novembre 1995, RCDIP 1996, p 377.
- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 31 janvier 1990, JCP G 1990, II, 21635.
- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 1^{er} juillet 1997, RCDIP 1998, p 292.
- note relative à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 10 juin 1997, RCDIP 1997, p 705.

MURAT (Pierre)

- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, ODIEVRE contre France du 13 février 2003, Droit de la famille mai 2003, Commentaire n°58, p 23.

N.F

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, ZIELINSKI et PRADAL, GONZALES et autres contre France du 28 octobre 1999, Procédures 2000, commentaire n°94.

NADAUD (Marion)

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre commerciale du 8 juillet 2003, JCP G. 2004, I n°11, p 283.

NEIRINCK (Claire), MARTIN (Pierre-Marie)

- *Un traité bien maltraité. A propos de l'arrêt Le Jeune (Cass. Civ. 1^{re}, 10 mars 1993)*, JCP G, 1993, I, 3677.

NGUYEN VAN (Tuong)

- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 6 mars 1996 JCP G. 1997, II 22764.

NIBOYET (Marie-Laure)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 11 mars 1997, D 1997, jurisprudence p 400.
- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 3 juillet 2001, D 2001, jurisprudence p 3378.
- note relative aux arrêts de la première Chambre civile du 17 février 2004, GP du 25 et 26 février 2004, Flash de jurisprudence p 567.
- observations relatives au jugement du Tribunal de Grande Instance de Saintes du 21 février 1997, D 1999, SC p 23.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH du 8 novembre 2005, GP 25 février 2006, n°56, p 16.

NIVOSE (Jean-Luc)

- rapport précédant l'arrêt de la Chambre criminelle du 7 avril 1993, Droit pénal juin 1993, p 1.

NIVOSE (Luc-Michel)

- rapport précédant l'arrêt de la chambre criminelle du 7 avril 1993 », Droit pénal, Juin 1993, Chronique 27, p 1.

NOCQUET

- rapport précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 2 décembre 2005, pourvoi n°96-81553 (publié au bulletin), disponible sur le site de la Cour de cassation.

NORMAND (Jacques)

- observations relatives à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 24 novembre 2000, RTDCiv. 2001, p 192.
- observations relatives aux arrêts de la deuxième Chambre civile du 6 mai 1999, RTDCiv. 1999, n°3, p 685.

- observations relatives à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 novembre 1998, RTDCiv. 1999, p 193.
- observations relatives à l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 5 mai 1993, RTDCiv. 1993, p 876.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 30 mai 2000, RTDCiv. 2000, p 619.
- observations relatives à l'arrêt de la Chambre sociale du 17 décembre 1998, RTDciv. 2000, p 622 (B).

PANNIER (Jean)

- observations relatives aux arrêts de la Chambre criminelle du 21 mai 1992, D 1993, SC, p 77.
- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 25 janvier 1988, JCP G 1989, II, n° 21174.
- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 23 janvier 1989, D 1991, SC, p 174.

PARICARD-PIOUX (Sophie)

- *Loi de validation : l'Assemblée plénière se prononce...et ne convainc pas*, note relative aux arrêts de l'Assemblée plénière du 24 janvier 2003, D 2003, jurisprudence p 1648.

PASCAL

- rapport précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 7 avril 2006, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

PATARIN (Jean)

- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, MAZUREK contre France du 1^{er} février 2000, RTDCiv. 2000, p 601.

PELTIER (Frédéric), DE VAUPLANE (Hubert)

- note relative à l'arrêt de la Chambre commerciale du 18 juin 1996, Revue banque et droit, juillet- août 1996, p 34.

PENNEAU (Jean)

- note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 7 novembre 1986, JCP, 1987, II, 20750.

PERDRIAU (André)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, DULAURANS contre France, du 21 mars 2000, JCP G, II n°10344, p 1254.

PERROT (Jacques)

- observations relatives à l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 24 novembre 2000, RTDciv. 2001, p 204, n°3.

PERROT (Roger)

- observations relatives aux arrêts de la deuxième Chambre civile du 6 mai 1999, RTDCiv. 1999, n°3, p 704.
- observations relatives à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 novembre 1998, RTDCiv. 1999, p 183.

- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 28 avril 1998, RTDCiv. 1998, p 744.
- observations relatives à l'arrêt de la troisième Chambre civile du 8 octobre 2003, RTDCiv. 2004, p 137.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour d'appel de Limoges du 13 mars 2000, RTDCiv. 2000, p 629.
- observations relatives aux arrêts de l'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, Procédures mars 2004, commentaire n°49.
- observations relatives aux arrêts de la deuxième Chambre civile du 5 février 1997, RTDCiv. 1997, p 513.
- observations relatives aux arrêts de l'Assemblée plénière du 6 novembre 1998, RTDCiv. 1999, p 193.

PETIT (Cécile)

- conclusions précédant l'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 14 juin 2005, JCP G. 2005, II, 10115, p 1573.

PETIT (Françoise)

- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 2 octobre 2001, PA 19 mars 2002, p 13.

PETTITI (Christophe)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, DULAURANS contre France du 21 mars 2000, GP dimanche 23 au mardi 25 septembre 2001, jurisprudence p 1504.

PETTITI (Louis-Edmond)

- note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière B. contre France du 11 décembre 1992, RTDH 1993, p 483.

PICCA (Georges)

- conclusions précédant l'arrêt de la Chambre sociale du 7 décembre 1988, Droit social, mars 1989, n°3, p 246.
- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 2 octobre 2001, PA 10 décembre 2001, p 6.

PICCA (Georges), SAURET (Alain)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, SLIMANE-KAÏD contre France du 25 janvier 2000, PA 11 août 2000, n°160, p 6.

PICQUET CABRILLAC (Sabine)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile 25 juin 1996, PA, 29 janvier 1997, n°13, p 25.

PIEDELIEVRE (Stéphane)

- note relative aux arrêts de la première Chambre civile du 20 juin 2000, JCP E, jurisprudence p 1663.

PILLEBOUT (Jean-François)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 10 décembre 1985, JCP G. 1987, II, n°20749.
- note relative à première Chambre civile du 10 décembre 1985, JCP N. 1987, II, p 7.

PM

- note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 5 février 1999, PA 10 février 1999, n°29, p 3.

POILLOT-PERUZZETTO (Sylvaine)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 30 juin 2004, revue de jurisprudence commerciale, septembre-octobre 2004, n°5, p 380.

POISSON-DROCOURT (Elisabeth)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 31 janvier 1990, RCDIP 1990, p 519.

PRADEL (Jean)

- *Ecoutes téléphoniques et Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 24 novembre 1989, affaire BARIBEAU)*, D 1990, chronique p 15.
- note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 2 mars 2001, D 2001, jurisprudence p 1899.
- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 6 novembre 1986, D 1987, jurisprudence p 237.
- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 7 avril 1993, D 1993, jurisprudence p 553.
- note relative à l'arrêt du 12 octobre 1983, D 1983, jurisprudence p 610.
- note relative aux arrêts de la Chambre criminelle du 20 décembre 1984, D 1985, jurisprudence p 541.
- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 25 juin 2002, D 2002, jurisprudence p 3099.
- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 27 juin 2000, D 2001, SC p 514.
- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 11 mars 1986, D 1986, SC p 302.
- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 26 avril 1990, D 1990, SC p 379.
- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 12 septembre 2001, D 2002, SC p 1460.

PRALUS-DUPUY (Joëlle)

- note relative aux arrêts de la première Chambre civile du 31 mars 1998 et du 28 avril 1998, JCP G 1999, II, 10102, p 1089.

PRETOT (Xavier)

- note relative à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 24 janvier 2003, Droit social 2003, p 430.
- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 15 février 1995, AJDA 1995, jurisprudence p 579.
- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 17 décembre 1998, TPS 1999, commentaire n°113.

PUECHAVY (Michel)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, ANNONI DI GUSSOLA et autres contre France du 14 novembre 2000, GP des 23 et 25 septembre 2001, numéro spécial droits de l'homme, Sommaires et décisions, p 1507.
- note relative à l'arrêt de la Cour EDH MEFTAH, ABOUD et BOSONI contre France du 10 juillet 2002, RTDH 2003 p 1335.

PUIGELIER (Catherine)

- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 2 octobre 2001, JCP E. 2001, p 1918.

PUTMAN (Emmanuel)

- *La convention européenne des droits de l'homme serait-elle subsidiaire au droit français*, observations relatives à l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 15 février 2001, Droit et patrimoine février 2002, n°101, commentaire 3019, p 101.

QUENSON

- rapport précédant la décision de la Commission de réexamen, 30 mai 2002, Affaire SLIMANE KAÏD, n°01-RDH 010, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

RADE (Christophe)

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre sociale du 7 janvier 2003, RDC 2003, p 145.

RASSAT (Marie-Laure)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999, Droit pénal 2000, n°4, p 4.

RAVANAS (Jacques)

- note relative à l'arrêt de la deuxième Chambre civile du 5 mars 1997, D 1998, jurisprudence p 474.

RAY (Jean-Emmanuel)

- *La légitime censure des télé-travaux forcés*, note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 2 octobre 2001, Droit social 2001, p 1039.
- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 12 janvier 1999, Droit social 1999, p 287.

RAYMOND (Guy)

- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 13 novembre 2002, Contrats – concurrence – consommation, n°5 mai 2003, commentaire n°78, p 27.

RAYNARD (Jacques)

- observations relatives à l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 6 février 2003, RTDCiv. 2003, p 766.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 17 septembre 2003, RTDCiv. 2004, p 369.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 17 septembre 2003, RTDCiv. 2004, p 369.
- observations relatives à l'arrêt de la troisième Chambre civile du 12 juin 2003, RTDCiv. 2003, p 771.
- observations relatives aux arrêts de l'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, RTDCiv. 2004, p 371.

- observations relatives aux arrêts de l'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, RTDCiv. 2004, p 371.

RAYNAUD (Pierre)

- note relative à l'arrêt de la Chambre civile 4 février 1936, S 1936, I, p 257.

REMY-CORLAY (Pauline)

- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 7 avril 2006, RTDCiv. 2006, p 273.
- observations relatives aux arrêts de la première Chambre civile du 18 mai 2005 et du 14 juin 2005, RTDCiv. 2005, p 750.

RENUCCI (Jean-François)

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 16 janvier 2001, D 2001, SC p 1067.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, JAMIL contre France du 8 juin 1995, D 1996, SC p 1997.
- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 7 avril 1993, D 1995, SC p 105.

REVET (Thierry)

- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 18 janvier 1989, JCP E, p 394, n°4.
- observations relatives à l'arrêt de la troisième Chambre civile du 18 mai 2005, RTDCiv 2005, p 619.
- observations relatives aux arrêts rendus par la Cour EDH, DRAON contre France et MAURICE contre France, du 6 octobre 2005, RTDCiv 2005, p 798.

REVILLARD (Mariel)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 19 octobre 1999, Répertoire Defrénois 2000, article 37185, p 699.

RICHEVAUX (Marc)

- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 18 janvier 1989, Droit ouvrier juillet-août 1989, jurisprudence p 300.

RIGAUX (Anne), SIMON (Denys)

- *Droit communautaire et constitution française : une avancée significative de la Cour de cassation, A propos de l'arrêt Fraisse du 2 juin 2000*, Revue Europe, Août-Septembre 2000, Chronique p 3.

RIGAUX (François)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, MARCK contre Belgique du 13 juin 1979, JT 1979, p 513.

RIVERO (Jean)

- note relative à la Décision du Conseil Constitutionnel du 16 juillet 1971, AJDA, 1971, p 537.

ROBERT (Jacques-Henri)

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 16 mai 2001 JCP 2001, I, n°346, n°3.

ROEHRICH

- conclusions précédant l'arrêt de la première Chambre civile du 22 février 2000, GP du 25-29 août 2000, jurisprudence p 1471.

ROETS (Damien)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, PELISSIER et SASSI contre France du 25 mars 1999, D 2000, jurisprudence p 357.

RONDEY (C.)

- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, LECARPENTIER contre France du 14 février 2006, D 2006, Actualité jurisprudentielle p 717.

ROUJOU DE BOUBEE (Gabriel) et DE LAMY (Bertrand)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999, D 2000, n°4, p 181.

ROUQUET (Yves)

- note relative à l'arrêt de la troisième Chambre civile du 18 décembre 2002, AJDI mars 2003, jurisprudence p 182.

ROUSSEAU (Charles)

- observations relatives à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 février 1980, RGDIP, 1983, I, p 225.

ROUZET (Gilles)

- note relative à l'arrêt de la Première chambre civile du 3 novembre 1993, Répertoire Defrénois, 1994, n°35714, p 174.

RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline)

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre sociale du 13 juillet 1994, JCP G, 1993, I, 3659.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 25 juin 1996, JCP G, 1997, I, n°3996, n°1.

RUET (Laurent)

- observations relatives à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, Répertoire Defrénois 2004, chronique de jurisprudence commerciale n°37917, p 525.

RUZIE (Daniel)

- note relative à l'arrêt de la Chambre mixte 24 mai 1975, JDI 1975, p 801.

SAINTE-ROSE (Jerry)

- conclusions précédant les arrêts de la première Chambre civile du 9 juillet 2003, GP 24 et 25 octobre 2003, jurisprudence p 3151.
- *Le contrôle de conventionnalité des validations législatives par le juge judiciaire, Conclusions sur Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, 20 juin 2000, Banque Crédit Lyonnais (1^{ère} espèce), M. et Mme Lecarpentier (2^{ème} espèce), RFDA 2000, p 1189.*

SAINT-JOURS (Yves)

- note relative aux arrêts de l'Assemblée plénière du 22 décembre 2000, D 2001, jurisprudence p 1652.

SAINT-PAU (Jean-Christophe)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 12 décembre 2000, D. 2001, jurisprudence p 2434.

SALAME (Georgette)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 14 juin 2005, GP du 11 au 13 septembre, jurisprudence p 6.

SARGOS (Pierre)

- conclusions précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 novembre 1998, JCP G, 1998, II, 10128.
- rapport précédant l'arrêt de la première Chambre civile du 9 octobre 2001, D 2001, jurisprudence p 3470.
- rapport relatif aux arrêts rendus par l'Assemblée plénière le 6 novembre 1998, JCP G. 1998, II, n°10198, p 2117.
- rapport relatif à l'arrêt de l'Assemblée plénière, 29 juin 2001, JCP G II, n°10569.

SAVATIER (Emmanuel)

- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, F.E contre France du 30 octobre 1998, JCP G 1999, I, n° 125, p 621.

SAVAUX (Eric)

- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 29 avril 2003, Répertoire Defrénois 2003, jurisprudence art. 37810, n°93, p 1183.

SCHWARTZ (Rémy)

- conclusions précédant l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 février 2004, D 2004, jurisprudence p 1414.
- conclusions précédant l'arrêt du Conseil d'état du 11 février 2004, D 2004, jurisprudence p 1414.

SERMET (Laurent)

- *L'arrêt Martinie c/ France : Un arrêt de Grande Chambre ? Assurément. Un grand arrêt ? Non. Commentaire de l'arrêt Martinie c/ France, Grande Chambre, 12 avril 2006, RFDA mai-juin 2006, p 577.*
- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, KRESS contre France du 7 juin 2001, D 2001, RTDH 2002, p223.

SEVERIN (Evelyne)

- note sous l'arrêt de la Cour d'appel de Lyon, 13 mars 1997, D 1997, jurisprudence p 557.

SIMON (Alain)

- *Les prestations sociales non contributives dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. A propos de l'arrêt Stec et autres c. le Royaume-Uni (6 juillet 2005), RTDH 2006, p 647.*

SIMON (Denys)

- note relative à l'arrêt de la CJCE du 3 mai 2005, affaires jointes BERLUSCONI, ADELCHI et MARCELLO DELL'UTRI ET a. Revue Europe, juillet 2005, n°238, p 12.
- observations relatives à l'arrêt du Conseil d'Etat, 10 janvier 2001, FRANCE NATURE ENVIRONNEMENT, Europe, mai 2001, commentaire n°152.
- Focus consacré à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 octobre 2006, Europe, Novembre 2006, Alerte p 47.

SOULARD (Christophe)

- observations relatives à l'arrêt de la CJCE, STOECKEL du 25 juillet 1991, RSC 1992, p 155.

STRUILLOU (Jean-François)

- *le commissaire du gouvernement auprès de la juridiction de l'expropriation et le droit à un procès équitable*, commentaire relatif aux arrêts de la Cour EDH, YVON contre France du 24 avril 2003 et de la troisième Chambre civile du 2 juillet 2003, RDI septembre/Octobre 2003, p 425.

STURLESE (Bertrand)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 31 janvier 1990, GP 1990, T 2, Journaux n°257-258 des 14 et 15 septembre, jurisprudence p 481.

SUDRE (Frédéric)

- *Autorité des arrêts de la Cour*, observations relatives aux arrêts rendus par la Cour EDH, MAESTRI contre Italie du 17 février 2004, ASSANIDZE contre Géorgie du 8 avril 2004, BRONIEWSKI contre Pologne du 22 juin 2004, RDP 2005-3, p 758.
- note relative à l'arrêt de la Chambre commerciale du 29 avril 1997, JCP G. II, n°22935, p 464.
- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 14 janvier 1999, Travail et Protection sociale, mars 1999, p 20.
- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 14 janvier 1999, JCP G, II, 10082, p 869.
- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, KRESS contre France du 7 juin 2001, D 2001, JCP G 2001, II, 10578, p 1568.
- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 14 janvier 1999, JCP G, 1999, II, n°10 082.
- observations relatives aux arrêts de la Cour EDH, DRAON et MAURICE contre France du 6 octobre 2005, JCP G 2006, I 109, p 190.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, ZIELINSKI et PRADAL, GONZALES et autres c/ France du 28 octobre 1999, JCP G, 2000, I, p 203, n°11.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, MERGER et CROS contre France du 22 décembre 2004, JCP G. 2005, I, n°103.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, LOYEN contre France du 5 juillet 2005, JCP G 2006, I 109, p 188.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, STEC contre Royaume Uni du 6 juillet 2005, JCP G 2006, I 109, p 190.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, MARTINIE contre France du 12 avril 2006, JCP G 2006, I 164, p 1588.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, FERRAZZINI contre Italie du 12 juillet 2001, JCP G. 2002, I, 105, n°6.

- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, KALFAOUI contre France du 14 décembre 1999, JCP G, I, n°203, p 197.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, VAN PELT contre France du 23 mai 2000, JCP G 2001, I, n° 291.
- observations relatives aux arrêts de la Cour EDH, LECARPENTIER contre France du 14 février 2006 et CABOURDIN contre France du 11 avril 2006, JCP G 2006, I 164, p 1588.
- observations relatives aux arrêts de la Cour EDH, OMAR et GUERIN contre France du 29 juillet 1998, JCP G. I, n°105, p 140.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, PELISSIER et SASSI contre France du 25 mars 1999, JCP 1999, I, n°105.

TATU

- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 8 janvier 1997, BICC du 1^{er} avril 1997, p 25.

TAVERNIER (Paul)

- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, G. contre France, du 27 septembre 1995, JDI 1996, p 249.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, BRONIOWSKI contre Pologne du 22 juin 2004, JDI 2005, n°2, p 544.
- observations relatives à l'arrêt de la Cour EDH, POITRIMOL contre France, 23 novembre 1993, JDI, 1994-3, p 821.
- observations relatives aux arrêts de la Cour EDH, BAYLE contre France et PAGES contre France du 25 septembre 2003, JDI 2004, n°2 p 678.

TEISSIER (Anne)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 21 octobre 1999, D 2000, jurisprudence p 602.

THERY (Philippe)

- observations relatives aux arrêts de l'Assemblée plénière du 23 janvier 2004, RTDCiv. 2004, p 341.

THIERRY (Jean)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, MAZUREK contre France du 1^{er} février 2000, D 2000, jurisprudence p 332.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 24 février 1998, D 1999, jurisprudence p 309.
- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, VOISINE contre France du 8 février 2000, D 2000, jurisprudence p 651.

THIOYE (Moussa)

- note relative aux arrêts de la première Chambre civile du 20 juin 2000, PA 5 mars 2001, n°45, jurisprudence p 12.

THOUVENIN (Dominique)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 9 octobre 2001, D 2001, jurisprudence p 3470.

TILLEMENT (Geneviève)

- note relative à l'arrêt de la Cour EDH, DU ROY et MALAURIE contre France du 30 octobre 2000 et à l'arrêt de la Chambre criminelle du 16 janvier 2001, RTDH 2001, p 1075.

TIXIER (Gérard) et HAMONIC-GAUX (Anne-Gaël)

- note relative à l'arrêt de la Chambre commerciale du 29 avril 1997, PA, 1^{er} décembre 1997, n°144, p 6.

TIXIER (Gilbert), LAMULLE (Thierry)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 20 juin 1996, D 1997, jurisprudence p 249.

TOITOT

- note relative à l'arrêt de la Chambre mixte le 9 février 2001, BICC n°531, p 7.

TREBULLE (Guy)

- note relative à l'arrêt de la Chambre commerciale du 8 juillet 2003, Droit des sociétés 2004, commentaire n°1, p 12.

TRIC (Marie-Hélène)

- conclusions précédant l'arrêt de l'Assemblée plénière du 24 novembre 2000, BICC 15 janvier 2001, p 25.

V.A.-R

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 16 mars 1999, D. Affaires 1999, p 799.

VALLANSAN (Jocelyne)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 19 mars 1986, D Sirey 1988, jurisprudence p 568.

VAREILLE (Bernard)

- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 29 janvier 2002, RTDCiv. 2002, p 347.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 24 février 1998, RTDCiv. 1998, p 458.

VASSAUX (Joëlle)

- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 19 octobre 1999, RJPF, 2000, n°2, p 22.

VELARDOCCHIO (Dominique)

- note relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 19 mars 1991, D 1991, jurisprudence p 568.

VERKINDT (Pierre-Yves)

- note relative à l'arrêt de la Chambre sociale du 12 janvier 1999, TPS, mars 1999, p 10, n°96.

VERON (Michel)

- observations relatives à l'arrêt de la Chambre criminelle du 14 février 2006, Droit pénal 2006, commentaire n°67.

VIGNAL (Thierry)

- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 3 juillet 2001, JCP G 2002, II, 10039, p 453.
- note relative à l'arrêt de la première Chambre civile du 24 février 1998, JCP G 1998, II, 10176, p 1910.

VIGNEAU (Daniel)

- note relative à l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999, D 1999, jurisprudence p 710.

VINEY (Geneviève)

- observations relatives à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 juin 1997, JCP G, 1997, I, n°4070, p 521.
- observations relatives à l'arrêt de la première Chambre civile du 9 juillet 1996, JCP G. 1996, I, n°306, §11.
- observations relatives à l'arrêt de la Chambre sociale du 26 janvier 1995, JCP G, I, 3853, p 271.

WASCHMANN (Patrick)

- note relative à la décision du Conseil constitutionnel du 25 janvier 1985, AJDA 1985, p 363.

WEBER (Jean-François)

- conclusions relatives à l'arrêt de la troisième Chambre civile du 17 décembre 1997, D 1998, jurisprudence p 111.

ZOLLINGER (Alexandre)

- note relative à l'arrêt la Cour EDH, DRAON contre France du 6 octobre 2005, JCP G 2006, II, 10061, p 795.

Ouvrages des Cours, Juridictions et Institutions internationales :**CONSEIL D'ETAT**

- *La norme internationale en droit français*, La documentation française, 2000, Paris.

CONSEIL de L'EUROPE

- *Charte sociale européenne : recueil de textes*, Conseil de l'Europe, 1997, Strasbourg.
- Supplément au bulletin d'information sur les droits de l'Homme n°65, septembre 2005.

COUR DE CASSATION

- *Les revirements de jurisprudence, rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET*, Groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, Litec, 2005, Paris.
- Observatoire du droit européen, « *La liberté d'expression et protection des droits de la personnalité en matière de presse* », disponible en ligne sur le site internet de la Cour de cassation.

- Rapport 1999, La Documentation française, 2000, Paris.
- Rapport 2000, *La protection de la personne*, La Documentation française, 2001, Paris.
- Rapport 2002, *La responsabilité*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la Documentation française, 2003, Paris.
- Rapport 2003, *L'égalité*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la Documentation française, 2004, Paris.
- Rapport 2004, *La vérité*, disponible sur le site de la Cour de cassation, également publié à la Documentation française, 2005, Paris.
- Rapport 2005, *L'innovation technologique*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation, également publié à la Documentation française, 2006, Paris.
- Service de documentation et d'études de la Cour de cassation, *Les Chambres civiles de la Cour de cassation et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 2006, Paris.

INDEX

des principales décisions abordées

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

COUR DE CASSATION

Assemblée plénière

7 novembre 1986		96
11		513
décembre 1992		
30 juin 1995		459
14 juin 1996		399
6 juin 1997		389
6 novembre 1998		589
5 février 1999	OURY	422
21 juin 1999		689
2 juin 2000	FRAISSE	539
17 novembre	PERRUCHE	575
2000		
24 novembre		473
2000		
22 décembre		597
2000		
4 octobre 2002	OMAR	357
22 novembre	SLIMANE KAID	359
2002		
24 janvier 2003		570
14 février 2003	KALFAOUI	357
23 janvier 2004		573
16 avril 2004		297
11 juin 2004	PAPON	357
8 juillet 2005	PASCOLINI	359
8 juillet 2005	QUESNE	359
2 décembre 2005	MOREL	357
7 avril 2006		563

COUR DE CASSATION

Chambre mixte

24 mai 1975	JACQUES VABRE	16 ; 439 ; 526 ; 541
10 avril 1998		210
9 février 2001		504

COUR DE CASSATION

1^{ère} Chambre civile

7 juillet 1964	MUNZER	660
4 octobre 1967	BACHIR	660
26 avril 1983		96
10 janvier 1984		395

28 novembre 1984		99
1 ^{er} octobre 1986	FLEUR DE MARIE	93
31 janvier 1989		562
12 juillet 1989		395
15 novembre 1989		94
31 janvier 1990	PISTRE	635
23 octobre 1990		117
19 mars 1991		489
9 avril 1991		47
25 juin 1991		558
5 novembre 1991		469
10 mars 1993	LEJEUNE	48 ; 69 ; 147
5 mai 1993	PORDEA	661
17 mai 1993		455
2 juin 1993		48 ; 69
15 juillet 1993		49 ; 110
1 ^{er} juin 1994		664
18 octobre 1994		513
4 janvier 1995		51 ; 72
31 janvier 1995		664
14 novembre 1995	HINTERMANN	654
19 décembre 1995		665
19 décembre 1995	BANQUE AFRICAINE DE DEVELOPPEMENT	362
25 juin 1996	MAZUREK	68 ; 69 ; 390 ; 457
9 juillet 1996		389
3 décembre 1996		661
11 mars 1997		588
27 novembre 1997		620
27 novembre 1997		620
24 février 1998	VIALARON	636 ; 639 ; 641 ; 697 ; 698 ; 701 ; 703 ; 704
26 janvier 1999		588
16 mars 1999	PORDEA	661
19 octobre 1999		6 ; 637
21 mars 2000		619
21 mars 2000		619
3 mai 2000		390
30 mai 2000		554
30 mai 2000		590
6 juin 2000		389
20 juin 2000	LECARPENTIER	568
3 octobre 2000		68
24 octobre 2000		68 ; 69

12 décembre 2000		554
20 février 2001		465
6 mars 2001		463
27 mars 2001		510
3 avril 2001		561
3 juillet 2001		666 ; 679
29 janvier 2002		296 ; 499
13 novembre 2002		568
29 avril 2003		568
24 juin 2003		568
9 juillet 2003		488
9 juillet 2003		568
17 septembre 2003	SACEM	120
9 décembre 2003		68
17 février 2004		666
25 mai 2004		555
29 septembre 2004		590
26 octobre 2004		568
4 janvier 2005		568
18 mai 2005		72 ; 85 ; 191
1 ^{er} juin 2005		495
14 juin 2005		73 ; 86 ; 191 ; 659 ; 673 ; 734
14 juin 2005		562
15 Juin 2005		69
21 juin 2005		402
13 juillet 2005		86 ; 673
4 octobre 2005		495
25 octobre 2005		668
8 novembre 2005		87
22 novembre 2005		87
13 décembre 2005		456
3 janvier 2006		668
24 janvier 2006		575
7 février 2006		465
21 février 2006		575
28 février 2006		291
4 avril 2006		550
7 avril 2006		88 ; 773
25 avril 2006		236
3 mai 2006		248
10 mai 2006		667
10 mai 2006		668
10 mai 2006		521

16 mai 2006	491
30 mai 2006	490
30 mai 2006	568
7 juin 2006	390
27 juin 2006	120
12 juillet 2006	491

COUR DE CASSATION

2^{ème} Chambre civile

5 juin 1985	97
3 juillet 1985	460
10 mai 1989	456
3 novembre 1993	492
26 janvier 1994	389
10 octobre 1996	588
5 mars 1997	455
31 mars 1998	471
28 avril 1998	471
6 mai 1999	472
13 juillet 1999	495
13 juillet 2000	539 ; 540
28 juin 2001	690
12 juillet 2001	475
20 novembre 2003	763
10 mars 2004	121
10 juin 2004	126
8 juillet 2004	620
7 octobre 2004	121
14 octobre 2004	482
4 novembre 2004	465
8 mars 2005	478 ; 596
21 avril 2005	548
2 juin 2005	483
7 juillet 2005	101 ; 482
13 octobre 2005	483
20 octobre 2005	483
15 décembre 2005	456
15 décembre 2005	482
15 décembre 2005	483
4 janvier 2006	494
8 février 2006	590

COUR DE CASSATION

3^{ème} Chambre civile

11 juin 1987	588
--------------	-----

27 février 1991		97
27 mars 1991		588
1 ^{er} mars 1995		109
6 mars 1996	MEL YEIDI	119 ; 124
17		549
décembre 1997		
27 février 2002		573
18 décembre		125
2002		
12 juin 2003	ARLATEX	120 ; 625
2 juillet 2003		598
9 juin 2004		598
22 mars 2005		574
13 avril 2005		598
18 mai 2005		126
26 octobre 2005		598
22 mars 2006		126
22 mars 2006		119
29 mars 2006		598
8 juin 2006		125

COUR DE CASSATION

Chambre commerciale

17 mars 1981		96
9 février 1993		548
15 novembre		558
1994		
27 février 1996		270
6 mai 1996		526
15 octobre 1996		261
21 janvier 1997		261
29 avril 1997		401
21 octobre 1997		401
5 octobre 1999		422
22 février 2000		401
8 juillet 2003		558
12 juillet 2004		399
7 octobre 2004		493
25 janvier 2005		109 ; 149 ; 262 ; 563
25 juin 2005		81
25 avril 2006		592

COUR DE CASSATION

Chambre sociale

07 février 1974		105
04 février 1987		210
18 janvier 1989		97
15 novembre		495
1990		
13 juillet 1994		50 ; 55 ; 72

26 janvier 1995		389
15 février 1995		567
2 juin 1996		108
17 décembre 1996		56
22 janvier 1998	KOUA POIRREZ	98 ; 709 ; 712 ; 713 ; 714 ; 719 ; 720
28 mai 1998		597
17 décembre 1998		478 ; 596
12 janvier 1999	SPILEERS	118 ; 124 ; 455 ; 625
14 janvier 1999		295
14 janvier 1999	BOZKURT	295 ; 398 ; 707 ; 709 ; 712 ; 719
21 octobre 1999		398
8 juin 2000		572
13 juillet 2000		398
31 octobre 2000		300
1 ^{er} mars 2001		596
27 mars 2001		454
2 octobre 2001	NIKON	118
31 janvier 2002		295 ; 398
10 juillet 2002		618
26 novembre 2002		118
7 janvier 2003		618
12 octobre 2004		118
20 octobre 2004		570
17 décembre 2004		620
2 mars 2005		484 ; 689
17 mai 2005		118
12 juillet 2005		455
30 septembre 2005	LEMOINE	336
28 mars 2006		570
29 mars 2006		210

COUR DE CASSATION

Chambre criminelle

21 décembre 1961		172
3 juin 1975	RESPINO	36
30 juin 1976	TOUVIER	37
5 décembre 1978		593
7 juin 1979		495
12 octobre 1983		591
19 décembre 1984		689
11 mars 1986		591

6 novembre 1986		591
1 ^{er} décembre 1987		591
21 décembre 1987	POITRIMOL	355
13 avril 1988		495
10 octobre 1988		551
13 mai 1989		551
13 novembre 1989		751
1 ^{er} février 1990		175
26 avril 1990		397 ; 591
15 mai 1990		557
12 novembre 1990		558
27 novembre 1990		65
15 octobre 1991		103
16 octobre 1991		516 ; 590
20 novembre 1991		108
7 avril 1992		591
21 mai 1992		551
4 septembre 1992		551
28 septembre 1992		551
9 novembre 1992		551
7 avril 1993		736
2 juin 1993		551
22 juin 1993		65
19 janvier 1994		355
7 février 1994		355
2 mars 1994		495
4 mai 1994	SAIDI	331
9 mai 1994		510
30 novembre 1994		516
6 décembre 1994		516
12 décembre 1994		391
14 décembre 1994		391
10 avril 1995		261
21 juin 1995		388
18 octobre 1995	MOREL	355
19 octobre 1995	VAN PELT	355
10 janvier 1996		590
19 mars 1996		557
26 mars 1996		175

14 mai 1996		423
20 juin 1996		765
26 septembre 1996		492
27 novembre 1996		110
5 mai 1997		551
6 mai 1997		388 ; 556
21 mai 1997		556
18 juin 1997		148
16 septembre 1997		64 ; 65 ; 80 ; 556
14 octobre 1997		689
6 novembre 1997		765
13 novembre 1997		551
4 juin 1998	COSTE	355
23 février 1999	GOTH	355
16 juin 1999		65
30 juin 1999		355 ; 462
6 octobre 1999		517
21 octobre 1999	PAPON	355
9 novembre 1999	WALSER	355
22 décembre 1999		454
17 mai 2000		103
14 juin 2000		557
8 novembre 2000		736
6 décembre 2000		65
11 janvier 2001		695
16 janvier 2001		557
6 mars 2001		610
13 mars 2001		562
16 mai 2001		593
30 mai 2001		65
4 septembre 2001	AMAURY	266 ; 423
5 septembre 2001		65
25 septembre 2001		103
30 septembre 2001		103
5 décembre 2001		551
2 octobre 2002		507
15 janvier 2003		508 ; 517
21 janvier 2003		458
11 février 2003		562
18 février 2003		546
15 octobre 2003		518

4 novembre 2003	593
7 avril 2004	458
19 mai 2004	118
26 mai 2004	706
29 septembre 2004	480
4 novembre 2004	593
17 novembre 2004	690
5 janvier 2005	484
16 février 2005	591
22 février 2005	480
24 mai 2005	591
25 mai 2005	516 ; 518
25 mai 2005	562
14 décembre 2005	551
11 janvier 2006	458
14 février 2006	553
1 ^{er} mars 2006	695
26 avril 2006	510
4 mai 2006	458
11 mai 2006	480 ; 498
24 mai 2006	458
24 mai 2006	498
26 mai 2006	498
14 juin 2006	458
20 juin 2006	555
27 juin 2006	65

COUR DE CASSATION

Ordonnances

22 février 1995	603
2 février 2000	605
23 mai 2001	607
5 décembre 2001	607
23 avril 2003	607
12 novembre 2003	607

COUR DE CASSATION

Commission de réexamen

30 novembre 2000	HAKKAR	329 ; 350
15 février 2001	VOISINE	327
21 juin 2001	CHERAKRAK	329
22 juin 2001	ALLAY	328
4 octobre 2001	QUEMAR	330
4 octobre 2001	BOUHACINE	328
4 octobre 2001	STERENSKI	328

8 novembre 2001	RICCOBONO	328
6 décembre 2001	REMLI	327 ; 351
22 janvier 2002	VAN PELT	350 ; 352
30 mai 2002	SLIMANE KAID	327 ; 335 ; 352 ; 353
26 septembre 2002	KALFAOUI	352 ; 353 ; 325
4 octobre 2002	OMAR	352 ; 353
24 avril 2003	GOTH	352 ; 353
26 février 2004	PAPON	352 ; 353
25 novembre 2004	PASCOLINI et QUESNE	352 ; 353
22 janvier 2005	RACHDAD	351
24 février 2005	ZUILI	328
26 mai 2005	MOREL	352 ; 353
6 octobre 2005	FABRE	352 ; 353
24 novembre 2005	MAKFI	349
24 novembre 2005	MAYALI	351

CONSEIL D'ETAT

22 décembre 1978	COHN-BENDIT	250
28 septembre 1984		255
3 février 1989	ALITALIA	251
20 octobre 1989	NICOLO	16
22 décembre 1989	Ministre de l'Economie et des Finances et la Privatisation contre cercle militaire mixte de la Caserne Mortier	291
15 octobre 1995		389
14 février 1997	QUAREZ	575
4 avril 1997		765
23 avril 1997	GIDTI	255
30 octobre 1998	SARRAN, LEVACHER	540
10 juin 2001	FRANCE NATURE ENVIRONNEMENT	251 ; 258
11 février 2004		336
24 février 2006		576

TRIBUNAL DES CONFLITS

16 juin 1923	SEPTFONDS	526
5 juillet 1951	AVRANCHES et DESMARET	172
6 mai 1996	SYNDICAT DE L'EXPRESS INTERNATIONAL	526

COUR D'APPEL

Bordeaux

| 23 octobre 1987 | 94

Paris	14 juin 1994	632
Lyon	13 mars 1997	462
Reims	3 février 2000	462
Versailles	19 juin 2000	462
Versailles	6 février 2003	573
Paris	20 octobre 2006	526

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE

Renne	13 juin 1994	175
Brive	30 juin 2000	510

COUR EUROPENNE DES DROITS DE L'HOMME

17 janvier 1970	DELCOURT contre BELGIQUE	602 ; 608 ; 611
18 juin 1971	DEWILDE, OOMS et VERSYP contre BELGIQUE	41
18 janvier 1978	IRLANDE contre ROYAUME UNI	41 ; 139 ; 536
13 juin 1979	MARCKX contre BELGIQUE	316 ; 389 ; 414
9 octobre 1979	AIREY contre IRLANDE	273 ; 311 ; 414 ; 604
23 juin 1981	LE COMPTE, VAN LEUVEN et DE MEYERE contre BELGIQUE	395
22 octobre 1981	DUDGEON contre ROYAUME UNI	368
23 septembre 1982	SPOORRONG et LONNROTH contre SUEDE	629
1 ^{er} octobre 1982	PIERSACK contre BELGIQUE	397 ; 591
21 février 1984	OSTUK contre ALLEMAGNE	422
26 octobre 1984	PIERSACK et DE CUBBER contre BELGIQUE	397
25 mars 1985	BARTHOLD contre ALLEMAGNE	553
4 avril 1985	BLOM contre SUEDE	710
9 avril 1987	BROEKS contre PAYS BAS	710
14 septembre 1987	DE CUBBER contre BELGIQUE	591
28 octobre 1987	INZE contre AUTRICHE	390
3 avril 1989	IBRAHIMA GUEYE contre FRANCE	710
7 juillet 1989	SOERING contre ROYAUME UNI	658 ; 679
20 novembre 1989	MARK INTERN VERLAG contre ALLEMAGNE	554
28 mars 1990	GROPPERA RADIO contre SUISSE	554
24 avril 1990	HUVIG contre FRANCE	557 ; 600 ; 622
24 avril 1990	KRUSLIN contre FRANCE	557 ; 600 ; 622
30 octobre 1991	BORGERS contre BELGIQUE	609
27 novembre 1991	KEMMACHE contre FRANCE	329
29 novembre 1991	VERMEIRE contre BELGIQUE	316 ; 368 ; 390
25 mars 1992	B contre FRANCE	343 ; 512
26 juin 1992	DROZ et JANOUSEK contre FRANCE et ESPAGNE	736

16 décembre 1992	NIEMIETZ contre ALLEMAGNE	118 ; 411
22 avril 1993	MODINOS contre CHYPRE	368
24 août 1993	NORTIER contre PAYS BAS	736
20 septembre 1993	SAIDI contre FRANCE	331
23 novembre 1993	POITRIMOL contre FRANCE	355 ; 388 ;
21 février 1994	BENDENOUN contre FRANCE	401 ; 765
22 février 1994	BURGATZ contre SUISSE	411
23 juin 1994	JACUBOWSKI contre ALLEMAGNE	554
22 octobre 1994	HENTRICH contre FRANCE	401
27 septembre 1995	G contre FRANCE	751
23 octobre 1995	GRADINGER contre AUTRICHE	765
24 novembre 1994	BEAUMARTIN contre FRANCE	362 ; 131
4 décembre 1995	BELLET contre FRANCE	389
25 septembre 1996	BUCKLEY contre ROYAUME UNI	371
16 septembre 1997	GAYGUZUZ contre AUTRICHE	295 ; 318 ; 398 ; 707 ; 709 ; 712
26 septembre 1997	EL BOUJAIDI contre FRANCE	518
30 janvier 1998	Parti communiste unifié de Turquie et autre contre Turquie	541
19 février 1998	HIGGINS contre FRANCE	601
19 février 1998	DALIA contre FRANCE	518
31 mars 1998	REINHARDT contre FRANCE	358 ; 610
31 mars 1998	SLIMANE-KAID contre FRANCE	358 ; 610
29 juillet 1998	GUERIN et OMAR contre FRANCE	355
24 août 1998	LAMBERT contre FRANCE	372 ; 517
30 octobre 1998	F.E contre FRANCE	389
25 mars 1999	PELLISSIER et SASSI contre FRANCE	593
28 octobre 1999	ZIELINSKI, PRADAL et GONZALES	541 ; 567 ; 572 ; 677
14 décembre 1999	KALFAOUI contre FRANCE	355
16 décembre 1999	T contre ROYAUME UNI	74 ;
1 ^{er} février 2000	MAZUREK contre FRANCE	296 ; 390
8 février 2000	VOISINE contre FRANCE	608 ; 615
21 mars 2000	DULAURANS contre FRANCE	521 ; 601
6 avril 2000	THLIMMENOS contre GRECE	372
23 mai 2000	VAN PELT contre FRANCE	355 ; 388
25 juin 2000	SLIMANE KAID contre FRANCE	610
29 août 2000	JAHNKE et LENOBLE contre FRANCE	521
3 octobre 2000	DU ROY et MALAURY contre France	557
7 novembre 2000	ZVORISTEAU	642
14 novembre 2000	OMER contre FRANCE	604

14 novembre 2000	DESBORDES contre FRANCE	604
14 novembre 2000	ANNONI DI GUSSOLA et autres contre FRANCE	602 ; 604
18 janvier 2001	CHAPMAN contre ROYAUME UNI	371
13 février 2001	KROMBACH contre FRANCE	388
27 février 2001	ADOUD contre FRANCE	615
27 février 2001	BOSONI contre FRANCE	615
26 avril 2001	MEFTAH contre FRANCE	615
7 juin 2001	KRESS contre FRANCE	611 ; 612
12 juillet 2001	FERRAZINI contre ITALIE	399
20 juillet 2001	PELLEGRINI contre ITALIE	658
31 juillet 2001	MORTIER contre FRANCE	604
12 février 2002	MOREL contre FRANCE	355
16 mai 2002	GOTH contre FRANCE	355
11 juillet 2002	GOODWIN contre ROYAUME UNI	368 ; 419
25 juillet 2002	PAPON contre FRANCE	355
26 juillet 2002	MEFTAH, ADOUD et BOSONI	615
3 décembre 2002	BERGER contre FRANCE	358 ; 610
17 décembre 2002	COSTE contre FRANCE	355
23 janvier 2003	RICHEN et GAUCHER contre FRANCE	615
12 février 2003	CHEVROL contre FRANCE	362 ; 131 ; 534
13 février 2003	ODIEVRE contre FRANCE	769 ; 771 ; 773
24 avril 2003	YVON contre FRANCE	598
12 juin 2003	VAN KUCK contre ALLEMAGNE	119
26 juin 2003	PASCOLINI contre FRANCE	358 ; 610
26 juin 2003	MARIE contre PORTUGAL	74 ;
8 juillet 2003	FONTAINE et BERTIN contre FRANCE	613
24 juillet 2003	KARNER contre AUTRICHE	372
25 septembre 2003	BAYLE contre FRANCE	606
25 septembre 2003	PAGES contre FRANCE	606
30 septembre 2003	KOUA PORREZ contre FRANCE	717 ; 743
7 octobre 2003	DURIEZ-COSTE contre FRANCE	615
27 novembre 2003	SLIMANE- KAID contre FRANCE	613
11 décembre 2003	SCHREIBER et BOETSCH contre FRANCE	485
14 décembre 2003	LILLY FRANCE contre FRANCE	358 ; 610
3 février 2004	CROCHARD contre FRANCE	610
3 février 2004	MENHER contre FRANCE	615
5 février 2004	WEILL contre FRANCE	358 ; 610
12 février 2004	MOREL contre FRANCE	355
22 février 2004	BURGATZ contre SUISSE	318
1 ^{er} avril 2004	QUESNE contre FRANCE	358 ; 610 ; 613
8 avril 2004	ASSANIDZE contre GEORGIE	372

22 juin 2004	BRONIOWSKI contre POLOGNE	372
1 ^{er} juillet 2004	WALSER contre FRANCE	355
8 juillet 2004	VO contre FRANCE	462
13 juillet 2004	PLA et PUNCERNAU contre ANDORRE	119
2 novembre 2004	COULAUD contre FRANCE	358 ; 64
2 novembre 2004	FABRE contre FRANCE	358 ; 610
10 novembre 2004	SEJDOVIC contre ITALIE	372
30 novembre 2004	FEMESH contre FRANCE	613
14 décembre 2004	NESME contre FRANCE	615
22 décembre 2004	MERGER et CROS	390
18 janvier 2005	CARABASSE contre FRANCE	605
18 janvier 2005	SIBAUD contre FRANCE	615
1 ^{er} Février 2005	SCP HUGLO – LEPAGE et associés contre FRANCE	358 ; 610
8 février 2005	LACAS contre FRANCE	615
15 février 2005	PAUSE contre FRANCE	615
22 février 2005	HUTTEN-CZAPSKA contre Pologne	372
29 mars 2005	MATHERON contre FRANCE	517
31 mars 2005	W. contre FRANCE	613
5 juillet 2005	LOYEN contre FRANCE	611
6 octobre 2005	DRAON et MAURICE contre FRANCE	575
13 octobre 2005	CLINIQUE DES ACACIAS contre FRANCE	519
22 décembre 2005	XENIDES-ARESTIS contre TURQUIE	372
14 février 2006	LECARPENTIER contre FRANCE	568
29 mars 2006	SCORDINO contre ITALIE	372
11 avril 2006	CABOURDIN contre FRANCE	568
12 avril 2006	MARTINIE contre FRANCE	610
18 avril 2006	VEZON contre FRANCE	568
25 avril 2006	ROUX contre FRANCE	598
2 mai 2006	SAINT ADAN et MILLOT contre FRANCE	568
23 mai 2006	GRANT contre ROYAUME UNI	368
18 juillet 2006	HOSTEIN contre FRANCE	610
3 octobre 2006	COUR contre FRANCE	607
10 octobre 2006	PESSINO contre FRANCE	622

COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

11 janvier 1961	AUTRICHE contre ITALIE	139
10 juillet 1975	X contre BELGIQUE et PAYS BAS	642
17 mai 1990	CRESPO-AZORIN contre ESPAGNE	391
19 juin 1992	CHARDONNEAU contre FRANCE	391
9 janvier 1995	M contre FRANCE	602
27 juin 1995	HAKKAR	321
11 avril 1996	GILL et MALONE contre PAYS BAS et ROYAUME UNI	642

14 janvier 1998	VENOT contre FRANCE	604
20 mai 1998	LEMOINE	336
9 septembre 1998	Epoux FREVILLE	602

COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES

5 février 1963	VAN GEND et LOOS	134 ; 156 ; 541
4 décembre 1974	VAN DUYN	247
9 mars 1978	SIMMENTHAL	156
5 avril 1979	RATTI	247
10 avril 1984	VON COLSON et KAMANN	282
8 octobre 1987	KOLPINGHUIS NIJMEGEN	283 ; 305
13 novembre 1990	MARLEASING SA	282
25 juillet 1991	STOECKEL	707
23 février 1994	COMITATO DI COORDINAMENTO	153
14 juillet 1994	FACCINI DORI	270
26 septembre 1996	ARCARO	304 ; 283
18 décembre 1997	INTER- ENVIRONNEMENT WALLONIE	247 ; 258
27 juin 2000	OCEANO GRUPO EDITORIAL SA	287
19 septembre 2000	Etat du Grand duché du Luxembourg contre Consorts LINSTER	249
26 septembre 2003	UNILEVER ITALIA	270
5 octobre 2004	PFEIFFER et autres	286
3 mai 2005	BERLUSCONI, ADELCHI et MARCELLO DELL'UTRI	305
22 novembre 2005	WERNER MANGOLD contre RUDIGER HELM	247 ; 283

COMITE DES DROITS DE L'HOMME

8 novembre 1989	TK contre FRANCE	762
25 juillet 1990	JARVINEN contre FINLANDE	391
31 mars 1993	Mc INTYRE contre CANADA	377
19 juillet 1994	BRADSHAW contre BARBADE	377
8 novembre 1996	FAURISSON contre FRANCE	689
29 juillet 1997	HOPU et BESSERT contre FRANCE	377 ; 762
3 novembre 1999	FOUIN contre FRANCE	391
10 juillet 2000	MAILLE contre FRANCE	391
10 juillet 2000	VERNIER et NICOLAS contre FRANCE	391
26 juillet 2002	GUILLOT contre FRANCE	539

CPIJ

3 mars 1928	COMPETENCE DES TRIBUNAUX DU DANZIG	156
-------------	---------------------------------------	-----

INDEX

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Abandon de famille	590
Accord professionnel	275
Accouchement sous X	88, 767, 769, 773, 774, 777, 779
Accusé	65, 351, 516, 593, 689, 695, 765
Acte administratif	174-176, 267, 572
Acte de naissance	297, 499, 510, 513
Acte juridique privé	125, 126, 223, 625-630
Acte réglementaire	126, 173, 255, 267
Action civile	335, 337, 620
Action en retranchement	296, 499
Action publique	335
Administrateur	504
Administration fiscale	81, 507, 765
Adoption	68, 88, 214, 635, 637, 642, 770, 773, 778
Allocation	98, 295, 297, 309, 318, 398, 707, 709-712, 715, 717
Apparence	608, 615
Applicabilité directe	21, 22, 41, 134, 143, 180, 257
Applicabilité immédiate	21
Arrêt de règlement	182, 622
Arrêt pilote	372
Assemblée générale de la Cour de cassation	325
Association	120, 220, 455, 553, 625
Autoexécutoire, Self executing, Self sufficient	22, 37, 148, 153, 161, 208, 214, 229
Autorité de fait	368, 374-381
Autorité de la chose constatée	377
Autorité de la chose interprétée	316, 320, 366, 368, 369, 370, 373, 377, 380, 383, 392, 400, 433, 513
Autorité de la chose jugée	316, 317, 319, 320-322, 330, 331, 336, 338, 340, 341, 344, 345, 359, 366, 368-370, 373, 374, 377, 426, 513, 666
Autorité judiciaire	53, 582, 621, 783
Autorité parentale	504
Autorité relative de la chose jugée	173, 528
Avis (de l'Avocat général)	358, 608-616
Avocat	71, 94, 327, 350, 358, 388, 391, 395, 455, 458, 483, 498, 510, 516, 517, 610, 613, 615
Ayant droit	50

B

Bail commercial	120, 573
Bail d'habitation	119
Bail rural	126
Bâtonnier	485, 510
Bulletin d'information de la Cour de cassation	51, 419
Bureau de la Cour de cassation	612

But légitime | 117, 125, 126, 297, 474, 547, 555, 557, 562,
563, 602, 604, 627, 689

C

Caractère objectif de droits de l'Homme | 2, 3, 6, 10, 15, 17, 18, 25, 46, 57, 58-61, 72, 137,
138-140, 150, 164, 195, 321, 244, 257, 380, 428,
432, 439, 532, 533, 535, 654, 681, 693, 723,
784, 795

Caractère obligatoire des décisions | 11, 427

Caution *judicatum solvi* | 661

CDE | 11, 71, 72, 74, 771-773, 776, 777

CDESC | 11, 139, 142, 201, 204, 230

CDFUE | 8, 254, 544

CEDS | 11, 42, 275, 715, 757

Chambre d'accusation | 37, 65, 454, 472, 509, 510, 591

Chambre de l'instruction | 484, 591

Clause abusive | 119, 274, 287

Clause contractuelle | 119, 120, 125, 273, 274, 278, 287, 303, 625-628

Clause d'habitation personnelle | 119

Clause d'ordre public | 123-126, 128, 412, 414, 548, 554, 557, 562,
627-629, 678, 689, 753

Clause de mobilité | 124, 627

Clause de non concurrence | 618, 620, 622

Clause de surenchère | 44, 747, 748

Clause la plus adéquate | 730-741

Clause la plus favorable | 44, 446, 742-779

Clinique | 572

Colocataire | 119

Comité contre la torture et autres peines ou
traitements inhumains ou dégradants | 11

Comité des ministres du Conseil de l'Europe | 321, 322, 328, 336

Comité pour l'élimination de la discrimination
raciale | 11

Comité pour l'élimination de toute forme de
discrimination à l'égard des femmes | 11

Commission des opérations de bourses | 422

Communication des pièces du dossier | 695

Conférence de la Cour de cassation | 608, 612

Conflit de lois | 632, 633, 636, 640, 644

Conseil Constitutionnel | 3, 526, 568, 580, 677

Conseil de l'Europe | 6, 11, 41, 142, 396, 746, 770

Conseil de l'ordre | 96, 510

Conseil de la concurrence | 422

Conseil économique et social | 11

Conseil juridique | 395

Consensus européen | 462, 769

Constitution européenne | 8, 254, 542

Constitution française | 15, 16, 21, 157, 220, 232, 314, 525, 526, 533,
558, 584, 643, 649, 721, 787

Contentieux de la légalité | 163-165, 172-178, 276

Contentieux fiscal | 399, 401

Contentieux objectif | 164, 170, 250, 260

Contentieux subjectif | 163, 165, 166-171, 229, 260

Contradictoire (principe) | 358, 359, 456, 494, 495, 597, 598, 608, 615

Contrat de mariage	296
Contrat de travail	118, 124, 278, 570, 622
Contribution aux charges du mariage	663, 665
Convention bilatérale	665, 679
Convention collective	275, 276
Convention de conversion	570
Convention privée	119, 124, 269-279, 627
Copropriétaire	125
Correspondance	118, 517
Cour d'assises	349-351, 359, 388, 480, 516, 592
Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail	597
CSE	6, 11, 42, 56, 59, 142, 206, 210, 220, 226, 715, 733, 746
Cumul des sanctions	507, 565

D

Déchéance du pourvoi	355, 388, 454
Déclaration interprétative	110
Défunt	763
Délai raisonnable	329, 336, 372, 689
Dénonciation	41, 187, 534
Désendettement	563
Devoir	1, 117, 226, 272
Diffamation	562, 689
Digicode	125
Directive communautaire	241, 245-252, 282-285
Disqualification	593
Domicile	124, 455, 548, 607, 636, 663, 665, 667-669, 672
Double degré de juridiction	495, 556, 689
DRASS	297
Droit à l'assistance d'un avocat	350, 498
Droit à réalisation progressive, programmatoire ou programmatique	199, 200, 203, 204, 214, 218, 219, 236, 257, 258, 266, 269, 272-275, 278, 304,
Droit au nom	318, 411
Droit au respect des biens	126, 295, 296, 401, 568, 707
Droit conditionnel	123, 126, 225, 423, 464, 548, 627, 628, 678, 689, 752, 755
Droit d'accès à un tribunal	336, 355, 389, 563, 689
Droit d'association et droit d'association négatif	120, 625
Droit de visite	68, 85, 457
Droit extrapatrimonial	158, 763
Droit humanitaire	9
Droit intangible	127, 225, 305, 462, 547, 551, 627, 678, 751, 752, 755
Droit naturel	2
Droit objectif	158, 164, 275, 437
Droit processuel	121
Droit subjectif	22, 23, 153-171
Droits créances	199, 253
Droits substantiels	43
Dualisme, dualiste	71, 232
DUDH	2, 4, 6, 7, 98, 237, 688, 713

E

Ecoute téléphonique	508, 517, 557
Effectivité	25, 28, 71, 228, 235, 237, 285, 311, 330, 369, 412, 620, 661, 674
Effet cliquet	359
Effet horizontal indirect	125, 126, 273, 278
Effet immédiat	21, 314
Effet positif de la chose jugée	334
Effet réflexe	114
Effet utile	233, 242, 247, 285, 365
Egalité des armes	349, 358, 359, 556, 567, 598, 608, 609, 611
Election syndicale	105
Employeur	117, 118, 124, 126, 220, 226, 277, 375, 570
Enfant adultérin	68
Enfant légitime	296, 316, 499
Enfant naturel	296, 316, 499, 555
Enfant simplement conçu	462, 575
Enlèvement	73, 671, 672
Epuisement des voies de recours internes	13, 390, 391, 445, 718
Espérance légitime	568, 575, 576, 578-581
Etrangers	105, 225, 295, 297, 518, 521, 635, 707, 715
Expert	71, 351, 588, 590, 598, 689, 710, 717, 738, 793
Expropriation	598

F

Filature	118
Filiation	88, 296, 499, 510, 514, 555, 773-775
Fœtus	462
Force obligatoire	4, 74, 316, 366, 377, 552
Formation restreinte	48

G

<i>Generalia specialibus non derogant</i>	739
---	-----

H

Handicapé (personne)	98, 126, 398, 570, 575, 709, 712, 715, 717
Homicide involontaire	462

I

Impartialité objective	325, 397, 484, 485, 495, 516, 587-592, 595-599, 614, 690, 736
Impartialité subjective	587
Impôt	81, 262, 401, 507, 548, 563, 570
Indemnité	56, 210, 567, 598
Indivisibilité des droits de l'Homme	254
Information judiciaire	548
Infraction	65, 176, 266, 305, 328, 330, 462, 495, 551, 593, 622, 751, 754, 765
Interdiction de territoire	518
Interdiction professionnelle	103, 359
Intérêt général	126, 164, 563, 567, 568, 570, 573, 574, 577, 581, 621-623, 627-629

Intérêt supérieur (de l'enfant)	68, 73, 85, 86, 101, 672, 673, 734, 767, 777
Interprétation authentique	290, 310, 312, 390
Interprétation <i>erga omnes</i>	164, 368, 369, 374, 408, 416
Interprétation évolutive	311, 318, 413, 422, 695, 705, 706, 714, 750, 772
Interprétation stricte de la loi pénale	462
Intimité de la vie privée	118
Invalidité	336, 707
Irrecevabilité	37, 49, 106, 108, 110, 329, 355, 388, 390, 391, 452, 473, 591, 642, 718
IVG	110

J

Journaliste	117, 488, 554, 557, 562, 763
Juge d'instruction	516, 592, 690
Juge des enfants	482, 590, 736
Juge des tutelles	588
Juridicité	3, 11, 19
<i>Jus cogens</i>	678

L

Légalité criminelle	225, 305, 357, 458, 462, 495, 551, 751, 752
Liberté contractuelle	119, 120, 627
Liberté d'expression	266, 392, 423, 465, 488, 553, 554, 557, 562, 669, 755, 763
Liberté d'information	117, 465, 490, 491, 593
Liberté de la presse	455, 488, 492, 557, 689, 763
Liberté de pensée, de conscience et de religion	96, 125, 752
Liberté religieuse	125, 463, 464
Liberté syndicale	210, 220
Licenciement	56, 118, 124, 210, 570
Locataire	119, 125, 126
Loi d'incrimination	266
Loi de police	632, 639
Loi de validation	565-583
Loi étrangère	624, 630, 631-642, 646
Loi interprétative	673, 574
Loi MURCEF	573-574
Loi rétroactive	565-583
Loi VEIL	110, 462

M

Mandat d'arrêt	352, 354, 355
Mandat de justice	355
Maternité	68, 210, 767, 777
Matière contentieuse	343, 344
Matière gracieuse	343
Mineur	50, 55, 65, 85, 297, 457, 488, 504, 695, 734, 736, 769, 773
Mise en état	352, 354, 472
Monisme, moniste	14, 15, 21, 71, 157, 232, 528
Moyen de pur droit	520, 707, 736
Moyen inopérant	109
Moyen nouveau	108, 359, 520

Moyen relevé d'office	456, 495
N	
Nations Unies	5, 6, 98, 237, 375, 647, 681, 736
Négociation collective	275, 277, 303
<i>Non bis in idem</i>	507, 752, 754, 765
Non discrimination	7, 8, 43, 44, 265, 300, 306, 391, 549, 710, 714, 748
Non rétroactivité de la loi pénale	37, 495, 551, 619, 622, 751
Non rétrogradation	204
Notaire	395, 620
Note de délibéré	358, 609, 610
Nullité	120, 478, 498, 556, 618, 625, 626, 678
O	
Objecteur de conscience	391
Obligation positive	74, 103, 114, 125, 199, 214, 218, 220, 224, 273, 275, 278, 769
Observation générale	139, 201, 204, 378, 408, 416, 536, 678, 710, 712
Observatoire du droit européen	384, 392
OIT	6, 11, 209-210, 707
Ordinateur	118
Ordonnance	454, 472, 539, 573, 591, 592, 602-607, 690
Ordre public	338, 470, 518, 520, 683, 736, 749, 778
Ordre public de proximité	637, 666-668
Ordre public européen	679, 790
Ordre public international	37, 632-637, 640, 660-671, 674, 675, 702, 722, 784
Ordre public procédural	521
Ordre public social	275, 278
P	
<i>Pacta sunt servanta</i>	5, 289, 315, 706, 738, 795
Parlement européen	254
Partie civile	37, 337, 553, 557, 562, 591, 592, 689
Partie principale	343
Passeport	99
Peine	172, 176, 266, 352, 355, 359, 458, 495, 507, 551, 593, 751, 752, 765
Peine complémentaire	103, 108, 357, 518, 562
Perquisition	548
Possession d'état	296, 510, 555
Pourvoi dans l'intérêt de la loi	345
Pouvoir exécutif	362, 534
Prééminence du droit	568, 573
Préemption fiscale	401
Premier président	192, 193, 385, 539, 773, 585, 602-607, 621, 796
Prénom	93, 513
Prescription	37, 555, 620
Président de chambre	48, 65, 68, 69, 104, 608, 614
Présomption d'innocence	321, 331, 356, 562, 620
Prestation familiale	297
Preuve	118, 121, 493, 498, 562, 598, 641, 775

Prévisibilité	371, 557, 617, 620, 622
Principe à valeur constitutionnelle	3
Principe général	265, 551, 746
Principes généraux du droit	3, 8, 305
Procédure d'avis	556
Procédure disciplinaire	94, 395, 537, 588
Procédure par contumace	388
Propriété commerciale	127
Publication	14, 130, 232, 233, 257, 314
Publicité commerciale	554
Publicité des débats	94, 470, 591

Q

Qualification pénale	261, 622
Quotité disponible	296

R

Rapatriés	563
Rapport du Conseiller rapporteur	358, 608-616
Ratification	14, 41, 130, 139, 204, 232, 233, 257, 314, 528, 714, 754
<i>Ratio decidendi</i>	318, 370, 409
Réciprocité	94, 133, 139, 533, 534-537, 543
Reconnaissance (filiation)	68, 85, 88, 510, 556, 773
Récusation	101, 452, 467-485, 690
Règlement intérieur	277
Renonciation	472-475, 480, 484, 485
Repos hebdomadaire	103
Représentant légal	330
Répudiation	521, 662-670, 677-679, 702, 704
Requalification	593, 695
Réserve	41, 130, 139, 233, 507, 678, 689, 754, 762, 764, 765
Réserve héréditaire	296, 499
Résolution intérimaire	328, 338
Responsabilité contractuelle ou délictuelle	117
Retrait du rôle	602-607
Retraite	126, 368
Rétroactivité des revirements de jurisprudence	617-623
Rétroactivité <i>in mitius</i>	359, 551, 552, 751
Révision	321, 334, 492, 588

S

SACEM	120
Salarié	118, 124, 126, 210, 226, 563, 570, 592, 618, 623
Sanction disciplinaire	277, 510
Sanction fiscale	401
Secret de l'instruction	562
Secret des correspondances	118
Secret du délibéré	69
Secret professionnel	517
Sécurité juridique	274, 305, 371, 405, 573, 618-620, 622, 623
Séparation des pouvoirs	288, 292, 577

Signature	41
Société de capitaux étrangère	558
Société démocratique	117, 125, 355, 547, 753
Sondage d'opinion	268, 423
<i>Speciala generalibus derogant</i>	739, 741
Squatter	109
Standstill	204
Substitution de motifs	774
Succession	309, 390, 499, 555, 637
Suspicion légitime	482-484
Syndic de copropriété	125
Syndicat	120, 210, 220

T

Tableau d'amortissement	568
Témoigner Témoignage Témoin	331, 351, 472, 689, 706
Transsexuel	85, 343, 368, 419, 513
Travail de nuit des femmes	707
Tribunal des affaires de sécurité sociale	561
Tribunal du contentieux de l'incapacité	478, 596

U

UNESCO	6, 11
--------	-------

V

Vie familiale	562, 635, 769, 777
Vie privée	117-119, 124, 126, 226, 297, 368, 411, 419, 455, 463-465, 488-493, 508, 513, 518, 548, 549, 554, 561, 627, 734, 753, 755, 762, 763, 770
Vie privée professionnelle	411
VIH	389
Voile	402

La Cour de cassation face aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme

<u>Introduction</u>	19
<u>Partie I- La justiciabilité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme</u>	39
Titre I- L'effet direct des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme	45
<u>Chapitre I- Les tâtonnements de la Cour de cassation face à l'effet direct des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme</u>	47
<u>Section I- L'impasse de l'approche globaliste de l'effet direct du traité international protecteur des droits de l'Homme</u>	48
§1- Une approche retenue par méprise du juge de cassation	49
A- L'approche globale positive effleurée à l'égard de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales	49
1- La motivation inappropriée de la Chambre criminelle	49
2- L'impossible effet direct global de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales	51
B- L'approche globale négative développée à l'égard de la Convention internationale des droits de l'enfant	55
1- L'interprétation erronée de la première Chambre civile et de la Chambre sociale	55
2- L'inconciliabilité de la négation globale avec le caractère objectif des droits de l'Homme	62
§2- Une approche retenue en l'absence de dialogue des juges	63
A- L'absence de dialogue entre les juges internes	64
B- L'absence de dialogue entre la Cour de cassation et les organes supranationaux de contrôle	70
<u>Section II- La mise en œuvre désordonnée de l'approche partielle de l'effet direct du traité international protecteur des droits de l'Homme</u>	73
§1- L'effet direct vertical de la disposition conventionnelle	73
A- L'interprétation de la jurisprudence explicite relative à l'effet direct d'une disposition conventionnelle	73
1- L'affirmation explicite support de la négation	74
2- L'affirmation explicite en renfort du revirement	75
B- L'interprétation de la jurisprudence implicite relative à l'effet direct d'une disposition conventionnelle	78
1- L'effet direct déduit du contrôle de conventionnalité	78
a- Les quasi-certitudes découlant de la jurisprudence relative aux droits civils et politiques	79
b- La transposition du raisonnement à la jurisprudence relative aux droits économiques, sociaux et culturels	84
2- L'analyse hypothétique des moyens irrecevables	86
§2- L'effet direct horizontal de la disposition conventionnelle	89

A-	L'admission de l'effet direct horizontal de certains droits consacrés par la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales	90
B-	Le maniement maladroit du mécanisme de l'effet direct horizontal	97
	<u>Conclusion du Chapitre I</u>	104
	<u>Chapitre II- Pour une rationalisation de la jurisprudence relative à l'effet direct</u>	107
	<u>Section I- La définition de la présomption d'effet direct fondée sur la spécificité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme</u>	107
§1-	La volonté présumée des Etats de reconnaître des droits au bénéfice des individus	110
A-	Les fondements de la présomption	110
1-	Le caractère objectif des droits de l'Homme	111
2-	L'interprétation impossible de la volonté des parties	112
B-	L'inadéquation de la jurisprudence actuelle à la spécificité des droits de l'Homme	114
§2-	La défectuosité de la norme seul fondement du renversement de la présomption	116
A-	La définition du critère objectif de l'effet direct	117
1-	La création de droits subjectifs en faveur des individus	118
2-	Les propositions doctrinales en faveur de l'assouplissement du critère objectif	119
B-	La pertinence du critère classique de l'effet direct dans le contentieux de la Cour de cassation	121
1-	Le critère objectif de l'effet direct dans le contentieux subjectif dévolu à la Cour de cassation	122
2-	Le critère objectif de l'effet direct dans le contentieux de la légalité dévolu à la Chambre criminelle	124
	<u>Section II- La mise en œuvre de la présomption d'effet direct dans la jurisprudence de la Cour de cassation</u>	126
§1-	La mise en œuvre formelle de la présomption	127
A-	L'approche partielle motivée de l'effet direct	127
B-	L'unicité de la jurisprudence relative à l'effet direct	131
§2-	La détermination des dispositions d'effet direct	134
A-	Le dépassement du clivage entre les générations des droits de l'Homme	135
1-	Les apports théoriques transposables dans le contentieux de la Cour de cassation	135
2-	Les perspectives générées par la jurisprudence rendue à l'égard des Conventions OIT	140
B-	La recherche de la plénitude de l'effet direct des dispositions conventionnelles	142
1-	La détermination des dispositions conventionnelles d'effet direct vertical	142
2-	La détermination des dispositions conventionnelles d'effet direct horizontal	146
	<u>Conclusion du Chapitre II</u>	150
	<u>Conclusion du Titre I</u>	151

Titre II- L’invocabilité des traités internationaux protecteurs des droits de l’Homme	155
<u>Chapitre I- L’invocabilité des dispositions conventionnelles</u>	159
<u>Section I- L’invocabilité d’exclusion des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l’Homme</u>	160
§1- La définition de l’invocabilité d’exclusion	160
A- L’origine du mécanisme	161
1- La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes	161
2- La jurisprudence du Conseil d’Etat français	162
B- La souplesse d’un mécanisme transposable aux droits de l’Homme	163
1- Les conditions de l’invocabilité d’exclusion	165
2- L’effet de l’invocabilité d’exclusion	167
§2- Les potentialités de l’invocabilité d’exclusion dans le contentieux de la Cour de cassation	168
A- L’invocabilité d’exclusion à l’égard des normes étatiques	168
B- L’invocabilité d’exclusion à l’égard des conventions privées	170
<u>Section II- L’invocabilité d’interprétation conforme du droit national à la lumière des dispositions conventionnelles</u>	176
§1- L’identification de l’invocabilité d’interprétation conforme	176
A- Un mécanisme emprunté à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes	176
B- Les effets de l’interprétation conforme	177
§2- La mise en œuvre de l’invocabilité d’interprétation conforme aux bénéfices des traités internationaux protecteurs des droits de l’Homme	180
A- Un mécanisme exploité par la Cour de cassation à l’égard de la Convention de sauvegarde des droits de l’Homme et des libertés fondamentales	180
B- Un mécanisme transposable aux droits de l’Homme dénués d’effet direct	187
<u>Conclusion du Chapitre I</u>	191
<u>Chapitre II- L’invocabilité des interprétations supranationales</u>	193
<u>Section I- L’invocabilité directe de certains arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l’Homme</u>	198
§1- La création d’un droit d’accès au juge	199
A- Un droit restreint par la rigueur de la loi	200
1- La décision préalable de la Commission de réexamen	200
2- L’invocabilité directe de l’arrêt limitée au litige tranché par la Cour européenne des droits de l’Homme	203
B- Un droit circonscrit à la matière pénale	205
1- La justification de la solution fondée sur l’identité des parties	206
2- Les perspectives d’avenir du réexamen en matière civile	208
§2- L’efficacité de la procédure de réexamen	210
A- La large ouverture au réexamen par la Commission	210
B- L’examen attentif du pourvoi par l’Assemblée plénière	213

<u>Section II- L’invocabilité d’interprétation conforme à la chose interprétée par les organes supranationaux de contrôle</u>	220
§1- Les fondements de l’invocabilité d’interprétation conforme à la chose interprétée	221
A- L’autorité du précédent rendu par la Cour européenne des droits de l’Homme	221
B- L’autorité de fait des interprétations fournies par les autres organes supranationaux de contrôle	226
§2- La mise en œuvre de l’invocabilité d’interprétation conforme à la chose interprétée	230
A- L’inconstance de la Cour de cassation dans la transposition des interprétations supranationales	231
1- L’inconstance de la réception judiciaire des interprétations	232
2- L’inconstance de la formalisation de la transposition	240
B- Pour une rationalisation de la jurisprudence relative à l’invocabilité d’interprétation conforme à la chose interprétée	247
1- La détermination de l’interprétation transposable	247
2- Vers un dialogue des juges	250
<u>Conclusion du Chapitre II</u>	256
<u>Conclusion du Titre II</u>	257
<u>Conclusion de la Partie I</u>	258
<u>Partie II- L’application coordonnée des normes</u>	261
<u>Titre I- L’application coordonnée des traités internationaux protecteurs des droits de l’Homme avec le droit national</u>	263
<u>Chapitre I- La subsidiarité des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l’Homme</u>	265
<u>Section I- La subsidiarité parfaite</u>	267
§1- La persistance de la subsidiarité parfaite	268
A- L’application prioritaire du droit interne	269
1- Une subsidiarité justifiée	270
2- Une subsidiarité parfois inopportune	275
B- La déchéance du droit de se prévaloir du traité	278
§2- Le vacillement de la subsidiarité parfaite	286
A- Le cumul des fondements	287
B- La subsidiarité inversée	291
<u>Section II- La subsidiarité imparfaite</u>	294
§1- Le défaut de réponse à l’argument conventionnel	295
§2- L’enrichissement du droit interne moins protecteur que la norme internationale	299
<u>Conclusion du Chapitre I</u>	307

<u>Chapitre II- La primauté des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'Homme</u>	309
<u>Section I- Le contrôle de conventionnalité classique</u>	312
§1- Le contrôle de conventionnalité des lois et règlements	312
A- Le contrôle de conventionnalité directement effectué par la Cour de cassation	313
1- Les contours du contrôle de conventionnalité appliqué aux droits de l'Homme	313
a) La spécificité du contrôle appliqué aux droits de l'Homme	313
b) La limite du contrôle appliqué aux droits de l'Homme	315
2- L'efficacité du contrôle de conventionnalité appliqué aux droits de l'Homme	319
a) Les contrôles lacunaires	320
b) Les contrôles opérants	327
B- Le contrôle du contrôle de conventionnalité effectué par les juges du fond	334
§2- Le contrôle de l'intervention législative	338
A- L'identification du contrôle de conventionnalité des lois rétroactives	338
B- La portée du contrôle de l'intervention législative	352
<u>Section II- La mutation du contrôle de conventionnalité</u>	354
§1- Le contrôle de conventionnalité du déroulement de la procédure	355
A- Le contrôle de conventionnalité du déroulement de la procédure devant les juridictions du fond	356
1- La pratique juridictionnelle et le droit au procès équitable	356
2- Les procédures légales et le procès équitable	362
B- Le contrôle de la conventionnalité de sa propre procédure par la Cour de cassation	366
1- L'adaptation des pratiques	367
a) L'exigence de motivation et la procédure de retrait du rôle	368
b) L'apparence d'une justice équitable et le rôle de l'Avocat général	373
2- Vers le contrôle de conventionnalité du revirement de jurisprudence ?	381
§2- Le contrôle de conventionnalité des normes n'émanant pas de l'Etat français	387
A- Le contrôle de conventionnalité de l'acte juridique privé	387
B- Le contrôle de conventionnalité de la loi étrangère	390
1- L'identification du contrôle dans la jurisprudence	392
2- La justification du contrôle	395
<u>Conclusion du Chapitre II</u>	399
<u>Conclusion du Titre I</u>	400

Titre II- L'application coordonnée des traités internationaux entre eux	401
<u>Chapitre I- L'identification des mécanismes de coordination employés par la Cour de cassation</u>	403
<u>Section I- La précellence des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme</u>	405
§1- L'identification de la précellence	405
A- La précellence inférée par l'ordre public international	406
B- La précellence déduite de l'interprétation conforme	414
§2- Les fondements de la précellence	416
<u>Section II- La préséance de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales sur les traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme</u>	419
§1- La préséance des dispositions conventionnelles issues de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales	420
A- Le choix de la disposition conventionnelle appliquée	421
1- L'identification de la préséance dans la jurisprudence de la Cour de cassation	421
2- Les dangers de la préséance	425
B- La préséance provoquée par la Cour de cassation	428
1- La substitution de dispositions conventionnelles	428
2- La justification délicate de la substitution	429
§2- La préséance du précédent rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme	432
A- La transposition du précédent européen préférée à l'application d'une disposition conventionnelle	432
B- Le rejet du pourvoi fondé sur un droit identique à celui résultant de la transposition d'un précédent	436
1- La neutralisation des droits consacrés par les autres traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme	437
2- L'échec du raisonnement au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme	441
<u>Conclusion Chapitre I</u>	444
<u>Chapitre II- Pour l'émergence d'une notion de complémentarité des traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme</u>	445
<u>Section I- L'application de la clause la plus adéquate</u>	446
§1- L'influence du pourvoi	447
§2- La justification du choix en faveur de la clause la plus adéquate	451
<u>Section II- L'application de la clause la plus favorable</u>	452
§1- L'application de la disposition conventionnelle la plus favorable	453
A- Les fondements conventionnels de la règle	454
B- La détermination de la clause la plus favorable	455
§2- La transposition de l'interprétation la plus favorable	459
A- La « <i>fertilisation croisée</i> » des dispositions interprétées	461

B- La conciliation délicate des interprétations divergentes affectant des intérêts opposés	466
<u>Conclusion du Chapitre II</u>	473
<u>Conclusion du Titre II</u>	474
<u>Conclusion de la Partie II</u>	475
<u>Conclusion générale</u>	477
BIBLIOGRAPHIE	483
INDEX des principales décisions abordées	567
INDEX	583