

INFLUENCE DE LA CONVENTION EUROPEENNE SUR LE
DROIT FRANÇAIS
ROME
18 octobre 2024

À bien des égards, les relations entre la France et la Convention européenne des droits de l'homme pourrait paraître ressembler à l'ouvrage que Lénine écrivait en 1904 : « un pas en avant deux pas en arrière »... passant comme l'a dit Emmanuel Decaux, par toutes les phases de célèbre dialogue de la vieille comptine populaire *En effeuillant la marguerite*... sans aller jusque aux paroles de la célèbre chanson française de Serge Gainsbourg : « *Je t'aime, moi non plus* ».

Revenant à notre rencontre précédente (du moins pour ceux qui s'y trouvaient) en septembre dernier au palais Barberini, on rappellera certes que la France activement participé aux travaux préparatoires et que le 4 novembre 1950, le ministre français des affaires étrangères de la France, Robert Schuman, était bien présent pour signer la Convention, le 4 novembre 1950.

Mais à l'instant d'aborder –malheureusement très sommairement– l'influence de ce texte sur les systèmes juridictionnels internes, comment ne pas relever pourtant que depuis 74 ans, les rapports entre la France et cette Convention, qui deux ans après la Déclaration universelle du 10 décembre 1948, proclamait la volonté d'instaurer à l'échelle régionale de l'Europe un système effective de protection des droits de l'homme, auront été pour le moins contrastés.

Pour comprendre mieux la lente pénétration qu'a pu connaître la Convention dans le système judiciaire français, on ne peut que rappeler brièvement les diverses justifications qui ont été successivement ou cumulativement données à l'attitude de la France. Car elle conserve des pesanteurs à l'époque actuelle. Ce retard n'a dans un premier temps pas été juridique mais politique. Sur un fond de méfiance européenne avec ce qu'il est convenu d'appeler la crise de la CED, oubliée aujourd'hui mais qui culmine en août 1954 avec le rejet du projet d'armée européenne. On citait aussi le droit à l'instruction, « le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques » figurant dans le premier protocole additionnel qui selon les affirmations des militants de l'enseignement laïc pouvait être interprété en faveur de l'octroi de subsides à l'enseignement libre. À partir de 1956 et surtout après

1958, avec la Cinquième République débutante, une opposition politique plus marquée a pris forme, liée à la guerre d'Algérie et à l'existence d'une Cour de sûreté de l'État. Il existait aussi des craintes concernant l'article 15 de la Convention relatif aux situations de crise, au regard de l'existence dans la constitution française des pouvoirs exceptionnels de l'article 16... On disait craindre aussi que monopole de l'O.R.T.F. ne tombe sous le coup de la Convention...

À cela s'ajoutait une certaine idée gaulliste de la justice et de l'Europe qui n'ont pas manqué de retarder de nouveau la ratification, malgré une mobilisation de de parlementaires et de certains juristes menés par René Cassin, en faveur de la ratification.

Finalement, on le sait, la France fut le dernier État fondateur du Conseil de l'Europe à ratifier la Convention le 3 mai 1974, (pendant un intérim du président du Sénat après la mort du président Pompidou), mais avec des réserves et sans le droit de recours individuel.

Il fallut encore attendre sept ans 7 ans pour que soit levé les réserves de l'article 15 sur le recours individuel qui fut autorisé—31 ans après la signature—par décret daté du 9 octobre 1981, jour de l'adoption de la loi abolissant la peine de mort, ce qui serait ici une double occasion de célébrer, l'année même de sa mort, notre dette envers Robert Badinter qui s'est lui-même rendu le 2 octobre précédent à Strasbourg pour lever auprès du secrétaire général du conseil de les réserves de la France.

Il n'en reste pas moins en moins vrai que sur les 74 années de l'existence de la Convention, la France aura passé presque la moitié (1950 à 1981—soit 31 ans) en dehors ou sur pas de la porte, et que le premier arrêt « français »— l'arrêt Bozano —allaient intervenir que le 18 décembre 1986, soit 36 ans après l'adoption de la Convention

Depuis si l'on se réfère aux statistiques connues au 1^{er} janvier 2023, la France a fait l'objet de 1087 arrêts de la Cour. Même si les arrêts de violation concernent en majorité le droit à un procès équitable toutes les dispositions de la Convention ont été revisitées à l'occasion des requêtes françaises notamment celles relatives au droit à la liberté et à la sûreté ou le droit à la vie au droit de propriété en passant par la protection de la vie privée et la liberté d'expression. Ainsi que la torture et les traitements inhumains et dégradants.

Pour que l'application de la convention, on sait qu'il était nécessaire que le système judiciaire français proclame la supériorité des traités sur la loi nationale, ce qui résultait au demeurant de l'article 55 de la constitution. Or si la Cour de Cassation a répondu relativement vite à cette nécessité dans son célèbre arrêt Jacques Vabres du 24 mai 1975¹, le Conseil d'État a pris beaucoup plus de temps, pratiquement 15 années, pour reconnaître dans son arrêt Nicolo, la suprématie d'un traité sur une loi postérieure². Les réticences face à la Convention ont toujours conservé une certaine force sournoise.

I - Première période : de 1986 au début des années 2000, encore que le terme en soi difficile à déterminer exactement.

L'application directe de la Convention a connu une première période de « flottement », certains juges étant très marqués par une vision formaliste et se bornant à viser la conformité à la Convention, sans tenir compte de la jurisprudence de la Cour. Le président Teitgen pouvait dire ainsi : « *Malheureusement en France, notre nationalisme judiciaire est-elle qu'il faut des années pour qu'une règle extérieure –supérieure à notre législation interne– pénètre dans notre ordre juridique* »³.

Il y avait en vérité, de bonne ou de mauvaise foi, au regard des traités internationaux une incompréhension affichée face à la nature de la Convention. On invoquait alors toujours l'absence d'effets *erga omnes* des décisions, dont on inférait une absence d'effets en droit interne. On soulignait le fait que la législation française conférait par elle-même plus de garanties au justiciable que la Convention !⁴ Dans le petit livre « bêtisier » qu'il a consacré au début de la Convention en France, Marc André EISSEN a même cité un auteur (inter alia) qui

¹ Cour Cass. Chambre mixte 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, Dalloz 1975 p. 497, conclusions Touffait.

² CE, Assemblée plénière 20 octobre 1989 *Nicolo*, Recueil p. 190, conclusions Frydman.

³ P.-H. TEITGEN, *Aux sources de la Cour et la Convention européennes des droits de l'homme*, Paris, éd. Confluences, coll. Voix de la Cité, 2000, p. 61.

⁴ M.-A. EISSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence française*, (1974–1982), ENM, 1983, p.7.

avait qualifié la Convention de : « *déclaration générale de principes, somme toute anodine, s'agissant des civilisations occidentales, et en rien innovatrice* »⁵.

Une telle réticence, mauvaise humeur, ce nationalisme ou orgueil judiciaire interne se manifestait aussi par le fait que les autorités négligeaient les constats de violations intervenues d'autres pays pour anticiper des réformes indispensables chez eux.

Et pourtant, à partir de 1986 et au début des années 2000—avec quelques résurgences depuis—on peut dire que la jurisprudence de Strasbourg a eu un impact déterminant sur l'évolution des droits des justiciables français et a notamment contribué à remodeler les dispositions de procédure pénale dans un sens d'harmonisation avec la règle européenne. Et que jusqu'à ce jour, la Cour a eu globalement, le dernier mot.

Sous l'égide la prééminence du droit, la jurisprudence de la Cour a ainsi permis l'instauration progressive d'un haut standard protection notamment des droits de la défense au nom de l'effectivité de l'accès à la justice et du principe de l'égalité des armes. Il faut ajouter que souvent les juridictions nationales n'hésitent plus à appliquer la Convention pour en dégager des solutions ne découlant pas de jurisprudences existantes de la cour, anticipant celles-ci en quelque sorte ; tel le Conseil d'État à propos de l'important problème de la « cristallisation » des pensions militaires, où il a fait spontanément application de l'article 14 de la Convention et du protocole n° 1. Il faut ajouter que souvent les juridictions nationales s'emploient désormais à appliquer la Convention européenne des droits de l'homme pour en dégager des solutions ne découlant pas de jurisprudences existantes de la Cour.

En ce qui concerne le Conseil constitutionnel, la question apparaît simple puisqu'il refuse d'examiner la conformité des lois qui lui sont déférées à la Convention européenne des droits de l'homme et qu'il ne vise jamais la jurisprudence de la Cour (à l'exception toutefois de l'arrêt *Leyla Sahin* contre

⁵ Ibid., p.23.

Turquie de 2004 dans sa décision du 19 novembre 2004)⁶. Mais en recourant implicitement à la méthode de l'interprétation conforme il s'attache à donner aux droits fondamentaux de source constitutionnelle une portée identique à ceux, équivalents, garantis par la Convention⁷. De ce fait la « QPC » instaurant un contrôle de constitutionnalité contribue désormais à prévenir des recours qui auraient été formés devant la Cour et peuvent n'avoir plus lieu de l'être.

En matière de procédure pénale, on citera d'autres exemples :

Dès 1991, la jurisprudence de la Cour a eu une incidence directe sur le régime de la détention provisoire après les principes énumérés par l'arrêt *Letellier c. France*, clairement réaffirmés huit ans plus tard pour ce qui est des motifs « pertinents » et « suffisants », utilisés en France pour motiver le maintien en détention dans l'arrêt *Ismaël Debboub alias Hussein Ali c. France*⁸. On y ajoutera le principe de publicité des débats judiciaires ou l'obligation pour une juridiction de motiver ses arrêts et à l'instauration d'une protection effective des atteintes à la liberté individuelle.

-l'obligation d'assurer un droit d'accès à l'intégralité des pièces constituant la procédure pénale sans restriction, avec l'affaire *Foucher c. France* qui a été à l'origine d'une modification de la législation française en la matière⁹, le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge ; le droit d'avoir communication à l'avance et de répondre à l'avis du ministère public ou du « droit des parties au procès à présenter les observations qu'elles estiment pertinentes pour leur affaire dont le corollaire est une obligation "à la charge du "tribunal", de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre', c'est-à-dire dûment examinées par le tribunal.¹⁰

⁶ O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le conseil constitutionnel*, communication prononcée le 13 février 2009, à l'occasion de la visite du Président et d'une délégation de la Cour européenne des droits de l'homme au Conseil constitutionnel. Disponible sur www.conseilconstitutionnel.fr

⁷ G. CANIVET, in *L'exigence de justice*, mMélanges en l'honneur de Robert Badinter, Dalloz 2016, p.147.

⁸ CEDH, *Letellier c. France*, 26 juin 1991, série A n° 207, p. 18, § 35 ; *Ismaël Debboub alias Hussein Ali c. France* du 9 novembre 1999, n° 37786/97.

⁹ CEDH, *Foucher c/ France* 19 mars 1997 – cas d'un malheureux braconnier qui s'est défendu lui-même son pouvoir avoir communication de son dossier.

¹⁰ CEDH, *Dulaurans c. France*, 21 mars 2000, no 34553/97, § 33.

Mais la jurisprudence européenne a fait aussi et surtout fait entrer de plain-pied au rang des principes cardinaux le droit de garder le silence, ou droit de ne pas s'incriminer soi-même" et plus largement le droit de se taire" qui n'était énoncé par aucun article de la Convention (mais protégé par l'article 14-3 g du Pacte international sur les droits civils et politiques) que la Cour a fait entrer de plein pied dans le droit positif européen et français dans l'affaire *Funcke c. France*.¹¹

Et sur un plan plus général, on soulignera que la jurisprudence européenne a consacré en 1997 un droit à l'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, qui fait partie intégrante du droit à un tribunal, ce qui qui vaudra par la suite plusieurs condamnations à la France en cas d'inertie dans des procédures d'expulsion¹².

Il demeurerait cependant qu'en matière d'autorité de la chose jugée ou d'autorité de la chose interprétée contrairement à certains pays qui avaient pris des mesures en vue de rendre toute décision de la Cour obligatoire pour leurs juridictions internes la Chambre criminelle de la cession en 1993 et en 1994 dans ses arrêts maintenait fermement le principe suivant lequel une décision strasbourgeoise constatant le non-respect d'un des droits garantis par la Convention permet à celui qui s'en prévaut de demander réparation mais reste sans incidence sur la validité des procédures de droit interne¹³.

Au titre de l'influence de la jurisprudence de la cour, doit être enfin cité la réforme de principes issus de la loi dite Guigou, du 15 juin 2000 sur le réexamen en matière pénale, intervenue, dans le contexte délicat de l'affaire Papon, avec qui ouvre la voie à un réexamen d'une décision de justice définitive à la suite de la Cour européenne, mais seulement en matière pénale.

En vérité, force est de constater que cette incorporation n'a pas été sans résistance.

On n'en prendra que quelques exemples :

- : **écoutes téléphoniques** : des relents de réticences à l'acceptation de la convention, ont peut-être conduit la France à ne pas prendre en considération le contenu *l'arrêt Klass c. Allemagne* –certes à bien des égards théorique–mais dans

¹¹ CEDH, *Funke c. France* du 25 février 1993, série A no 256-A, p. 22, par. 44

¹² CEDH arrêt *Hornsby c. Grèce* du 19 mars 1997, Recueil 1997-II, p. 510 ; *Matheus c. France*, 31 mars 2005 no62740/00 ; 21 janvier 2010, R. P. c. France, n° 10271/02 ; *Barret et Sirjean c. France*, n° 13829/03 ; *Fernandez et autres c. France*, n° 28440/05.

¹³ Cass. Crim., arrêt *Kemmache* du 3 février 1993 (Bull. crim. N° 109) et *Saïdi* du 4 mai 1994 (J.C.P. 1994 II 22349).

lequel la Cour avait fixé les principes qu'elle devait appliquer aux interceptions des Etats membres au fur et à mesure des saisines et notamment en ce qui concerne la légalité proprement dite et la "qualité de la loi" qui la met en œuvre¹⁴. On ne s'étonnera pas dès lors qu'au début 1990 soient intervenues la double condamnation de la France dans les arrêts *Kruslin c. France et Huvig c. France* qui va avoir pour conséquence immédiate d'intervention d'une nouvelle loi du 10 juillet 1991 destiné à organiser une réglementation des écoutes téléphoniques conformes aux modalités que la Cour de Strasbourg. Sans doute insuffisante, comme devait le montrer huit ans plus tard de nouvelles condamnations de la France pour l'effectivité des recours permettant un « contrôle efficace des enregistrements litigieux ».postérieurement à la loi du 10 juillet 1991 par les arrêts *Lambert et Matheron c. France*¹⁵.

- Le deuxième exemple d'une résistance judiciaire résiduelle encore plus symptomatique peut se trouver à partir de 1993 dans l'affaire *Poitrimol*, suivi d'autres arrêts *Lala et Pelladoah*, *Omar*, *Guérin* et étonnamment jusqu'à *Papon* qui a réussi à faire condamner la France pour le seul motif de la résistance de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui s'est obstinée à maintenir l'obligation d'un condamné à ce constituer prisonnier la veille de l'examen de son pourvoi contre un arrêt de Cour d'assises, à peine de déchéance de celui-ci.
- On retrouvera la même résistance de la part des juridictions supérieures françaises à défendre la spécificité du « Parquet à la française », sanctionnée par l'arrêt de Grande chambre *Medvedyev* du 29 mars 2010, puis par l'arrêt *Moulin* du 23 novembre 2010 qui a néanmoins conduit à l'adoption de l'article 22 de la loi du 14 avril 2011 pour que la personne arrêtée ne soit pas présentée au parquet mais toujours traduite devant un juge.¹⁶

On pourrait citer aussi, devant les juridictions administratives, la participation du commissaire du Gouvernement au délibéré de la formation de jugement au nom de cette fiction juridique voudrait qu'il soit un magistrat comme un autre de la juridiction malgré les avis qu'il prononce et qui a été réglé qui a été réglée au prix de changements qualifiés de « cosmétiques » par certains commentateurs,

¹⁴ CEDH, *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, série A n° 28 § 42.

¹⁵ CEDH, *Lambert c. France* 24 août 1998 et *Matheron c. France* 29 mars 2005.

¹⁶ CEDH, *Moulin c. France*, 23 novembre 2010, n° 37104/06.

consistant pour l'essentiel à rebaptiser depuis le décret du 7 janvier 2009, le « commissaire du gouvernement » en rapporteur public permis ainsi de maintenir sans le dire la dualité de fonction du Conseil d'État.

Au plan de l'égalité des armes, la résistance de la Cour de cassation fut la même s'agissant de l'absence a non-communication au requérant et à son conseil du rapport du conseiller rapporteur, alors que ce document était porté à la connaissance de l'avocat général devant la Cour de cassation. La Cour de Strasbourg y avait vu dès 2000 dans l'arrêt *Reinhardt et Slimane-Kaïd* du 31 mars 1998 une violation de l'article 6-1.

Après une nouvelle condamnation dans l'affaire *Voisine c. France*, en 2000. C'est ainsi en constatant que la procédure devant la chambre criminelle de la Cour de cassation n'avait aucunement évolué, que la Cour a appliqué une nouvelle fois sa jurisprudence et constaté une violation de l'article 6 § 1¹⁷.

- II- Depuis 2000, certes il est vrai, que le droit de la Convention telle qu'interprété par la Cour de Strasbourg a pénétré irrévocablement le droit interne français, illustrant ce que Lord Denning avait annoncé pour le droit communautaire qui à l'instar du de marée remontant les estuaires finissait par submerger les Didier envahir les terres » du droit national.¹⁸ Mais, on ne on ne saurait céder à la vision d'un déroulement sans accroc.

Dans le cadre de cette conférence on n'en prendre que deux exemples qui paraissent illustrer cet état de fait :

Après l'intervention en 2008 et 2009, des arrêts *Salduz et Dayanan c. Turquie*, France avait eu le temps de modifier sa législation interne sur la présence de l'avocat lors d'une garde à vue et d'éviter la condamnation dans l'affaire *Brusco c. France*, le 14 octobre 2010.

¹⁷ CEDH, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France*, nos 22921/93 et 23043/93 ; *Voisine c. France*, n° 27362/95, 8.2.2000, § 31 ; *Adoud et Bosoni c. France* 27/02/2001.

¹⁸ Selon Lord Denning, cité par Philippe Malaurie, in *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas, p. 280.

Pour cela il aurait fallu qu'elle ne commence pas par contesté tout effet en droit français la jurisprudence turque de novembre 2008¹⁹. Or des 2009, le porte-parole du ministère de de la justice contestait encore que ces deux arrêts puissent s'appliquer au système français. " *La CEDH –disait-il–évoque l'assistance et l'accès à un avocat, elle n'exige pas sa présence permanente ni pendant les interrogatoires.*" En présence de cette réticence, par une décision du 30 juillet 2010, le Conseil constitutionnel cependant quant à lui sur la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 aout 1789 et ses articles 9 et 16 enjoignait au gouvernement de mettre en application avant le 1^{er} juillet 2011 une loi qui permette de mettre en œuvre ces préconisations.

La mise en conformité devait être finalement effectuée par la loi du 14 avril 2011. C'est ici pour moi l'occasion de saluer combat du bâtonnier Christian Charrière Bournazel, bâtonnier de l'ordre des avocats de Paris, pour emporter cette victoire.

On peut également citer la question du droit de tout détenu de saisir le juge judiciaire pour mettre fin à une détention. C'est après la condamnation de la France, le 30 janvier 2020, dans l'arrêt pilote *JMB et autres c. France*, est intervenue la loi du 8 avril 2021 qui a créé un recours destiné à permettre à tout détenu de saisir le juge judiciaire pour mettre fin à une détention dont les conditions seraient contraires à la dignité humaine .

Au-delà, se profilait la situation des détenus dans les prisons françaises. La surpopulation carcérale a entraîné la multiplication des condamnations jusqu'à ce même *J.M.B. et autres* du 30 janvier 2020 regroupant trente-deux requêtes pour mieux montrer le caractère systémique de la violation des articles 3 et 13. Avant toute réaction effective du législateur, la Cour de cassation a décidé d'agir elle-même par un arrêt le 8 juillet 2020 .

Pourtant, un peu plus de trois ans après l'arrêt *J.M.B.*, la France devait être à nouveau condamnée par la Cour dans une décision *B.M. et autres*, s'agissant des conditions de détention dans la maison d'arrêt de Fresnes et rappelle que le référé-liberté constitue une voie de recours effective pour remédier aux atteintes à l'article 3 de la Convention.

¹⁹ *CEDH, Salduz c. Turquie* - no 36391/02, 27 novembre 2008. *Dayanan c. Turquie*, [GC] no 7377/03, 13 octobre 2009 et *Brusco c. France*, 14 octobre 2010, n° 1466/07

De longue date la Cour a joué un rôle novateur dans la conception des relations entre l'individu et la société notamment en ce qui concerne la protection de la vie privée et la notion de famille. Les arrêts de la Cour ont servi d'aiguillon à l'intervention de réformes législatives, même dans les cas où, au nom de l'autorité de la chose jugée, l'auteur du recours lui-même ne pouvait bénéficier de cette nouvelle législation. Ainsi la condamnation de la France dans l'affaire *B. c. France* du 25 mars 1992, concernant le changement d'état civil d'un transsexuel devait contraindre la Cour de cassation à abandonner sa jurisprudence relative au refus de modifier l'état civil du transsexuel. Quelques mois après, par deux arrêts du 11 décembre 1992, la Cour de cassation (en Assemblée plénière) a cassé deux arrêts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, du 15 novembre 1990, qui déboutaient des transsexuels de leur demande en rectification de leur acte de naissance.²⁰

La législation française doit à la Cour de Strasbourg et à son arrêt, *Mazurek c. France*, du 1er février 2000, statuant sur les droits successoraux des enfants adultérins, d'avoir mis un terme aux discriminations successorales dont ces derniers ont été victimes dans la législation française jusqu'à l'intervention de la loi du 3 décembre 2001²¹. Pourtant, cette incorporation du droit issu de la Convention peut-être imparfaite. C'est bien à propos de la mise en application des dispositions transitoires de la loi française de 2001, que la Cour a été obligée à nouveau de condamner la France, dans son arrêt de grande chambre *Fabris c. France* du 7 février 2013, puis derechef – 18 ans plus tard ! – le 14 mars 2019 dans l'affaire *Quilichini c. France*, en raison du maintien de l'application de l'ancienne législation discriminatoire lors du partage d'une indivision successorale à l'encontre d'enfants adultérins nés avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 décembre 2001. Naturellement dans le cas de ce propos limité, on se demandera mais d'autres pourraient être présentés utilement.

Cette influence a-t-elle conduit la Cour à s'interroger sur les effets que sa jurisprudence pouvait produire sur la société dans les états membres ? Les affaires dites « sociétales » paraissent révéler une nouvelle approche, qui semble présider au prononcé de décisions exprimant de façon plus subliminale que directe, une

²⁰ CEDH, *B. (Botella) c. France*, arrêt du 25 mars 1992, série A n° 232-C.

²¹ Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 (JO 4 déc. 2001),

réticence, une prudence ou un embarras de la Cour avant d'en venir à approfondir toujours davantage la substance de nouveaux droits.

Il semble en effet que la Cour et semblé préférer se retrancher dans ses motivations derrière :

- l'absence de consensus européen
- la marge d'appréciation, par voie de conséquence qualifiée d'important
- le fait que les juridictions nationales sont mieux à même de pouvoir apprécier et trancher une situation donnée qui renvoie au principe de subsidiarité.

Cette méthode a été notamment privilégiée en matière de droits à la connaissance de ses origines, dont les prodromes s'étaient manifestés dès 2003 pour le régime de l'accouchement anonyme français dit sous X dans l'affaire *Odièvre c. France*.

La Cour a choisi de la requête en se fondant sur la modification de la législation intervenue sous l'effet de la procédure en droit interne, la Cour trouve une possibilité de satisfaire partiellement le droit fondamental de la requérante de reconnaître ainsi un droit plus virtuel qu'effectif à la connaissance de ses origine puisqu'ils dépendaient d'un consentement de la mère.²² C'est ainsi qu'elle a décidé que l'accouchement anonyme, tel que réformé par la loi française du 22 janvier 2002, intervenue en cours de procédure était compatible avec la Convention. Au contraire dans l'affaire *Godelli c. Italie* elle avait constaté une violation au vu de l'impossibilité totale pour une mère d'obtenir une quelconque communication d'informations.

C'est une approche semblable qui a été adoptée plus récemment dans *Gauvin-Fournis et Silliau c. France* du 7 septembre 2023 pour une requête présentée en 2018 alors que la France a entre-temps modifiés entre les conditions d'accès conditionnel à ses origines par la loi bioéthique du 2 août 2021. La demanderesse, né d'un don de gamètes, se plaignait de n'avoir pu accéder aux informations non identifiantes lui permettant d'avoir des renseignements sur son père biologique, notamment les maladies qui avaient pu l'affecter.

Le récent arrêt *Gauvin-Fournis et Silliau c. France*, rendu avec une particulière lenteur, semble obéir à la même logique : il ne fait finalement que transposer la jurisprudence *Odièvre* au cas du don de gamètes. Le célèbre arrêt fondateur, *Airey c. Irlande*, avait consacré une formulation—que l'on croyait lourde de conséquences

²² CEDH, *Odièvre c. France*, 13 février 2003, n° 42326/98.

pour l'avenir– que la Convention avait «*pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* ». ²³

*

* *

La Cour se retrouve-t-elle face à une crise d'identité ou de croissance comme blessée dans son inconscient collectif que l'on puisse s'en prendre à elle.

Aujourd'hui, à bien des égards, la Cour est confrontée à fortes critiques du Royaume-Uni, qui par ailleurs menace de quitter la Convention à peu près en continu depuis l'arrêt *McCann* de 1995, qui ont été exprimées notamment à Brighton, ont donné naissance à un véritable syndrome. Dans le prolongement des conférences d'Interlaken et d'Izmir, à Brighton en 2012, elle semble s'être retranchée comme culpabilisée derrière un renforcement du principe de subsidiarité, qualifié de « fondamental » par deux voies différentes mais sous-tendues par la même finalité, avec les protocoles n° 15 et 16 à la Convention européenne des droits de l'homme dont la future entrée en vigueur peut faire craindre une fragmentation supplémentaire du niveau de protection des droits fondamentaux renforçant la non-Europe.

Les droits de l'homme sont-ils universels ? Jusqu'où peut-on les proclamer ? Les interpréter ? La Cour, il est vrai, doit affronter chaque jour la démagogie des passions politiques. Sa jurisprudence est au centre d'une contestation de la part d'une partie de l'échiquier politique français l'on retrouve des résurgences des polémiques des années 50. Et l'on voit resurgir les fantômes de la propagande insidieuse qui sévissait à cette époque. Oui, ce sont bien les mêmes ou leurs épigones, qui n'ont rien appris ni rien oublié, qui voudraient accuser maintenant la Convention d'être responsable de tous les maux : montée du terrorisme, dilution du politique, hypertrophie des droits subjectifs au détriment de l'intérêt général, immigration massive.

On ne peut davantage passer sous silence l'entreprise de « diabolisation » que subit désormais la Cour (selon la formule de Yannick Lécuyer)²⁴. Une proposition de loi constitutionnelle déposée par la droite sénatoriale et examinée le 12 décembre 2023 consiste effectivement à déroger au droit européen en matière

²³ CEDH, *Airey c Irlande*, 9 octobre 1979, n° 6289/73, § 24.

²⁴ Y. LECUYER, *La diabolisation de la Cour européenne des droits de l'homme*, RDLF 2023 chron. n°11, pp 91 à 108

migratoire. Pour ce faire, il entend amender l'article 55 de la Constitution qui consacre aux traités et accords internationaux « une autorité supérieure » à celle des lois, et l'article 88-1 sur la primauté du droit de l'Union européenne. C'est-à-dire revenir au *statu quo ante*, c'est-à-dire avant les arrêts Jacques Vabres et Nicolo, précités.

On l'aura compris, avec ces exemples d'actualité, parmi tant d'autres, la mise en œuvre de la Convention a constitué un laboratoire permanent de réformes législatives ou d'évolutions jurisprudentielles. Il ne s'agit pas d'imposer une uniformisation du droit européen, mais un renforcement des principes intangibles du droit national, en instaurant maintenant une dialectique permanente entre les juges, vecteur d'une implicite soumission de la Cour. À cet égard, la dimension comparative de l'exercice mené à bien entre les grandes traditions juridiques est un enrichissement culturel beaucoup plus qu'un nivellement dans l'attente d'un hypothétique « consensus européen ». « Subsidiarité, marge d'appréciation, consensus européen » ? La Cour n'aurait jamais été la Cour telle qu'elle est justement célébrée, si elle avait adopté de tels principes à ses origines. La Cour n'aurait-elle pas tort de croire qu'en renonçant aux principes cardinaux qui ont assuré la prééminence novatrice son message aux sociétés européennes, elle retrouverait grâce auprès de ses détracteurs du moment. Ce qu'il y avait de révolutionnaire dans la Convention européenne c'est que ses promoteurs ne se sont pas contentés d'articuler une liste des droits de l'homme ayant une portée universelle pour les peuples (dont un certain déjà dans la déclaration des droits de l'homme citoyen de 1789)²⁵, notamment européens, mais qu'elle a créé une juridiction qui avait pour but précisément de permettre à chaque citoyen de saisir des violations dont il avait été victime et par voie de conséquence d'empêcher que chaque pays de donner son interprétation des droits, ce qui n'aurait donné au texte qu'une valeur morale. Abraham Lincoln disait : « Nous nous proclamons tous en faveur de la liberté, mais lorsque nous utilisons ce mot nous ne parlons pas en fait de la même chose ». La seule frontière qui s'impose à la Cour est bien celle d'une « circonscription spatiale de droits exercés, dotée

²⁵ Voir notamment l'énumération effectuée par O. DUTHEILLET DE LAMOTHE in *L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le conseil constitutionnel*, communication précitée.

d'institutions spécifiques » telle définie par Paul de Lapradelle en 1928²⁶. Peut-on au nom de la subsidiarité, au nom d'une libre appréciation, laisser à chaque État le soin jaloux—fut-il souverain—de définir le contenu des droits et libertés qu'il consent aux autres ? C'est-à-dire à tous les êtres qui résident sur son territoire mais aussi à ceux qui pourraient être un jour conduit par le destin à s'y trouver ?

Bertrand Favreau

Président de l'institut des droits de l'homme du barreau de Bordeaux

²⁶ Paul de LAPRADELLE, *La Frontière: étude de droit international*, Les éditions internationales, 1928.